



# **TEMAS LABORALES**

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**76**

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
[www.juntadeandalucia.es/empleo/carl](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl)  
Dirección y Administración  
Avda. República Argentina  
núm. 25, 3.ª planta  
41011 Sevilla



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

### VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
FCO. JAVIER AGUADO HINOJAL	Secretario General Técnico
FCO. JAVIER GUERRERO BENÍTEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Y BRAVO FERRER
JESÚS CRUZ VILLALÓN	SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

### SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo

Suscripciones y distribución:

Editorial Comares, Polígono Juncaril, C/. Baza, parcela 208, 18220 Granada  
Tel.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83 • <http://www.comares.com>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES  
CONSEJERÍA DE EMPLEO  
JUNTA DE ANDALUCÍA

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López  
DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96  
I.S.S.N.: 0213-0750  
Imprime: EDITORIAL COMARES



**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**N.º 76/2004**

**Monográfico sobre Negociación Colectiva**

**ÍNDICE**

PRESENTACIÓN: El marco normativo de la negociación colectiva en España . . . . .	9
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
La eficacia jurídica de los convenios colectivos . . . . .	21
FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ	
La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva . . . . .	67
JUAN GARCÍA BLASCO	
Los acuerdos de empresa . . . . .	85
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA	
La estructura de la negociación colectiva . . . . .	113
JESÚS R. MERCADER UGUINA	
Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos . . . . .	135
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	
Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones . . . . .	165
M.ª FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ	
El funcionamiento interno de las mesas de negociación colectiva . . . . .	209
MANUEL DE LOS MOZOS FÉLIX BENITO DEL VALLE	
El impacto de los Acuerdos Interconfederales sobre los convenios colectivos: una vía de mejora exasperadamente cauta y lenta . . . . .	229
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos . . . . .	255
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y MARÍA NIEVES MORENO VIDA	



Análisis económico de la negociación colectiva .....	287
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
LAURA P. ORTÍZ	
CARLOS RESA NESTARES	
La negociación colectiva en la función pública .....	319
REMEDIOS ROQUETA BUJ	
La negociación colectiva en Andalucía .....	343
ROSA QUESADA SEGURA	
El control de legalidad de los convenios colectivos .....	369
CARMEN SÁEZ LARA	

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>), en la sección específica dedicada a la Revista «Temas Laborales».



---

# Presentación







## EL MARCO NORMATIVO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA

### 1. UNA EXPERIENCIA CONSOLIDADA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La Declaración para el Diálogo Social 2004, firmada conjuntamente por los representantes sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, junto con el Gobierno de la Nación, con fecha 8 de julio de 2004, bajo el título de «Competitividad, Empleo estable y cohesión social», contiene un plan de trabajo ambicioso en el marco de la próxima concertación social que se avecina. La misma se va a desarrollar por diversos canales, según la materia objeto de tratamiento, de modo que su secuencia temporal previsiblemente va a ser también diversa. En todo caso, lo más relevante es que dicho documento manifiesta una positiva predisposición de las partes a llegar a soluciones de consenso y, además, hacerlo respecto de la generalidad de las cuestiones que en estos momentos afectan al futuro de las relaciones laborales en nuestro país.

En concreto, por lo que refiere a la negociación colectiva, el punto 11 de la Declaración. En esta materia las partes resaltan sobre todo el carácter bipartito del diálogo social en lo que afecta al desarrollo de la negociación colectiva, si bien con la aclaración también que para ello pueden y deben contar con apoyos públicos. En particular se afirma que «Los interlocutores sociales consideran que la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía de los agentes sociales, a la que la ley debe garantizar la capacidad de regulación mediante un adecuado marco jurídico. El desarrollo de la capacidad de regulación de la negociación colectiva y de su cobertura laboral precisa acciones de los interlocutores sociales, que pueden y deben contar con apoyos públicos en el terreno de la racionalización de la estructura de la negociación colectiva en la línea marcada por el AINC 97 o el enriquecimiento de los contenidos negociales».

A partir de ello, puede presumirse que se va a abrir en el inmediato futuro un nuevo debate acerca del rol de la negociación colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales. En particular, es previsible que ese debate incida una vez más en torno a la oportunidad y contenido de una posible reforma del marco jurídico de la negociación colectiva en nuestro país. A lo efectos de que dicho debate sea fructífero, práctico y eficaz, a nuestro juicio ha de comenzarse por hacer un balance, a través del cual podamos valorar qué resultado ha dado una experiencia de negociación colectiva en un contexto de unas relaciones laborales en un Estado democrático, que tiene tras de sí más de veinte años de andadura. Si no tenemos muy presente cuál ha sido el resultado de toda la experiencia desplegada en estos últimos años, con facilidad podemos errar en el diagnóstico de la situación y, mucho más, en la identificación de la orientación de esa posible reforma. De otro lado, cuando el análisis se efectúa desde el punto de vista jurídico, esa posible modificación legal ha de tener en cuenta el marco de referencia obligado en el que ha de desenvolverse, es decir, por amplios que éstos sean no pueden olvidarse los condicionantes constitucionales existentes al respecto; por tanto, en sentido negativo, aquello que en ningún caso es proponible, por cuanto que puede entrar en confrontación directa con exigencias de orden constitucional.

Desde la primera de las perspectivas, a mi juicio personal, cabe efectuar un balance globalmente positivo de la negociación colectiva a lo largo de prácticamente veinticinco años de desarrollo de las relaciones laborales dentro de un sistema democrático. Se trata de una valoración positiva en lo sustancial, que se refleja tanto en el diseño jurídico implantado desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores, como en la capacidad de los interlocutores sociales de obtener el máximo partido práctico al referido diseño. Tal conclusión vendría avalada por las siguientes circunstancias.

En primer lugar, se trata de un marco normativo que ha obtenido desde sus inicios un elevado aval de consenso por parte de todos los llamados a intervenir como protagonistas en el desarrollo de la negociación colectiva a los diversos niveles. Ante todo, conviene recordar que el origen del esqueleto de la actual regulación estatutaria se remonta al Acuerdo Básico Interconfederal del año 1979, firmado en su día entre la Unión General de Trabajadores y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales. Más aún, con independencia de que el debate parlamentario del título III del Estatuto de los Trabajadores fue en su momento motivo de fuertes discrepancias entre algunos grupos parlamentarios y de ciertas organizaciones sindicales, desde el primer momento de su aplicación práctica se superaron con manifiesta rapidez las principales aristas de disenso, tanto por parte de las organizaciones más representativas como por parte de las minoritarias, tanto por parte de las organizaciones estatales como por parte de las actuantes a niveles inferiores. Una cosa es que la negociación colectiva, por su propia naturaleza, implique momentos de tensión y de contraposición de intereses, tanto en la relación clásica obrero-patronal como también en niveles internos intrasindicales e incluso intraempresariales, y otra bien diversa es que las partes hayan aceptado con naturalidad desde el comienzo las reglas del juego de canalización de esos habituales disensos. Es lo segundo lo que ha de primar a la hora de valorar la adecuación del modelo legal que ha venido rigiendo, de modo que en esta perspectiva es fácil a mi juicio coincidir en el diagnóstico de que el marco de funcionamiento del sistema goza de una fuerte aceptación entre sus principales protagonistas.

En segundo lugar, se trata de un sistema que se ha venido completando y perfeccionando jurídicamente, por la vía aplicativa, particularmente por medio de la construcción de una jurisprudencia, que ha dado vida a sus reglas abstractas y, en particular, ha resuelto en lo sustancial las dudas de interpretación del modelo legal. De un lado, se trata de un sistema que ha recibido el respaldo de nuestro Tribunal Constitucional, en cuanto que ha avalado la constitucionalidad del desarrollo en la legislación ordinaria respecto de las pausas derivadas de nuestro texto constitucional. Sobre todo, nuestra jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de situar el presente régimen jurídico en el contexto institucional correspondiente, particularmente por lo que refiere a su imbricación con la libertad sindical, al reconocimiento general de la autonomía colectiva a los interlocutores sociales, a su relación con la autonomía individual y la intervención legislativa. De otra parte, la labor del Tribunal Supremo ha clarificado el panorama respecto de aspectos cruciales prácticos que pudieran suscitar alguna duda interpretativa, constituyendo hoy en día una jurisprudencia bastante consolidada y conocida en lo más relevante por los profesionales del Derecho.

En tercer lugar, se trata de un sistema sencillo en cuanto a su confección y comprensión, sobre todo en su utilización. Ha de tenerse en cuenta, sobre todo, que los llamados a protagonizar los procesos de negociación colectiva son representantes de intereses colectivos, que por su extracción social y profesional, no tienen por qué ser peritos en Derecho.

De ahí que haya de otorgarse particular importancia a que se presente un sistema comprensible por todos, en el que las reglas jurídicas sean nítidas y obvias en cuanto a su significación, singularmente en lo que refiere al *status* de cada uno en el devenir del proceso negocial. Desde esta perspectiva, la intervención legal se ha centrado en lo básico, sin pretender fijar un sistema reglamentista premioso o confuso. Su tarea principal no ha sido otra que la de ofrecer un sistema de seguridad jurídica, que supere posibles iniciales *impasse* absurdos, de discusión acerca de la legitimación para negociar o el margen de actuación material de cada una de las partes; así como garantizar la eficacia vinculante de lo negociado, como forma de respaldo público de un pacto contractual, que por sí sólo podía encontrar mayores resistencias aplicativas, una vez concertado.

En cuarto lugar, se trata de un modelo basado en un criterio que denominaríamos de «intervencionismo mínimo». Esto es, se parte de la premisa de que los interlocutores sociales son los auténticos protagonistas de la negociación colectiva y ello no sólo en cuanto a que son los únicos responsables del desarrollo del proceso en el seno de las mesas de negociación correspondientes. Desde una perspectiva más avanzada, ellos son también quienes deben proceder a diseñar el conglomerado en su conjunto de la negociación colectiva existente, con particular repercusión éste principio sobre la estructura de la negociación colectiva. Con carácter general ello se manifiesta en el hecho de que, aun tratándose de una institución central dentro de cualquier sistema democrático de relaciones laborales, se aborda con una regulación escueta, con un número bastante reducido de preceptos, muchos de los cuales además presentan un carácter marcadamente dispositivo. De este modo, se es exquisitamente respetuoso con el principio de autonomía colectiva, en la medida en que lo que sean en la práctica nuestros convenios queda residenciado en la voluntad de los negociadores, tanto en lo que refiere al desarrollo de los procesos, al contenido de los compromisos normativos asumidos por las partes, como en las alteraciones de la estructura negocial que deseen llevar a cabo. Eso sí, de constatarse alguna tentación de parte del legislador en los últimos años, ésta podría identificarse con una perceptible tendencia a ir cambiando de actitud en algunos de los aspectos, de modo que ese «intervencionismo mínimo» no lo sea tanto, particularmente en lo que refiere a la estructura de la negociación colectiva. Dicho de otro modo, cada vez más se perciben riesgos no desdeñables de aproximarnos intensamente a fórmulas de resultados parecidos a las que durante el franquismo se denominaron como «unidades apropiadas de negociación».

En quinto lugar, ha sido un sistema que ha aportado homogeneidad de condiciones de trabajo en el ámbito sectorial, territorial y empresarial al que resulta de aplicación el convenio colectivo vigente. En una materia en la que resulta de enorme utilidad para todos la colectivización de derechos y deberes, las exigencias de uniformidad se acentúan más de lo que puede requerirse en otros ámbitos de las relaciones sociales o de la actividad económica. Desde todos los puntos de vista, la homogeneidad evita agravios comparativos entre los trabajadores, que siempre son motivos de desencuentro y fruto de conflictividades innecesarias. En particular, desde el punto de vista empresarial, facilita la gestión de los recursos humanos, al tiempo que evita que la concurrencia y competencia mercantil se haga pivotar sobre las disparidades de condiciones de trabajo, particularmente de costes laborales. De este modo, es clave para el funcionamiento, tanto del sistema económico como de la atención a los intereses de los trabajadores, la regla central de la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos. Se trata de una regla que ha cuajado con tal fuerza en nuestro sistema negocial, que llega a aplicarse en la práctica más allá del ámbito formal para el

que está prevista. En concreto, con independencia de las interpretaciones singulares que puedan realizarse y de la coherencia o no de la doctrina jurisprudencial en este punto, lo cierto es que en la práctica la dualidad entre convenios estatutarios y extraestatutarios ha venido a menos en los últimos tiempos, entre otras razones por cuanto que *de facto* se generaliza la extensión subjetiva del segundo tipo de convenios, de modo que en su aplicación cotidiana son también convenios de eficacia general.

En sexto lugar, puede afirmarse también que se ha ido construyendo un sistema que está demostrando su idoneidad para afrontar los retos de flexibilidad exigidos por los cambios sociales, económicos, productivos y de estructura empresarial. Con todos los matices que se quiera, así como con las debidas responsabilidades a ambas partes por lo no hecho, lo que parece difícilmente rebatible es que el marco legal no ha constituido freno alguno, e incluso a veces todo lo contrario, para permitir actualizar los contenidos de los convenios colectivos y, con ello, propiciar una capacidad de adaptación a los cambios del sistema productivo y a las particularidades de cada sector, territorio o unidad productiva. Es cierto que posiblemente aquí es donde surgen y no pocas veces con fundamento las principales imputaciones de rigidez del régimen de condiciones de trabajo existentes en nuestro mercado de trabajo, así como la falta de actualización de los convenios colectivos a los nuevos tiempos. Indiscutiblemente, se trata de una cuestión esta última de una elevada complejidad, en la que las respuestas no siempre son fáciles, para empezar porque inciden de manera directa en la contraposición de intereses en juego en toda negociación colectiva. Eso sí, más allá de la razón o no de tales imputaciones de rigidez, el acento causal no puede ponerse en el modelo legal, pues las miradas han de dirigirse prevalentemente a la falta de comprensión y las desconfianzas mutuas también entre los interlocutores sociales, o bien a su falta de capacidad para encontrar las soluciones técnicas que den respuesta equilibrada a las pretensiones de cada una de ellas. Por lo demás, sería bien aleccionador llevar a cabo la comparación en el tiempo entre convenios colectivos nucleares de nuestra negociación colectiva, bien en grandes sectores estatales o bien en empresas grandes, para comprobar los profundos cambios que se han verificado entre la versión del texto vigente respecto del que regía a finales de los años setenta; una cosa es la comparación con el convenio inmediatamente antecedente, donde la proximidad temporal puede presentar muy pocas diferencias, y otra bien diversa es hacerlo en un arco temporal más amplio como es el que proponemos respecto de la foto a los inicios del funcionamiento del modelo respecto de los contenidos actuales; o sí se quiere más, comparar los contenidos de las Ordenanzas Laborales que finalmente se derogaron con los contenidos de los convenios colectivos que actualmente cubren ese espacio normativo. En todo caso, al final de este trabajo volveremos sobre los retos pendientes en orden a responder a las exigencias de flexibilidad de las empresas.

En séptimo lugar, podemos igualmente valorar como positiva la experiencia negocial por los frutos que ha producido en lo que refiere a la pacificación social de las relaciones laborales. El sistema negocial, como tal, ha aportado tranquilidad en el desarrollo de las relaciones sindicales y una relación cada vez más palpable de confianza mutua entre los interlocutores sociales, que se ha reflejado progresivamente en la disminución de la conflictividad laboral. Una disminución de la conflictividad colectiva que se aprecia de forma directa en la reducción de las convocatorias huelguísticas y en el número de horas perdidas con ocasión de paros laborales, pero que sobre todo produce efectos benéficos en las relaciones de mutua confianza entre las partes. Resaltaría, sobre todo, que el sistema

negocial desarrolla una cultura del consenso, conforme a la cual las partes van asumiendo que están abocadas a entenderse y que el acuerdo les beneficia mutuamente, mientras que las expresiones duras de confrontación les empobrece en sus posiciones respectivas. Es curioso al respecto que, a pesar de que son excepcionales en nuestra realidad las denominadas cláusulas de paz laboral en los convenios colectivos, recogidas formalmente en un número bien marginal de los textos pactados, de hecho la firma del acuerdo colectivo desarrolla un efecto de pacificación social de las relaciones, tanto a nivel colectivo como individual. De otro lado, conviene también realzar el efecto positivo que, en aras también de la pacificación social, viene teniendo la incorporación en nuestros procesos negociales y correlativa aceptación generalizada de los sistemas privados de resolución de conflictos colectivos, comenzando por los establecidos a nivel autonómico y continuando por el estatal, sin desmerecer un sinnúmero de mecanismos conciliatorios que rigen en el ámbito intraempresarial. De nuevo, la cultura de la mediación y del arbitraje redunda en el incremento de una negociación fluida, con dosis reducidas de conflictividad laboral. Quizás en esta última vertiente, aunque en su día se produjo una reforma deslavazada y descoordinada de eliminación de barreras jurídicas al funcionamiento de estas fórmulas de mediación y arbitraje, aún se podría profundizar y perfeccionar el marco normativo, ahora en clave de promoción y de una respuesta global que tome en consideración el conjunto de elementos afectados en la activación y efectividad de tales procedimientos.

Cabe también indicar que, en los momentos inmediatamente antecedentes y también de secuencialidad en vivo de la negociación de renovación de los contenidos de los convenios, el sistema legal ha facilitado diluir el conflicto a las dosis razonables y propias de una sociedad desarrollada. Particularmente desde esta perspectiva ha tenido un fuerte impacto la regla de la ultraactividad de los convenios colectivos. Con independencia de que su formulación concreta puede ser objeto de perfeccionamiento, así como de atención equilibrada a los diversos intereses en juego, la base del principio de la ultraactividad qué duda cabe que otorga tranquilidad a las partes en los procesos negociales, en la medida en que descarga presión en el desarrollo temporal del proceso negocial, pues aparta la posible espada de Damocles de la decadencia de un plazo final límite para la debida firma del convenio en trámite de firma; no se fija una fecha tope, que obligue a un cierre de la negociación, con lo que la dilación juega a favor de la reducción de la tensión y, por ende, de la conflictividad. Desde otro punto de vista puede decirse que la regla de la «ultraactividad», en sus líneas gruesas, es consustancial a nuestro sistema de negociación colectiva, sin perjuicio de que pueda ser objeto de matices y correcciones en su regulación concreta. La fuerza vinculante de los convenios colectivos aproxima al convenio colectivo al régimen jurídico de la norma estatal. La prórroga de su eficacia no puede contemplarse desde la perspectiva de un contrato, que agota su vigencia con la duración del mismo, y ello por las siguientes razones: a) el símil no es el contrato, sino las Leyes de Presupuestos, que se prorrogan en caso de que no se alcancen las mayorías suficientes parlamentarias; b) en los convenios colectivos extraestatutarios, aunque no rige la regla de la ultraactividad, *de facto* se está aplicando y nadie pone en duda su oportunidad, pues son razones de equilibrio de intereses las que aconsejan su prórroga, sin perjuicio de que formalmente no sea exigible; c) la asunción de contenidos cada vez más ricos por parte de los convenios colectivos, provoca un repliegue de los contenidos de la norma estatal, que la convierte *de facto* en regla insuficiente para fijar las condiciones de trabajo en la hipótesis de falta de cobertura convencional; de lo contrario, la supresión de la ultraactividad debería venir acompañada de

un retorno a un modelo de intensa y profunda regulación de las condiciones de trabajo por parte de la norma estatal en absoluto deseable; d) la negociación colectiva ha logrado la definitiva derogación de las Ordenanzas Laborales, sobre la premisa de inexistencia de vacíos de cobertura, que se produciría con la eliminación del principio de ultraactividad.

Por último, se puede hacer un balance también de resultados por lo que refiere al impacto sobre los principales parámetros económicos de la negociación. Aquí también existe una cierta coincidencia en afirmar que nuestra negociación colectiva ha propiciado un resultado de moderación salarial en los momentos de crisis económica incluso con elevadas tasas de inflación, al tiempo que ha producido incrementos moderados del poder adquisitivo de los salarios en los momentos de expansión. Más allá de enfrentarnos a un panorama de intensa atomización de la estructura de la negociación colectiva, en materia retributiva han primado, bien los procesos de concertación social en la primera fase correspondiente con los inicios de la década de los años ochenta, o bien unos criterios de fijación de estrategia negocial en la cúspide de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal y confederal, que ha dado ese resultado de prudencia de las partes tanto en las exigencias planteadas como en la sensibilidad para no dañar el empleo o la evolución de los precios en una economía marcadamente sensible y vulnerable como es la española. Por el contrario, un sistema desestructurado de la negociación colectiva presenta un riesgo nada desdeñable de romper la dinámica precedente e introducir presiones, con alzas más elevadas en ciertos núcleos, cuando no desencadenante de la extensión de modelos retributivos muy dispares de condiciones de trabajo entre unas y otras empresas que compiten libremente en un mismo mercado de bienes y servicios. Más aún, posiblemente la perspectiva se deba ir ampliando aún todavía más si cabe, pues los procesos de convergencia europea y la tendencia a la creación de economías de escalas a ese nivel europeo, tarde o temprano, debe desembocar en crecimientos homogéneos de los grandes cifras macroeconómicas, tanto en lo que refieren a los índices de crecimiento económico y de empleo como a la evolución de la inflación. Desde esa última perspectiva, la línea de tendencia lógica debería ser la de la convergencia de los incrementos salariales, cada vez menos diversificados por razón del territorio, en la medida en que se afiance una convergencia en los niveles de vida y en las tasas de inflación en la zona euro.

No es casual, pues, a partir de este diagnóstico a vuelo de pájaro, advertir como el marco legal de la negociación colectiva, salvo cambios de tono menor, ha permanecido invariable a lo largo de estos últimos veinticinco años. Por mucho que se haya debatido acerca de las imperfecciones del modelo legal, es significativo que las organizaciones sindicales y empresariales nunca han abanderado ni propugnado cambio legal de importancia en nuestro sistema legal. Por ejemplo, es llamativo el contraste entre la metodología de los grandes acuerdos interconfederales de 1997: el relativo a la estabilidad en el empleo recogía una concreta, literal y extensa reforma de la legislación laboral; mientras que el relativo a la negociación colectiva diseñaba un programa de actuación directa por parte de los interlocutores sociales, renunciando a efectuar propuesta alguna de reforma legislativa, incluso en la materia relativa a la concurrencia de los convenios colectivos donde se advertía implícitamente una valoración negativa del régimen vigente. Mucho más palpable aún han sido la nueva hornada de Acuerdos interconfederales de estos tres últimos años (2002, 2003 y 2004), en los que se advierte un consenso entre los interlocutores sociales para protagonizar ellos mismos y por sí solos el gobierno de la negociación colectiva a los diversos niveles y, en particular, por lo que interesa destacar más en estos momentos, coincidiendo

en que sus objetivos se pueden llevar a cabo con el marco normativo vigente de negociación colectiva y sin necesidad de proceder a una reforma legal de conjunto de la misma. Dicho de otro modo, la valoración positiva de la fórmula ensayada se revalida también por los cambios mínimos producidos, así como por la circunstancia de que éstos nunca lo han sido a instancias de los interlocutores sociales a nivel estatal. En términos plásticos, frente a las reiteradísimas y bien profundas reformas que se han dado en el título primero del Estatuto de los Trabajadores en lo que refiere al régimen de condiciones de la contratación individual, los preceptos tocados del título tercero del mismo Estatuto de los Trabajadores son mínimos y, además, han incidido sobre aspectos que pueden considerarse no afectan a lo que constituye el armazón del modelo legal. Estos cambios puede decirse que se han centrado sobre elementos colaterales, la mayoría de ellos no decisivos en la práctica de las relaciones laborales, salvo para los dos primeros de la lista que mencionamos inmediatamente a continuación: los sistemas privados —conciliación, mediación y arbitraje— de resolución de conflictos colectivos; la novedad de los acuerdos de empresa; las reglas sobre estructura de la negociación colectiva; los procedimientos de descuelgue salarial; algunas fórmulas novedosas en la relación Ley-convenio colectivo; la reducción del quórum de votación para la aprobación final del convenio colectivo. Por lo demás, convendría también llamar la atención sobre la circunstancia de que las consecuencias prácticas han sido bastante desiguales según las materias y, en particular, en función de la receptividad apreciada en las partes sociales. Con todos los riesgos propios de las generalizaciones, puede considerarse que las reformas que han obtenido mayores éxitos lo han sido aquellas que han sido interiorizadas por las partes sociales, en el sentido de que las han hecho suyas, con independencia de que en su origen no hubieran sido propuestas por ellas. Por contraste, aquellas otras que ha sido más controvertidas y, en particular, las que han recibido un rechazo más frontal por los interlocutores sociales, han quedado reducidas a una regla testimonial en la letra de la ley pero sin impacto en la realidad social y económica; en la medida en que son las propias mesas negociadoras las que deben materializar las reglas estatales y estas reglas estatales difícilmente pueden presentar una confección de norma imperativa coercitiva, todo queda en manos de los destinatarios de tales prescripciones legales.

Desde este último punto de vista sería muy saludable comenzar con una actitud de fuerte propensión a favor de la concertación social en esta materia. En el sentido lato del término, no en clave constitucional sino de sociología política, debe estimarse que el régimen estatal que diseña los procesos de negociación colectiva forma parte de lo que denominaríamos el «consenso constitucional» en el ámbito de las relaciones laborales. No se entienda esta expresión en el sentido formal del término, por cuanto que es indiscutible que el texto constitucional ha dado amplio margen de conformación del régimen legal al Parlamento, que, no sólo no requiere para desarrollar el art. 37.1 de la Constitución del concurso formal de los interlocutores sociales, sino que ni siquiera se ha venido a imponer la garantía del superior apoyo de refrendo parlamentario propio de las Leyes orgánicas. Es cierto que el desarrollo del derecho a la negociación colectiva no se ha elevado al rango de Ley Orgánica, probablemente por razones más coyunturales del momento de elaboración del texto constitucional después impracticadas —recelo a abrir una vía de elevado control constitucional a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional— que a consideraciones de fondo. Pero, en todo caso, sí nos permitimos utilizar como licencia la expresión «consenso constitucional» en el sentido de que la negociación colectiva se viene a convertir en el ámbito nuclear de la actividad sindical por excelencia de los interlocutores

sociales; forma parte, como tal, del contenido esencial de la libertad sindical. Más aún, puede estar abocada al fracaso relativo cualquier reforma que no surja del consenso entre los interlocutores sociales o, cuando menos, que provoque un rechazo formal de los mismos. El marco jurídico estatal de la negociación colectiva viene a integrar las «reglas del juego democrático» en el sistema de relaciones laborales y, por ello, debe ser fruto del consenso de los protagonistas, particularmente cuando han sido éstos a lo largo de veinticinco años quienes han afianzado un modelo en el que confían y en el que se sienten relativamente cómodos. A semejanza de lo que ocurre con el Reglamento de funcionamiento de las Cámaras —Congreso de los Diputados y Senado—, donde, con independencia de cuál sea el requisito formal para su aprobación y reforma, es inconcebible que ello se produzca sin consenso entre los principales grupos parlamentarios, tampoco debe producirse un resultado de esta naturaleza de imposición de un nuevo sistema de negociación colectiva.

En resumidas cuentas, sin perjuicio de que este momento sea bueno para proceder a revisar aspectos y corregir ciertos elementos no básicos de nuestro modelo legal de negociación colectiva, puede concluirse que los *déficits*, insuficiencias o bloqueos en los procesos negociales se deben, no tanto al dato jurídico, cuanto a la incapacidad de los interlocutores sociales en orden a alterar unos esquemas y contenidos que han cristalizado con el paso del tiempo y que no resulta fácil romper. Ejemplo palpable de ello son, a título de ejemplo, la incapacidad que advierten las propias partes sociales cuando pretenden alterar la estructura de la negociación colectiva; aunque las grandes confederaciones a nivel estatal, tanto empresariales como sindicales, coincidan en el modelo a implantar y el tipo de cambios que se debe verificar, después encuentran grandes resistencias al cambio, aunque las mismas provengan de sus propias organizaciones federadas. Del mismo modo que en ese orden de cosas se podrían mencionar también los frenos advertidos al deseo por ambas partes también expresado de adaptación de los contenidos de los convenios a las exigencias de un mercado de trabajo en constante proceso de cambio.

## 2. ALGUNOS PRINCIPIOS DE PARTIDA A LA HORA DE PROCEDER A UNA REFORMA DEL MODELO VIGENTE

Situándonos ahora en otro plano de análisis, convendría indicar algunos elementos que puede ser oportuno tener en cuenta a los efectos de conocer ciertos límites de cualquier reforma imaginable en materia de negociación colectiva, o bien de una reforma que realmente sea consciente del marco en el que se desenvuelve y donde con realismo se tienen expectativas de incidir positivamente.

En estos términos, conviene partir de la aceptación de que la fórmula constitucional resulta considerablemente abierta y, en particular, tratándose de un derecho de básica configuración legal, deja un bien amplio margen de opción al legislador ordinario en su desarrollo del art. 37.1 CE. Desde el instante en que este precepto arranca con un llamamiento a la intervención del legislador estatal («La Ley garantizará el derecho...»), se refuerza el papel de intervención del poder público en su vertiente normativa, se subordina el convenio colectivo al diseño estatal y, en suma, se habilita al legislador para que impacte con fuerza en el marco de desenvolvimiento de nuestra negociación colectiva.

Eso sí, ese punto de partida no nos puede llevar al extremo de minusvalorar el alcance constitucional del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, que ese recono-

cimiento tiene un valor autónomo, que impone fronteras firmes al propio legislador estatal. Prueba de ello son las importantes consecuencias deducidas por nuestra jurisprudencia constitucional de la incorporación de tal derecho en el texto constitucional, como igualmente de las consecuencias sobre la negociación colectiva del reconocimiento de la libertad sindical como derecho fundamental y libertad pública. Quiere esto decir que la Ley ordinaria no tiene las manos libres para manipular el funcionamiento de la negociación colectiva, estando obligada a moverse dentro de un no siempre fácil equilibrio entre la seguridad y promoción de los procesos negociales, de un lado, junto al respeto a la libertad de pactos entre los interlocutores sociales deducible del principio de autonomía colectiva. Señalemos, a título de ejemplo, algunos datos que pueden ser ilustrativos al efecto.

En primer lugar, desde el instante en que la Constitución sanciona la eficacia vinculante de los convenios colectivos, dirigiéndose expresamente al legislador para que establezca los instrumentos técnicos más adecuados para garantizar tal eficacia, ese no sólo ha de ser uno de los contenidos obligados de la norma estatal de desarrollo, sino que además tal labor no puede realizarla el legislador caprichosamente o con mecanismos que excluyan el alcance de lo vinculante para determinados productos de la negociación colectiva. Ello nos conduce, a nuestro juicio, a la existencia de lo que denominaríamos un «concepto constitucional de convenio colectivo», a tenor de su recepción en el art. 37.1 del texto constitucional. Un concepto de convenio colectivo, en el sentido de que la institución del «convenio colectivo» es la que es, sin que quepa su manipulación desde la Ley. En otros términos, no queda a discreción del legislador ordinario decidir qué productos de la negociación colectiva quedan incluidos o excluidos de la garantía de fuerza vinculante de los convenios. Indudablemente el legislador ordinario, por razones de seguridad jurídica y de efectividad del sistema, puede exigir determinados requisitos subjetivos y procedimentales para atribuirle eficacia jurídica vinculante a los convenios colectivos resultado de la negociación entre los interlocutores sociales. Sin embargo, lo que no cabe es crear el artificio de calificar a ciertos resultados de la negociación colectiva como «acuerdos colectivos», «pactos colectivos» o «acuerdos de empresa», para negarles la fuerza vinculante reconocida constitucionalmente. Distinto es que goce de discrecionalidad a efectos de otorgarle o negarle la eficacia «*erga omnes*» u otros elementos jurídicos reforzados no deducibles del precepto constitucional. A estos efectos, se podría efectuar el símil con el concepto comunitario de «trabajador»; en el ámbito de la política social comunitaria no se ha llegado a conformar un cuerpo compacto y global del ordenamiento laboral, por lo que no existe una disposición de referencia que determine el ámbito de la legislación laboral, a semejanza de lo que hacen los preceptos iniciales de nuestro Estatuto de los Trabajadores; sin embargo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de sentar el criterio de que el concepto de «trabajador» no puede ser manipulable por vía de aplicación o transposición de la normativa comunitaria, de modo que por ejemplo negando en la legislación nacional a un asalariado la calificación jurídica de trabajador subordinado sometido al Derecho del Trabajo se le excluya de la libre circulación de trabajadores comunitarios.

En segundo lugar, el margen de diseño de la estructura negocial desde la Ley no es libre. La máxima de partida, por el contrario, es un reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva a favor de «los representantes de los trabajadores y empresarios», sin ningún tipo de calificativos ni restricciones. Ciertamente, una vez más, la remisión inicial a la garantía legal comporta una amplia facultad de fijación de las reglas de legitimación para negociar, habiéndolo explicitado así nuestro Tribunal Constitucional.

Ahora bien, cualquier tipo de negación del ejercicio de la actividad negocial respecto de determinados representantes y, en concreto, de concretos niveles negociales ha de quedar suficientemente justificado, sobre la base de razones objetivas y proporcionadas. Por ello, la regla madre de partida en materia de estructura negocial es la menos recordada, la recogida en el vigente art. 83.1 del Estatuto de los Trabajadores: «Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden». De este modo, el punto de partida es que han de ser las propias partes sociales quienes tengan la capacidad de diseñar la estructura de la negociación, así como las reglas de concurrencia entre los diversos niveles y ámbitos negociales. Con ello no queremos decir, ni mucho menos, que al legislador no le quepa en esta materia otra actuación que la de recoger el principio general referido en el art. 83.1 ET. Razones de diversa índole, particularmente de racionalización del sistema, pueden avalar una cierta intervención en este ámbito. Eso sí aquí debe regir el principio ya referido de «intervención mínima», por cuanto que su actuación ha de plasmarse como excepción a la regla general. Una vuelta a las fenecidas «unidades apropiadas de negociación» ni sería compatible con el modelo constitucional, ni sería conciliable con fórmulas que de facto encorsetaran la capacidad de negociar a los niveles que las representaciones sindicales y empresariales decidieran libremente.

### 3. LOS REQUERIMIENTOS DE FLEXIBILIDAD EMPRESARIAL Y SU INCIDENCIA SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Para concluir, es obligado hacer referencia a los grandes retos que se les plantean a los interlocutores sociales en los procesos de negociación colectiva que se avecinan. Esta es una perspectiva cualitativamente diversa a la analizada hasta el presente, pero que en modo alguno se puede orillar, pues de lo contrario se ofrecería una comprensión parcial y, por ello, distorsionada de nuestra realidad negocial. En efecto, una cosa es que el marco normativo de nuestra negociación colectiva, en sus líneas generales, sea idóneo para un sistema respetuoso con el principio de autonomía colectiva, de sustancial fijación de las condiciones de empleo y de trabajo a través del acuerdo entre las representaciones colectivas, y otra bien diversa que los actuales contenidos de los convenios colectivos estén dando respuesta a los requerimientos económicos y sociales del mercado de trabajo al que nos enfrentamos.

Las propias partes sociales son conscientes de ello y, cuando menos implícitamente, así lo reconocen en la Declaración para el Diálogo Social 2004 con la que arrancábamos este trabajo. En ella se viene a afirmar que en el relevante capítulo relativo a la negociación colectiva de esta nueva etapa del diálogo social, de claro componente bipartito, «las partes sociales han de buscar las fórmulas más convenientes para propiciar la capacidad de adaptación de la negociación colectiva a las necesidades de las empresas y sectores productivos así como la mejora de la productividad». En los mismos Acuerdos Interconfederales de estos tres últimos años (2002, 2003 y 2004) las partes vienen coincidiendo en las necesidades de adecuación de los convenios colectivos a los requerimientos de flexibilidad de las empresas: «El sistema productivo español, como corresponde a una economía abierta, está sometido a cambios organizativos permanentes que le obligan a adaptarse más deprisa si quiere seguir siendo competitivo. Ello exige articular mecanismos de flexibilidad, entre ellos las nuevas formas de organización del trabajo, y tener en cuenta que los mecanismos

de adaptación internos son preferibles a los externos y a los ajustes de empleo. En este contexto debe seguir siendo un objetivo a conseguir el adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores» (Cap. V.1 ANC 2003).

Desde este punto de vista, han de tenerse muy en cuenta las grandes transformaciones que se están produciendo en nuestro mercado de trabajo y en el desarrollo de nuestras empresas, que cada vez más se encuentran en un contexto abierto hacia el exterior. Los riesgos de deslocalización de las empresas son reales e inmediatos, del mismo modo que nuestras empresas se encuentran en un medio cada vez más competitivo que les obliga a realizar cambios constantes tanto en los productos como en la forma de elaborarlos. Son decisivos en este orden los efectos provocados por la extensión de los procesos de la globalización económica, de la ampliación a los países del este europeo y, en definitiva, de la circunstancia de que España ya apenas puede seguir jugando con la ventaja de unos salarios inferiores a los países de nuestro entorno. Se vislumbra un cambio trascendental en los objetivos de política económica, en la medida en que se contempla como agotada la fase de crecimiento económico con un modelo de escaso incremento de nuestra productividad. Son cualitativos igualmente los cambios derivados de los fuertes procesos de inmigración extracomunitaria, en un contexto contradictorio de incorporación, al menos hasta el presente, no conflictiva a nuestro mercado de trabajo pero perviviendo una baja tasa de ocupación en nuestro mercado de trabajo; así como los retos derivados de la incorporación plena de la mujer a nuestro mercado de trabajo, con necesidades cada vez más complejas de conciliación de la vida familiar y profesional. En suma, se acentúan los requerimientos de competitividad de nuestras empresas, de flexibilidad de la mano de obra, de incremento de la cualificación profesional y de estabilidad en el empleo.

En ese contexto, los contenidos de los convenios colectivos no pueden ser los mismos que los presentes durante las décadas precedentes. En particular, el convenio colectivo no puede ser concebido como un instrumento que frene o neutralice los cambios legislativos en orden a facilitar la capacidad de adaptación de las empresas a los requerimientos del mercado. Los cambios legislativos han mandado mensajes significativos a los interlocutores sociales, al objeto de que progresivamente vayan alterando los propios contenidos de los convenios colectivos en esa línea de buscar el necesario equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores. Los propios Acuerdos interconfederales de los últimos años han marcado las pautas de cuál debe ser esa orientación de adecuación de los contenidos convencionales a las nuevas exigencias del mercado. Las indicaciones son claras en lo que refieren a la estructura salarial y su adaptación a los nuevos sistemas de organización del trabajo, a la clasificación profesional y al uso de la movilidad funcional como instrumento de adaptación interna, a la gestión del tiempo de trabajo y a las necesidades de su distribución flexible, a la formación continua para hacer frente a los requerimientos de cualificación y polivalencia, el fomento de la contratación indefinida a tiempo parcial, etc.

A pesar de ello, y sin perjuicio de que las generalizaciones son siempre peligrosas, lo cierto es que se percibe una elevada petrificación en los contenidos de los convenios colectivos. En muchas ocasiones, los interlocutores sociales agotan sus esfuerzos negociales en los asuntos más coyunturales del incremento retributivo del próximo convenio y similares, sin llegar a realizar una labor adicional de depuración de cláusulas que se repiten año tras año en los convenios colectivos y, sobre todo, sin abordar la necesaria reconsideración de regulaciones clásicas que se muestran rígidas en exceso para las nuevas realidades em-



presariales y de organización del trabajo. Esta labor de adecuación a los requerimientos de flexibilidad se hace cada vez más urgente, pues la situación convencional actual está manifestando, de un lado, rigideces notables en la gestión de los recursos humanos, al tiempo que, de otro lado, esas regulaciones clásicas pierden toda virtualidad y eficacia como garantía de la deseada seguridad en el empleo de los trabajadores. El resultado final, si no se cambian los actuales contenidos de la negociación colectiva, puede ser una indeseable profundización en la dualidad y segmentación del mercado de trabajo, de forma que se mantengan las fórmulas no deseables de flexibilidad en el margen, donde, junto a grupos de trabajadores hiperprotegidos, pervivan otros grupos en situación de notable precariedad laboral. La responsabilidad última de dar respuesta a estas exigencias es de los propios interlocutores sociales, pues ésta es al propio tiempo una de las grandezas y miserias de un pleno respeto a la autonomía colectiva de las partes sociales. Aunque tampoco es descartable que, de no recibirse respuesta de los interlocutores sociales, se produzcan otras reacciones de los poderes públicos, no en la fijación del marco general de la negociación colectiva, aunque sí en la regulación de los derechos y deberes de las partes en el desarrollo de la relación individual de trabajo.

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
*El Director*





# LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Complutense de Madrid

## EXTRACTO

El presente trabajo pretende desarrollar tres tesis. En primer lugar, una teoría normativa sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo en el ordenamiento español no puede prescindir, para su elaboración, de los cánones de interpretación histórico-sistemática y comparada. De ahí, la necesidad de reconstruir el debate sobre la eficacia jurídica abierto por los fundadores del Derecho del Trabajo en Alemania e Italia y de analizar, en un sentido evolutivo, las respuestas legislativas dadas al problema de garantizar a la función normativa del convenio colectivo una vinculabilidad más fuerte que la reconocida a la autonomía privada. La segunda tesis postula que la garantía constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo, dotada de eficacia directa, define un contenido esencial que atribuye a la parte normativa de toda manifestación nacida de la libertad negocial, que el art. 37.1 CE también garantiza, de una eficacia jurídica imperativa y automática. Este pasaje constitucional, por tanto, ni es un mandato mero al legislador, vacío de todo contenido material, ni su contenido material puede entenderse como consagración del convenio colectivo como una fuente formal del Derecho, como una fuente de derecho objetivo. A través de la tercera de las tesis, en fin, se intenta recomponer el tradicional divorcio entre garantía constitucional y garantía legal de la fuerza vinculante, argumentando que el ET —que por mandato constitucional (art. 35.2) se erige en ley laboral común del derecho a la negociación colectiva y de los convenios y acuerdos colectivos— reconoce, en sus arts. 3.1.b, en relación con el 82.3, y 3.1.c, el doble efecto imperativo y automático, constitutivo del núcleo esencial de la fuerza vinculante *ex* art. 37.1 CE.

## ÍNDICE

1. LA TENAZ ACTUALIDAD DE UN DEBATE CLÁSICO
2. LA NOCIÓN DE EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO: UN INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-SISTEMÁTICA Y COMPARADA
3. UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN UNITARIA DE LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES
  - 3.1. La garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios
    - 3.1.1. La eficacia inmediata de la garantía constitucional
    - 3.1.2. La eficacia imperativa e inmediata de los convenios colectivos, como núcleo esencial de la garantía constitucional
    - 3.1.3. El ámbito objetivo de protección de la garantía constitucional
  - 3.2. El desarrollo legal de la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos

## 1. LA TENAZ ACTUALIDAD DE UN DEBATE CLÁSICO

1. En el proceso de juridificación o de racionalización formal de ese originario fenómeno de normación social (*Selbstgesetzgebung*) en que se expresa la actividad contractual colectiva de las organizaciones de representación de intereses de trabajadores y empresarios, la cuestión relativa a los efectos del acuerdo negocial resultante ha sido, de seguro, la que ha demandado mayores esfuerzos doctrinales y más notables reconversiones legislativas y jurisprudenciales. Y también ha sido la que ha suscitado los más enconados debates políticos y jurídicos. La posición de centralidad atribuida a dicha cuestión, tempranamente calificada por Hugo Sinzheimer como verdadera espina dorsal (*Ruckgrat*) del derecho colectivo<sup>1</sup>, puede ser razonablemente explicada en clave histórica.

De la adecuada solución a este problema dependerá, en gran medida, el logro de uno de los objetivos jurídicos básicos de las políticas programadas y ensayadas por el reformismo social y que se revelará decisivo, desde principios del siglo XX en la práctica totalidad de los países de Europa occidental, para la conciliación entre el Estado y el movimiento obrero organizado; esto es, para la pacificación social. Tal objetivo no será otro que el demostrar que el ordenamiento jurídico es capaz de asegurar a los trabajadores la efectiva aplicación de las condiciones de trabajo instituidas en los acuerdos colectivos. La eficacia jurídica de los convenios colectivos se convertirá así en el banco de prueba de la sinceridad política de las medidas de reforma social enderezadas a propiciar una cierta recomposición de las relaciones de poder surgidas tras el triunfo de la revolución liberal-burguesa; de la aceptación por los Estados, en suma, de que la emergente autonomía colectiva y las libertades a ella asociadas, además de exigir un ámbito negativo de no injerencia e intromisión en su desenvolvimiento, también reclama la adopción de acciones positivas destinadas a la consecución de una doble y combinada finalidad de tutela. La primera, cuyos destinatarios son los trabajadores individuales, se centrará en impedir que los provisionales compromisos colectivos, alcanzados fuera de las fábricas entre las organizaciones sindicales y las agrupaciones empresariales, puedan resultar inaplicados por la unilateral voluntad de los empresarios individuales con la cobertura formal de los principios

<sup>1</sup> SINZHEIMER, H., *Grundzüge des Arbeitsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Jena (G. Fischer) 1927, pág. 261.

ordenadores de la libertad de contratación, frustrando con ello la función socialmente típica (el *voluto*) perseguida por aquellos sujetos colectivos; la segunda, con una dimensión ya propiamente colectiva, perseguirá el sostén y apoyo de la actividad de las propias organizaciones sindicales. Por lo demás, la consecución de este programa reformista demandará un «cambio radical» tanto en las opciones imperantes de política legislativa como en el pensamiento jurídico de la época, dominadas unas y otro por la arraigada idea de que el contrato de trabajo constituye «la única fuente idónea en producir efectos jurídicos directos sobre la relación laboral»<sup>2</sup>.

Más adelante intentaré analizar cuáles han sido las grandes vías de respuesta jurídica —jurídico-dogmática y normativa— de este programa. En estos momentos iniciales de presentación del tema objeto de estas reflexiones, no me parece impertinente anticipar una conclusión. En la mayor parte de los ordenamientos europeos, los centros de atención de la doctrina científica más empeñada en la elaboración de una teoría sobre la vinculabilidad de los convenios colectivos han ido experimentando progresivamente un desplazamiento. La discusión clásica sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo —discusión ésta en la que de algún modo han terminado por converger los *topoi* más estructurales y estructuradores de aquella teoría (fundamento del poder de normación, atribución de los poderes negociales o naturaleza del propio convenio colectivo)— ha ido cediendo terreno a otros temas, tales como los relativos a las nuevas funciones del pacto, a las relaciones entre éste con la legislación, de un lado, y con la autonomía individual, de otro, o a las relaciones entre los acuerdos colectivos alcanzados en una estructura negocial que de manera creciente diversifica no sólo los niveles de negociación, sino también los contenidos pactados en cada nivel y los instrumentos de formalización de los acuerdos.

Es ésta una conclusión que puede demostrarse sin más apoyo que el que brindan rudimentarios empirismos. Basta efectuar una superficial comparación en los tratamientos sobre el convenio colectivo contenidos en algunas de las más afamadas y autorizadas obras de la doctrina laboralista de las épocas de entreguerra y postguerra para apreciar, sin esfuerzo alguno, este desplazamiento<sup>3</sup>. Desde luego, la reorientación a partir de los años sesenta del siglo pasado del tradicional debate que había consumido buena parte de las energías intelectuales de los fundadores del Derecho del Trabajo vino urgida por el «alto grado de sensibilidad» del convenio colectivo a la evolución de las relaciones sociales<sup>4</sup>. Pero no es menos verdad que, en buena medida, los cambios habidos en los centros de gravedad del debate científico fueron reflejo del sustancial consenso que la cultura jurídico laboral había ya logrado sobre tan trascendental cuestión<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> VARDARO, G., *Contratti Collettivi e rapporti individuale di lavoro*, Milán (Franco Angeli) 1985, pág. 36.

<sup>3</sup> De manera explícita, así lo reconoce DESPAX, M., «Conventions Collectives», en G. H. Camerlynck, *Traité de Droit du Travail*, vol. VII, Paris (Daloz) 1966, pág. 55 y «Négotiations, conventions et accords collectifs», en G.H. Camerlynck, *Traite...*, cit., vol. 7, 2.ª ed., Paris (Daloz), pág. 73.

<sup>4</sup> Cfr. GIUGNI, G., «La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro», en *Atti del III Convegno di diritto del lavoro sul tema Il contratto collettivo di lavoro*, Milán (Giuffrè) 1968 (luego recogido en *Lavoro, legge, contratti*, Bolonia (Il Mulino) 1989, pág. 151, por donde cito).

<sup>5</sup> A este primer estado responden, entre otras, las doctrinas inglesa (por todos, WEDDERBURN OF CHARLTON, *The worker and the Law*, 3.ª ed., Londres (Penguin Books) 1986, pág. 318), francesa (PELISSIER, J./SUPIOT, A./JEAMMAUD, A., *Droit du Travail*, 21 ed., Paris (Daloz) 2002, pág. 864), alemana (vid. DAÜBLER, W., *Das*

2. No es ésta, sin embargo, una aseveración que pueda predicarse de la doctrina científica española. Transcurridos más de veinticinco años desde la promulgación del texto constitucional y a punto de cumplirse ya el cuarto de siglo de la aprobación de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores, la polémica sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos sigue instalada en un primer plano de actualidad. Esta polémica, de otro lado, no ha frenado la atención hacia esos otros temas surgidos al hilo de los procesos de evolución que han experimentado y siguen experimentando los sistemas nacionales de relaciones laborales, incluido el nuestro. La diversificación de instrumentos contractuales, de variada estructura y contenido, aparecidos o potenciados por los procesos evolutivos — y que a menudo han procedido a redefinir las funciones de, y las relaciones entre, las tres principales fuentes de regulación de las relaciones laborales— ha ensanchado, al menos en su vestidura formal, el ámbito del propio debate. Pero la simultánea apertura de nuevos frentes de debate, sin haber previamente cerrado el germinal, ha contribuido a expandir el disenso, acentuando su intensidad sonora. Hasta tal punto, que no sólo constituye vano empeño la refinada tarea de agrupar las distintas orientaciones doctrinales conforme a criterios de razonable homogeneidad; esto es, de discernir si, desde una perspectiva material, los puntos de desencuentro afectan a elementos sustanciales o son simples discrepancias de carácter accesorio. La actitud de inhibición también puede proyectarse hacia otra labor bastante más modesta, cual es la de contabilizar las tesis en circulación, con todas sus numerosas y complejas variantes.

Esta ausencia de consenso doctrinal sobre la institución que jurídicamente vertebraría cualquier sistema de negociación colectiva puede ser objeto de numerosas lecturas. De entre las imaginables y razonables, acaso la más cómoda es buscar sus raíces en la falta de precisión gramatical, de rigor técnico y de unidad sistemática de las reglas que disciplinan la eficacia jurídica del convenio colectivo en nuestro ordenamiento positivo. No es ésta, sin embargo, una explicación convincente. Son razones institucionales y no normativas las que, a mi juicio, pueden dar cuenta de la extensión e intensidad de las divergencias doctrinales sobre la materia. Si se acepta la idea de que la negociación colectiva, en general, y los pactos de ella nacidos, en particular, son instituciones especialmente sensibles a la evolución del entorno (social, económico, organizativo, político o tecnológico, por acompañar con algunos adjetivos el uso de aquél sustantivo), difícilmente puede dejar de convenirse que las construcciones jurídicas sobre los efectos de los acuerdos colectivos se instalan en terrenos especialmente movedizos; en unos terrenos que precisan, para su asentamiento, una cierta estabilidad. Y muy probablemente, es esta propiedad de la que aún carece nuestro sistema negocial, obligado, en un *tempus* histórico relativamente breve, no sólo a buscar las fórmulas de tránsito y ajuste entre los ejercicios social y jurídico de ese poder normativo sobre las relaciones laborales en que se sustancia la negociación colectiva, sino,

---

*Arbeitsrecht*, vol. 1, 3.<sup>a</sup> ed., Hamburgo (Rowolt) 1979, pág. 65) e italiana (GIUGNI, G., *Diritto Sindacale*, Bari (Cacucci Ed.) 2001, pág. 130) para las cuales el problema de la eficacia jurídica de los convenios (y los problemas a ella asociados) se encuentra, en general, pacificado. No obstante y como es natural, el consenso doctrinal es relativo. Por ejemplo y en relación con la doctrina alemana, Thilo RAMM («Die Rechtsnatur del Tarifvertrags», *Juristische Zeitschrift*, 1962, págs. 83 y ss; luego publicado, bajo el título «La natura giuridica del contratto collettivo», en *GDLRI* 1984, núm. 24, págs. 797 y ss) disiente de la opinión dominante.

además y simultáneamente, a adaptar esas fórmulas, todavía en rodaje, a los constantes influjos evolutivos.

3. En este particular contexto en el que, de un lado, la negociación colectiva en régimen de libertad ha sucedido sin solución fáctica de continuidad a una pseudonegociación colectiva de signo corporativo-autoritario y, de otro, la actividad contractual colectiva apenas emergente se ha visto sacudida y agitada por una continuada onda de cambios de muy diversa naturaleza; en este contexto, digo, las tentaciones más inmediatas que podían presentarse a la hora de elaborar una teoría normativa sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo podían provenir de dos frentes; de un lado, de una interpretación del ordenamiento jurídico en clave de continuidad histórica próxima, de dinastismo histórico, y, de otro, de una tipificación jurídica de los efectos del convenio en un sentido acorde a las tendencias de individualización, por ruidosas voces elevadas a la categoría de imparable motor de los cambios producidos. En términos generales, no me parece arriesgado afirmar que estas tentaciones, lejos de haber sido conjuradas, han logrado anidar en buena parte de las construcciones sobre la eficacia jurídica del convenio puestas en circulación por nuestra doctrina científica. En concreto, de aquellas que, partiendo de un común denominador, han alumbrado dos de las grandes teorías sobre esta materia: la normativista de corte legalista y la neocontractualista.

Para ambas teorías, ninguna de las cuales, por cierto, ofrece un perfil unívoco en su desarrollo, es el Estatuto de los Trabajadores (ET) y no la Constitución (CE) la fuente única y exclusiva que da respuesta cierta a estos dos problemas: qué contenido concreto ha de atribuirse a la garantía constitucional de la fuerza vinculante y qué tipo de acuerdo resultante del ejercicio de la actividad contractual colectiva disfruta de la garantía de la fuerza vinculante. La inteligencia del art. 37.1 CE como pura norma de reenvío al legislador no sólo tiene el paradójico efecto de sustraer la constitucional garantía consistente en la atribución al convenio colectivo de «fuerza vinculante» de toda referencia o parámetro constitucional. Además de conferir al legislador la cualidad de indiscutido *domus* de dicha garantía, también incorpora al ejercicio de las competencias constitucionalmente delegadas que le corresponden la facultad de decidir el otorgamiento o la denegación de esa garantía a un solo producto de entre los diferentes acuerdos colectivos nacidos del ejercicio de la autonomía negocial. De conformidad con estas corrientes de opinión, pues, ni el mencionado pasaje constitucional logra desarrollar la tradicional función, normalmente asociada a las normas iusfundamentales (art. 53.1 CE), de definir un contenido material esencial de la «fuerza vinculante» atribuida al convenio colectivo, calificable como límite infranqueable para el legislador en el legítimo ejercicio de su actividad normadora, ni la cualidad de un acto como el convenio colectivo, nacido del no menos legítimo ejercicio de las organizaciones de representación de intereses de los trabajadores y empresarios de su autonomía colectiva, es condición bastante para acceder a los efectos legales de la fuerza vinculante.

En ulteriores apartados habrá ocasión de examinar más a fondo las consecuencias de esta interpretación constitucional. Lo que ahora me interesa señalar es que el destierro de la garantía de la fuerza vinculante del territorio constitucional desdobra, en nuestro ordenamiento jurídico, el problema de la eficacia jurídica del convenio colectivo. La *questio iuris* ya no se centra sólo en analizar el modo en que el ET garantiza a los convenios colectivos la fuerza vinculante. Desde el momento en que la realidad social desborda las reglas negociales de forma y fondo legalmente establecidas, el problema de la eficacia jurídica no es susceptible de tratamiento unitario. La privación a la garantía constitucional de

un contenido sustantivo termina así diversificando el sentido de la fuerza vinculante, que no es uno sino plural. Y es en esa secuencia argumentativa en la que hacen su aparición las ya citadas tesis normativista y neocontractualista sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo. Los convenios colectivos negociados de conformidad con la disciplina legal tienen la eficacia propia que se corresponde con su condición de normas jurídicas; siguen siendo hoy, como antaño, fuentes de derecho objetivo. Los otros instrumentos contractuales, los que no entran en el *nomen legis* de convenio colectivo o los que, aún respondiendo a la morfología del tipo legal convenio colectivo, no se han celebrado con arreglo a las previsiones estatutarias quedan instalados en uno de estos dos *loci*. En el mejor de los casos, que es el sustentado por los defensores de las tesis neocontractualistas, en un limbo jurídico, con eficacia asimilada a la del contrato mero; y, en la peor de las suertes, que es la patrocinada por las orientaciones normativistas de signo continuista, en un espacio social virtual, que no real, habitado por convenios *fuorilegge*, y en cuya entrada pende un cartel de «sin derechos de aplicación».

Las observaciones que se vienen de realizar ya anticipan o, al menos, sugieren las hipótesis que me propongo desarrollar en este trabajo y que pueden sintetizarse, de manera sumaria, del modo siguiente: 1) Una teoría normativa sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo en nuestro ordenamiento jurídico no puede prescindir en modo alguno, para su elaboración, de los cánones de interpretación histórico-sistemático y comparado; 2) La fuerza vinculante *ex art. 37.1 CE* instituye unas garantías mínimas acerca del modo de aplicación de los convenios colectivos sobre las relaciones laborales, que el legislador está obligado a respetar y 3) El ET ha desarrollado, en términos irreprochables desde la perspectiva constitucional, la garantía mínima de la fuerza vinculante, atribuyéndola de manera indiferenciada y por igual a todos los productos nacidos de la actividad contractual colectiva.

Antes de cerrar esta ya extensa introducción, no me parece impertinente efectuar unas observaciones de carácter personal. No es ésta la primera oportunidad en la que me aproximo a la *vexata questio* de la eficacia jurídica de los convenios colectivos; muy antes al contrario, de ella me he ocupado, durante la primera década del período constitucional, con una cierta insistencia<sup>6</sup>. Desde luego, en el presente trabajo mantengo en lo sustancial una línea de continuidad de pensamiento; pero también he procedido a reelaborar algunas tesis, que ahora rectifico, así como a aclarar o a desarrollar, ya sin rodeos, otras que entonces pudieron quedar en penumbra o fueron apenas esbozadas.

## 2. LA NOCIÓN DE EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO: UN INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-SISTEMÁTICA Y COMPARADA

4. El último tercio del siglo XIX registra, en la mayor parte de los países europeos ya industrializados, la aparición y ulterior expansión de un nuevo sistema de formación y re-

<sup>6</sup> Dando de lado las ocasiones en las que he abordado el tema de manera periférica o lateral, de la eficacia jurídica del convenio colectivo me he ocupado de manera sistemática en las obras siguientes: «La negociación colectiva en la Constitución», *RPS* 1979, núm. 121, págs. 492 y ss.; «El sistema español de negociación de condiciones de trabajo», en F. Valdés (Dir), *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid (IMPI) 1982, págs. 33 y ss. y 49 y ss.; *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid (Acarl) 1988, págs. 49 y ss. y «El paradigma legal en la negociación colectiva», *RL* 1990-I, págs. 268 y ss.

gulación del trabajo por cuenta ajena; de un sistema cuya consolidación resultará decisiva tanto para la afirmación del emergente movimiento sindical como para la fundación de una nueva disciplina jurídica.

En 1898, Beatrice y Sydney Webb concluían, con la publicación de su obra *La democracia industrial*, su monumental reconstrucción de la historia de las organizaciones sindicales británicas, aportando una información sistematizada sobre ese sistema, en la que se destacaba un dato: el distinto grado de intensidad y extensión aplicativa de las condiciones de trabajo contenidas en los *collectives agreements*, básicamente negociados en la *industry*. Estos podían ser aplicados a todos los trabajadores de la empresa o a sólo los afiliados a los sindicatos firmantes; y también podían ser inaplicados por completo, en un sentido favorable o desfavorable para los trabajadores. En todo caso, la eficacia de los convenios colectivos no se entendía o percibía como un problema jurídico sino como un problema de índole político-sindical: su mayor o menor vinculabilidad estaba en función de las concretas relaciones de fuerza existentes entre las partes sociales en conflicto<sup>7</sup>. Para los Webb, en suma, las relaciones entre negociación colectiva e *individual bargaining* planteaban en esencia un problema de poder social, refractario a ser resuelto mediante mediaciones jurídico-formales.

A conclusiones bien distintas había llegado pocos años antes, analizando su concreta realidad social, el economista alemán Lujó Brentano, quien había demandado, en línea de coherencia con las bases ideológicas de la corriente de pensamiento en la que militaba, el «socialismo de cátedra», la promulgación de una ley social que cancelara la injusta e irracional práctica del abono a los trabajadores, por parte de los empresarios, de unos salarios inferiores a los fijados en los *Tarifvertrags*<sup>8</sup>. La influencia de Brentano en la conversión del problema político de la «inefectividad» de los convenios colectivos en el problema jurídico de la «eficacia» de los convenios colectivos habría de resultar determinante en la elaboración, por los fundadores del derecho del trabajo en el continente europeo, de la teoría del convenio colectivo<sup>9</sup>.

En 1907, Hugo Sinzheimer, a partir de los resultados obtenidos de un estudio empírico de los convenios colectivos firmados en las industrias alemanas, había procedido a identificar la función socialmente típica de los *Tarifvertrags*, poniendo de relieve que la finalidad de los mismos no era otra que la de establecer un conjunto de reglas destinadas a disciplinar las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores, reglas éstas que eran susceptibles de ser clasificadas en dos grandes grupos, según que la función normativa realizada fuese *inmediata* (*normas de trabajo*, reguladoras del contenido de los contratos de trabajo) o *mediata* (*normas profesionales*, enderezadas a ordenar las relaciones entre las partes firmantes y a asegurar la efectiva aplicación de aquellas otras)<sup>10</sup>. Sinzheimer era

<sup>7</sup> WEBB, B. y S., *La democracia industrial*, Madrid (Ed. Biblioteca Nueva) 2004 (traducción española de la edición inglesa de 1920), cap. VIII.

<sup>8</sup> Vid. BRENTANO, L., *Das Arbeitsverhältnis gemäs dem heutigen Recht*, Leipzig (Duncker & Humblot) 1877. Hay traducción inglesa (*The relation of Labor to the Law of to-day*, Nueva York (G.P. Putnam's Son), 1891, que es la que he manejado.

<sup>9</sup> Vid. VARDARO, *Contratti collettivi*., cit., págs. 37 y ss.

<sup>10</sup> SINZHEIMER, H. *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, Berlín (Duncker & Humblot) 1971 (reedición de la edic. de los 2 vols. de 1907-1908), citado por VARDARO, «Il mutamento della funzione del contratto collettivo», *GDLRI* 1983, núm. 20, pág. 720, de quien tomo las referencias.

consciente, sin embargo, de que el cumplimiento por el convenio colectivo de la función normativa o, lo que es lo mismo, de esos efectos sociales típicos queridos por las partes, tropezaba con obstáculos de envergadura. La garantía de la aplicación de las *Arbeitsnormen*, de esas normas destinadas a fijar las condiciones individuales de trabajo, podía ser asegurada, en aquél tiempo, por dos vías: de un lado, por los medios ofrecidos por la autonomía colectiva, ubicada en un escenario precario de ilicitud civil o, incluso, penal y, de otro, por las técnicas aprestadas por el derecho codificado de la contratación, consistentes en el reconocimiento a favor del convenio de la eficacia obligacional u obligatoria predicable de cualquier negocio jurídico contractual.

La fragilidad de ésta última vía —única en la que me interesa reparar— resultaba, sin embargo, evidente. En su versión primera y esencial, la transposición de la concepción más canónica de la eficacia obligacional al convenio colectivo implicaba reconocer que del pacto colectivo nacen exclusivamente obligaciones de conducta, expresadas en los compromisos, adquiridos por los empresarios y trabajadores vinculados con las partes firmantes mediante una relación de representación, de aplicar al contrato individual de trabajo el contenido de las mencionadas obligaciones. Pero en la hipótesis de incumplimiento de las reglas de conducta y al margen del sistema endoasociativo de sanciones, el único mecanismo resarcitorio jurídicamente invocable era el común del derecho de los contratos; es decir, la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios.

Por esa misma época, ya habían hecho su aparición algunas construcciones doctrinales dirigidas a integrar la función normativa típica de los convenios colectivos en la lógica contractual privatista vigente. De obligada cita son, en este capítulo, las tesis de Philipp Lotmar quien, al tiempo de ofrecer el obligado punto de referencia para las posteriores construcciones que de inmediato se pondrán en circulación<sup>11</sup>, sienta las bases doctrinales para el tránsito, en Alemania, de la legislación obrera al moderno derecho del trabajo<sup>12</sup>. Tras calificar al pacto colectivo como un *vertrag sui generis*, Lotmar quiso dar respuesta al problema de la eficacia jurídica de los convenios colectivos mediante una reformulación de las obligaciones asumidas por las partes firmantes, entre las que había de entenderse implícitamente incluida la promesa de «transfundir», en la fase de estipulación del contrato de trabajo, las condiciones tarifarias establecidas en aquellos<sup>13</sup>. Para Lotmar, pues, el contrato de trabajo nace a la vida jurídica con las cláusulas del convenio colectivo aplicable ya incorporadas. O por decirlo con sus palabras, «concluyendo o ratificando un contrato de tarifa, los trabajadores y empresarios se comprometen recíprocamente a no estipular, durante su vigencia, ningún contrato de trabajo que contenga condiciones diversas respecto de aquél contrato de tarifa»<sup>14</sup>. La efectiva aplicación del convenio o el reconocimiento

<sup>11</sup> Incluida la de Sinzheimer. Vid. RAMM, «Il contratto di tariffa di Philipp Lotmar: introduzione», *GDLRL* 1984, núm. 22, pág. 305.

<sup>12</sup> Cfr. RAMM, «Il contratto di tariffa...», cit., pág. 306.

<sup>13</sup> Vid. LOTMAR, Ph., «Die Tarifverträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern», en *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik* 1900, págs. 1-122. Las referencias las tomo de la traducción de este texto al italiano, «I contratti di tariffa tra datore di lavoro e prestatoti di lavoro», *GDLRL* 1984, núm. 22, págs. 314 y ss., esp. 367 y ss. La configuración del convenio colectivo como contrato sui generis, en pág. 377.

<sup>14</sup> Cfr. LOTMAR, «I contratti di tariffa...», cit., pág. 377.

de una «fuerza vinculante a las tarifas, casi automática»<sup>15</sup> trae causa, para el romanista que «descubriera jurídicamente el convenio colectivo en Alemania»<sup>16</sup>, en la hipóstasis de aquella promesa con el contenido del convenio, de la que se derivará de manera mecánica una inviabilidad jurídica de celebrar contratos de trabajo con cláusulas contrarias a ese contenido.

Una construcción semejante, cuyo propósito implícito (aunque no fuera esa la consecuencia resultante) era resolver la eficacia del convenio en el marco del derecho vigente de la contratación sin necesidad de una reforma legislativa, no se encontraba entonces (ni se sigue encontrando ahora) al abrigo de muy serias objeciones dogmáticas y positivas; de tal envergadura como para poder concluir afirmando la absoluta incompatibilidad entre dicha construcción y las reglas y técnicas informadoras del derecho común de los contratos. Así lo razonaría de manera impecable Giuseppe Messina, otro de los fundadores del Derecho del Trabajo, quien, desde una perspectiva rigurosamente privatista, le recordará a Lotmar que a un límite impuesto a la voluntad de las partes del contrato de trabajo, como es el de la obligación de *contrahere* en un sentido conforme al convenio colectivo, no se le puede atribuir la eficacia «di una vera legge proibitiva o di una norma di diritto cogente», ya que las limitaciones no enunciadas por la ley solo despliegan eficacia obligatoria,» non —per cosí dire— *reale*»<sup>17</sup>. Por consiguiente y en contra de la voluntarista tesis propuesta por quien fuera Rector de la Universidad de Berna, Messina concluirá afirmando que las cláusulas de los contratos de trabajo contrarias a las tarifas han de entenderse plenamente válidas, sin perjuicio de que su estipulación pudiera dar lugar a las normales reacciones contractuales, consistentes en el ejercicio de las acciones por daño. Pero la insuficiencia de estos remedios de derecho común «è nella convinzioni di tutti»<sup>18</sup>.

5. A partir de esta convicción, la crónica del proceso de afirmación y ulterior consolidación del convenio colectivo como acto nacido del ejercicio de un poder de normación extraestatal se resumirá, en buena medida, en la crónica de los esfuerzos realizados —con mayor o menor tesón y protagonismo— por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación para asegurar jurídicamente la aplicación del convenio colectivo; esto es, para dotar a las *normenvertrag* o, al menos, a las que Sinzheimer había calificado como *Arbeitsnormen*<sup>19</sup> de sus efectos sociales normativos. La detallada reconstrucción de una crónica semejante es, de seguro, una tarea que excede con creces el objetivo de este trabajo<sup>20</sup>. Con bastante

<sup>15</sup> Cfr. MESSINA, G., *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, Macerata 1904, *apud* D'Antonna, M., (a cura di), *Lecture di Diritto Sindacale*, Nápoles (Jovene) 1990, pág. 205.

<sup>16</sup> Cfr. SINZHEIMER, H., *Jüdische Klassiker deutschen Rechtswissenschaft*, Franckurt 1953 (reedición de la original de 1938), pág. 207 (cit., por RAMM, «Il contratto di tariffa di Philipp Lotmar...», cit., pág. 303).

<sup>17</sup> Cfr. MESSINA, *I concordati...*, cit., pág. 206 (la cursiva es del autor).

<sup>18</sup> Cfr. MESSINA, *I concordati...*, cit., pág. 207.

<sup>19</sup> La diferenciación de Sinzheimer entre normas de trabajo y normas profesionales está construida desde un prisma funcional. No obstante y mediante «una hábil corrección lingüística», Kaskel y, a partir de él, la doctrina alemana convertirá esta clasificación en la teoría de las dos «partes» del convenio colectivo (normativa y obligacional). Lo que inicialmente se utiliza para representar las funciones del convenio colectivo, termina siendo configurado como contenido necesario y esencial del «tipo ideal» de todo convenio colectivo. Cfr. VARDARO, «Il mutamento delle funzioni...», cit., pág. 731 y RAMM, «La natura giuridica...», cit., pág. 802.

<sup>20</sup> Un acabado análisis de las múltiples teorías sobre la eficacia jurídica del convenio, bien que entrecruzadas con las teorías del convenio colectivo, elaboradas por la doctrina laboralista durante el período de entreguerras puede consultarse en GALLART y FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de las condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Barcelona (Bosch) 1932, págs. 59 y ss.

menor ambición, me limitaré a destacar los aspectos de esta crónica que, sin riesgo alguno de simplificación, pueden calificarse como comunes en la mayor parte de los países eurocontinentales. Una crónica, por otra parte, que, como ya fue indicado con anterioridad, puede razonablemente darse por cerrada en las décadas de los años 50 y 60 del siglo XX.

En este orden de cosas, vale la pena comenzar por señalar las dos grandes vías a través de las cuáles se han articulado, en unos casos, o se han pretendido articular, en otros, las respuestas al problema de la eficacia jurídica de los convenios colectivos, vías éstas que pueden denominarse, la una, como «autonomista» y, la otra, como «heteronomista». Antes de entrar en su examen, me parece obligado realizar algunas observaciones de carácter general que contribuyan a una mejor comprensión no sólo ni tanto de su respectiva significación sino, sobre todo, de sus puntos de convergencia y encuentro.

Conforme se viene de hacer notar, una y otra vía constituyen, en lo esencial, dos formas distintas de responder a un mismo e idéntico problema, cual es el de asegurar la observancia efectiva de los efectos sociales típicos del convenio sobre los contratos individuales de trabajo; o, si se prefiere enunciarlo en otras palabras, de garantizar el estricto cumplimiento de la función normativa del convenio colectivo sobre las relaciones de trabajo. Y como igualmente se ha recordado, la conversión de la eficacia de los convenios colectivos en un problema jurídico surge de la constatación de la falta de idoneidad del utillaje conceptual y técnico aprestado por el derecho civil codificado para garantizar ese objetivo. La eficacia meramente obligacional, propia de los contratos —y el convenio colectivo es un contrato, un acto de autonomía privada—, no asegura al contenido del convenio su invulnerabilidad frente a los pactos en contrario suscritos por los empresarios y trabajadores en ejercicio de su libertad de contratación. Por este lado, pues, el problema de la eficacia jurídica de los convenios colectivos se transformará, en lo esencial, en el problema de la inderogabilidad *in peius* de las cláusulas colectivamente pactadas por los contratos individuales de trabajo. O por decirlo desde otra perspectiva, en el modo de atribuir una tutela jurídica superior a la función normativa del convenio colectivo respecto de esa misma función desarrollada por el contrato de trabajo.

Tal será, y no otro, el alcance que, al menos en origen, delimita desde una perspectiva dogmático-jurídica el debate doctrinal sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos. No obstante ello, a este debate se van a ir adicionando, con el discurrir del tiempo, nuevas cuestiones cuyo tratamiento, en ocasiones, ha tenido un efecto de disolución o de confusión del problema de la eficacia jurídica con otros problemas que, aun siendo afines, tuvieron entonces sustantividad propia y, al menos alguna de ellas, y a mi juicio, la siguen teniendo ahora. De entre todas ellas, me detendré en tres en particular.

La primera y acaso más relevante, afecta a la naturaleza jurídica del convenio colectivo. En tal sentido, afirmar la naturaleza contractual del convenio, su condición de contrato nacido de la voluntad de unos grupos sociales dotados de subjetividad jurídica, no pasaría de ser una solemne banalidad. Lo cierto es, sin embargo, que no es ésta una afirmación pacífica<sup>21</sup>; antes al contrario, una muy influyente corriente doctrinal, fuertemente inspira-

<sup>21</sup> Por el momento, mantengo el planteamiento de este problema en términos de dogmática del convenio colectivo y no de teoría normativa.

da en el pensamiento institucionalista, ha terminado por instalar el convenio colectivo en el campo de las fuentes de derecho objetivo, configurándolo como una norma. La exclusión del convenio colectivo del ámbito de los contratos trae causa, de seguro, en la confusión entre la función normativa del convenio y la forma a través de la cual dicha función se instrumenta o, como advirtiera Guigni hace ya bastantes años, «entre el contenido reglamentario del acto y la forma *in cui ese viene essere*»<sup>22</sup>. Estas concepciones normativistas del convenio colectivo —que los regímenes corporativistas europeos del período de entreguerras acentuarán hasta límites máximos, degradando al convenio a la condición de un reglamento público— tienden a deducir la naturaleza del convenio no de su estructura o del acto que le da vida sino de sus efectos<sup>23</sup>. La atribución al convenio colectivo de una eficacia que, para asegurar su función social normativa, se aparta o separa de la estrictamente obligacional de los contratos no convierte, *per se* y de manera automática, al convenio colectivo en una norma, en el sentido más clásico y tradicional de la noción. En este sentido, la conocida y manoseada expresión de Carnellutti, según la cual el convenio colectivo «e un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge»<sup>24</sup>, puede ser entendida, como así ha venido sucediendo tradicionalmente<sup>25</sup>, como confesión de la incapacidad del pensamiento jurídico de encajar esta nueva figura en alguna de las categorías tradicionales acuñadas por la ciencia jurídica y, por tanto, como invitación a superar la misma mediante su calificación como un *tertium genus*, una especie de «monstruo jurídico»<sup>26</sup>, que comparte simultáneamente la condición de norma y de contrato. Pero con esta expresiva y afortunada metáfora, el ilustre jurista italiano, a mi juicio, pretendía, más que terciar en el debate de la naturaleza del convenio<sup>27</sup>, enfatizar la falta de correspondencia, en el plano jurídico formal, entre el irreductible carácter contractual del convenio («cuerpo de contrato») y la no menos irreductible vocación imperativa de sus efectos («alma de ley»)<sup>28</sup>. Al final del trabajo he de retornar sobre la idea carnellutiana.

<sup>22</sup> Cfr. GIUGNI, «La funzione giuridica...», cit., pág. 157.

<sup>23</sup> Nuevamente GIUGNI, «La funzione giuridica...», cit., págs. 157-158. En la doctrina española, no es infrecuente que ambas cuestiones, eficacia jurídica del convenio y naturaleza jurídica del mismo, tiendan a confundirse e identificarse. Tal es la tesis defendida por los normativistas. Entre las opiniones más recientes y de modo contundente, *vid.* GALIANA MORENO, J., («La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español de trabajo», en *La eficacia de los convenios colectivos*. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (Ed. MTAS) 2003, pág. 38), para quien «debe, pues, establecerse, como premisa que (...) la eficacia del convenio equivale a indagar la naturaleza predicable del mismo». Bien que desde premisas metodológicas diferentes, en esta misma confusión incurre CORREA CARRASCO, M. (*La negociación colectiva como fuente del derecho*, Madrid (Univ. Carlos III/BOE) 1997, pág. 150), para quien si se parte «de la base de que (el convenio colectivo) es una norma, su eficacia jurídica sería, por coherencia, consecuencia obligada de su naturaleza normativa».

<sup>24</sup> Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padua (Cedam) 1927, págs. 116-117.

<sup>25</sup> Bastará citar, por todos, a BARASSI, L., *Il diritto del lavoro*, vol I, Milán (Giuffré) 1949, pág. 111.

<sup>26</sup> La calificación es de DEXPAX, *Negotiations...*, cit., pág.73.

<sup>27</sup> Qué para él era contractual. *Vid.* CARNELUTTI, *Teoria del regolamento...*, cit., págs. 107 y ss.

<sup>28</sup> O por decirlo nuevamente con las palabras del propio autor: «atraverso il meccanismo contrattuale (...) si sprigiona un movimento, che va oltre il rapporto giuridico tra le parti». Cfr., *Teoria del regolamento...*, cit., pág. 117.

La segunda de las cuestiones que también ha acompañado históricamente, y sigue acompañando aún de presente, a la polémica sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo es la relativa a la fundamentación jurídica de la aplicación del haz de derechos y obligaciones estipulados en el convenio colectivo a los contratos individuales de trabajo. Pese a su indiscutible proximidad o afinidad, eficacia jurídica y fundamentación de la aplicación del convenio suscitan problemáticas diferentes cuya solución, por lo mismo, ha de articularse a través de técnicas diferenciadas. Como ya se ha señalado, aquella primera, la eficacia jurídica, pretende asegurar a la función normativa del convenio una resistencia jurídicamente imperativa frente a los actos contrarios provenientes de la autonomía privada individual. La segunda, por el contrario, pretende dar cuenta del modo a través del cual las cláusulas contenidas en el convenio colectivo se aplican a las relaciones laborales.

Sin perjuicio de lo que se diga más adelante, esta segunda cuestión —que en una fase avanzada del proceso de juridificación de la eficacia del convenio va a ser identificada bajo la rúbrica de eficacia inmediata o directa (*unmittelbare Wirkung*), denominando a aquella otra como eficacia imperativa (*zwingenden Wirkung*)<sup>29</sup>— también va a ser objeto de un temprano tratamiento por la doctrina científica. En tal sentido, Lotmar se empeñará, desde los presupuestos civilistas que informan su teoría sobre el *Tarifvertrag*, en fundamentar la eficacia directa de las disposiciones colectivas sobre el contrato de trabajo mediante el recurso a una reinterpretación de la figura de la representación regulada en el DGB<sup>30</sup>. Diferente fue la posición mantenida por Sinzheimer, para quien las organizaciones sindicales (y empresariales) firmantes del convenio colectivo no actúan como representantes de los trabajadores sino como simples partes del *Tarifvertrag*, el cual, por un lado, sólo producirá efectos jurídicos vinculantes sobre estas mismas y, por otro, presupondrá la existencia de grupos organizados en ambas partes contratantes a través de los cuales se expresan los intereses colectivos<sup>31</sup>.

La tercera y última de las cuestiones que han estado asociadas al problema de la eficacia jurídica, es la relativa al ámbito subjetivo de aplicación del convenio colectivo; esto es, a la que viene siendo tradicionalmente denominada eficacia personal o subjetiva del convenio colectivo. De las tres cuestiones analizadas, es ésta, de seguro, la más alejada de los debates sobre la eficacia imperativa del convenio colectivo; la que, desde un principio, aparece con unos perfiles nítidamente diferenciados de ella. En tal sentido, bastará evocar una vez más el pensamiento de Sinzheimer. En el proyecto sobre *Arbeitsaristifgesetz* que elabora en 1916 con vistas a superar los esquemas civilistas del convenio colectivo, se diferenciará con notable rigor y claridad la eficacia jurídica del convenio, configurada como un problema de intensidad en la protección de los trabajadores, de la eficacia personal,

<sup>29</sup> Vid. por todos, HUECK, A./NIPPERDEY, H.C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Revista de Derecho Privado), 1963, págs. 348 y ss.

<sup>30</sup> Vid. LOTMAR, «I contratti di tarifa...», cit., págs. 350 y ss.

<sup>31</sup> Vid. SINZHEIMER, *Der Korporative...*, cit., págs. 57 y ss, cit., por RAMM, «La natura giuridica...» cit., pág. 802, quien, de otro lado, lleva a cabo una crítica a la *Verbanstheorie* de Sinzheimer. Lo cierto es, sin embargo, que la doctrina «corporativa» no se debe a Sinzheimer sino a Hüglin, limitándose aquél a utilizarla con vistas a la reconstrucción de ese fenómeno de autonormación social en que la negociación colectiva consiste. Cfr. VARDARO, «Il mutamento della funzione...», pág. 723, nota (12).

concebida como un problema de extensión subjetiva de dicha protección<sup>32</sup>. Y es que la doctrina alemana de la época, de manera unánime, —y la afirmación podría sin riesgo alguno universalizarse— entiende que, al margen del tipo de eficacia jurídica del convenio y de la fundamentación dogmática de su aplicación, las *Arbeitsnormen* solo despliegan efectos jurídicos en relación con los contratos individuales celebrados entre los miembros de las organizaciones firmantes del pacto o, de tener ámbito estrictamente empresarial dicho pacto, entre el empresario y los trabajadores a su servicio, miembros de la representación social firmante.

6. Como ya se ha hecho notar, las grandes vías a través de las cuales han circulado los procesos de racionalización formal con vistas a propiciar o promover la conversión del originario sistema de eficacia jurídica «obligacional» del convenio colectivo a otro de eficacia imperativa han sido dos: la «heteronomista» y la «autonomista». Un juicio sobre la incidencia de estas vías en el reconocimiento definitivo al convenio colectivo (*recte*: a sus *Arbeitsnormen*) de una inderogabilidad *in peius* frente a actos procedentes de la autonomía privada individual evidencia, sin embargo, que la especial protección actualmente reconocida a los actos de autonomización social no se ha logrado, como pretendía Lotmar, mediante un refinamiento hermeneútico de las reglas que organizan el derecho común de la contratación. Dicha protección, como ya patrocinara Sinzheimer a principios del siglo XX, es el resultado de una expresa intervención legal. Al margen de su concreta formulación y con independencia, igualmente, de su dispersión temporal, la eficacia imperativa del convenio colectivo ha advenido, en la mayoría de los países de *civil law*, de la mano de muy concretas mediaciones legislativas<sup>33</sup>.

La vía sería iniciada, bien que en un sentido todavía fundamentalmente civilista, por los artículos 1637 del Código Holandés de 1907 y 322 y 323 del Código Civil Suizo, conforme a la nueva redacción de su libro V aprobada por ley de 30 de marzo de 1911. En ambos textos codificadores, el remedio sancionador que se impone a los pactos contrarios a las disposiciones contenidas en los convenios, de aplicación a los contratos de trabajo, deja ya de responder a la lógica resarcitoria propia del derecho de la contratación, para adquirir la lógica propia de los actos contrarios a ley<sup>34</sup>. En otras palabras, los actos derogatorios del convenio con declarados nulos. Serán, sin embargo, los ordenamientos alemán y francés los que aportarán las soluciones más innovadoras, apreciada la novedad desde una óptica canónicamente privatista.

<sup>32</sup> El texto de este proyecto puede consultarse en el apéndice de su obra *Ein Arbeitstarifgesetz*, Berlin (Duncker & Humblot) 1916.

<sup>33</sup> No comparto, pues, la tesis de quien, como CORREA CARRASCO (*La negociación colectiva...*, cit., pág. 182), sostiene que «un simple acercamiento a la realidad comparada sería suficiente para constatar cómo el concurso de la ley para asegurar la vinculabilidad del convenio frente a las relaciones individuales de trabajo no es, ni ha sido, necesario». Un examen aséptico de esa realidad, corroborada por el debate doctrinal, evidencia exactamente la tesis contraria; al menos, si esa realidad comparada es la que se pretende fundamentar la tesis es la de los países eurocontinentales y no la británica. *Vid.* LORD WEDDERBURN OF CHARLTON/SCIARRA, S., «Collective Bargaining as Agreement and as Law: neocontractualist and neo-corporative tendencies of our age», en Pizzorusso, A. (ed.), *Law in making*, Berlin (Springer) 1988, págs. 186 y ss.

<sup>34</sup> Estas referencias legislativas las he obtenido de VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., págs. 63 y ss. Para un análisis más amplio de las legislaciones europeas del período de entreguerras, *vid.* GALLART y FOLCH, A., *Las Convenciones colectivas de condiciones de...*, cit., págs. 40 y ss.

Conforme ya se ha indicado en reiteradas ocasiones, fueron los economistas alemanes, miembros de la *Verein für Sozialpolitik*, los pioneros en reclamar, en el último tercio del siglo XIX, una intervención de ley con vistas a evitar la ineffectividad de los convenios colectivos. Este precoz debate socio-político sería más tarde reconvertido en debate jurídico por Sinzheimer, que, probablemente estimulado por el eco de sus tesis en la doctrina de su época<sup>35</sup>, redactó un proyecto de ley<sup>36</sup>. Una vez caída la monarquía, la asamblea republicana promulgaría, el 23 de diciembre de 1918, la *Tarifvertragsverordnung* (TVO). El artículo 1.º de la TVO establecía, en su apartado primero, la ineficacia de las cláusulas del contrato de trabajo o de cualquier otro pacto individual que derogase las normas colectivas, disponiendo el apartado segundo, de su lado, la eficacia de los acuerdos individuales derogatorios cuando lo hubiese previsto expresamente el convenio colectivo o las condiciones de trabajo por aquellos acordadas resultaren más favorables y el pacto colectivo no hubiere vedado de manera expresa el tratamiento meliorativo<sup>37</sup>. También la ley francesa de 25 de marzo de 1919 introduce «*un recul*» sobre la concepción privatista del convenio colectivo, férreamente defendida por la jurisprudencia de la época, para la cual la única sanción derivada de la inobservancia, por parte del empresario, del pacto colectivo activa es de naturaleza resarcitoria<sup>38</sup>. En concreto, la ley proscibiría la introducción en los contratos de trabajo de cláusulas derogatorias del convenio colectivo, entendiéndose que, en caso de infracción a la regla prohibitiva, las cláusulas derogatorias habrían de reputarse como no puestas y automáticamente sustituidas por las convencional y colectivamente acordadas<sup>39</sup>. La ley austríaca de diciembre de 1919, en fin, también declarará la ineficacia de los pactos derogatorios del convenio por la autonomía individual, pero sin diferenciar en función del carácter favorable o peyorativo.

Pese a la lógica común que informa esta regulación legal, que no es otra que la atribución al convenio colectivo de una eficacia jurídica imperativa sobre la autonomía privada, no pueden pasarse por alto las distintas técnicas utilizadas por las mencionadas leyes. Mientras el sistema weimariano adopta un mecanismo sancionador de naturaleza negativa (ineficacia de las cláusulas derogatorias), el ordenamiento francés opta por una fórmula positiva (sustitución automática de las cláusulas individualmente deformes por las pactadas en convenio). La fórmula alemana, aun cuando pudiera resultar más próxima a las soluciones privatistas, pretendía privilegiar el momento sindical. De ahí, que la TVO consintiera a las partes firmantes disponer sobre la propia inderogabilidad del convenio colectivo, incluso en un sentido *in peius*. Con toda razón, Vardaro ha señalado que la TVO anticipa un mode-

<sup>35</sup> El XXIX Congreso de juristas alemanes, celebrado en 1908 en Karlsruhe, adoptó por unanimidad el acuerdo de recomendar «la reglamentación legislativa de los convenios colectivos estipulados entre empresarios y trabajadores de la industria». Vid. RAMM, «I contratti di tariffa...», cit., pág. 305.

<sup>36</sup> Vid. nota 32.

<sup>37</sup> El art. 21, de su lado, contemplaba la posibilidad de una declaración de eficacia general, para los trabajadores no representados, a través de un acto administrativo del Ministerio de Trabajo. Vid. HUECK-NIPPERDEY, *Compendio...*, cit., pág. 298.

<sup>38</sup> Cfr. RIVERO, J. SAVATIER, J., *Droit du travail*, 4.ª edic., Paris (PUF) 1966, págs. 250 y ss (la cursiva, en pág. 252).

<sup>39</sup> La ley, no obstante, dejaba amplios márgenes para la inaplicación de los convenios colectivos. Vid. DESPAX, *Negotiations, conventions...*, cit., págs. 39 y ss.

lo de legislación *half-mandatory* (cogente sobre el plano individual, pero derogable sobre el colectivo)<sup>40</sup>.

La situación legislativa de nuestros días no difiere, en sus aspectos sustanciales, de la que se ha reseñado brevemente. En Francia, el art. L 135-2 del *Code* dispone que «lorsque un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif du travail, ces clauses s'appliquent aux contrat conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables». En el decir prácticamente unánime de la doctrina<sup>41</sup> y jurisprudencia francesas, este precepto consagra, desde luego, el efecto *imperativo* del convenio y del acuerdo colectivo, quedando vedadas las cláusulas derogatorias procedentes de actos de la autonomía individual. Como ha señalado la Sala de Casación, el mencionado precepto prohíbe a las partes del contrato de trabajo, durante su duración, «derogar por un acuerdo particular, salvo que sea más favorable para el trabajador, las disposiciones convencionales que sean aplicables»<sup>42</sup>. Pero también consagra el efecto *automático*, sobre cuya significación cesa la unanimidad. Mientras para un sector, dicho efecto equivale al reconocimiento de una eficacia «directa e inmediata»<sup>43</sup>, otra línea de pensamiento lo identifica con el efecto sustitución<sup>44</sup>. Más adelante, habrá ocasión de retornar sobre el alcance de este doble efecto, bastando por el momento con haberlo anotado. En Alemania, de su lado, la *Tarifvertragsgesetz* (TVG) de 1949, reformada en ulteriores ocasiones, también atribuirá al convenio colectivo una eficacia imperativa (*zwingende Wirkung*) así como una eficacia inmediata (*unmittelbare Wirkung*)<sup>45</sup>. Aun cuando ambas suelen agruparse doctrinalmente en la noción de inderogabilidad (*Unabdingbarkeit*) y bajo ese manto unitario vienen contempladas en el art. 4.º, eficacia imperativa y eficacia inmediata son conceptos no sólo diferentes; también pueden funcionar de manera autónoma. Mientras aquella primera prohíbe las derogaciones de los convenios colectivos que causen un perjuicio al trabajador procedentes de cualquier pacto o acuerdo individual, anterior o sobrevenido a la estipulación de aquellos, esta otra determina la aplicación del convenio de manera directa, sin necesidad de recurrir a ratificaciones o convalidaciones por las partes del contrato de trabajo<sup>46</sup>. El ordenamiento belga también reconoce la eficacia imperativa de los convenios colectivos, habiendo sancionado la ley de 5 de diciembre de 1968 la nulidad de las cláusulas de los contratos contrarias a las disposiciones del convenio y la automática sustitución de las mismas por las que resulten aplicables<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., pág. 65.

<sup>41</sup> Entre otros, vid: BRUN, A/GALLAND, H., *Droit du travail*, Paris (Sirey) 1958, pág. 744; DEXPAX, *Negotiation, conventions...*, cit., págs. 105 y ss; JAVILLIER, J.C., *Droit du Travail*, 6.ª ed., Paris (PGDJ) 1998, pág. 739; COUTURIER, G., *Traité de droit du travail*, vol. 2, *Les relations collectives de travail*, 2.º, ed., Paris (PUF) 2001, págs. 499 y ss y PÉLISIER/SUPIOT/JEAMMAUD, *Droit du travail*, cit., pp 909 y ss.

<sup>42</sup> Por todas. Soc. 6-6-1994, Bulletin Civil, V, núm. 226.

<sup>43</sup> Cfr. COUTURIER, *Traite...*, cit., pág. 500.

<sup>44</sup> Cfr. PÉLISIER/SUPIOT/JEAMMAUD, *Droit du travail*, cit., pág. 912.

<sup>45</sup> *Vid.*, entre otros muchos, KASKEL, W./Dersch, H., *Derecho del Trabajo*, 5.ª, Buenos Aires (De Palma) 1961, págs. 123 y ss.; HUECK/NIPPERDEY, *Compendio...*, cit., págs. 349 y ss.; SÖLLNER, A., *Arbeitsrecht*, 6.ª ed., Stuttgart (Kohl-hammer) 1978, págs. 60 y ss.; ZOLLNER, W., *Arbeitsrecht*, 2.ª ed., Munich (Beck) 1979, págs. 255 y ss. y DAUBLER, W., *Tarifvertragsrecht*, 3.ª ed., Baden-Baden (Nomos) 1993, págs. 180 y ss.

<sup>46</sup> Por decirlo en palabras de DAUBLER (*Das Arbeitsrecht*, cit., pág. 66): «no se requiere un acuerdo especial «sobre su aplicación» ni tampoco una referencia a este respecto» (*einer besonderen «Geltungsvereinbarung» oder Bezuhame bedarf es nicht*).

<sup>47</sup> *Vid.* HUMBLET, P./RIGAUX, M., *Aperçu du droit du travail belge*, Bruselles (Bruylant) 2004, pág. 391.

Mención particular pide, finalmente, la situación italiana. Dando de lado las respuestas del régimen corporativo-fascista<sup>48</sup>, la doctrina mayoritaria del primer período constitucional se empeñará en buscar en los principios civilistas el fundamento de la inderogabilidad *in peius* de los convenios colectivos, elaborando una amplia serie de teorías ninguna de las cuales, empero, logrará conciliar el juego de aquellos principios con esta protección<sup>49</sup>. Como diría Mario Grandi, «es necesario reconocer que, dentro de los angostos límites del derecho positivo vigente, las afirmaciones acerca de la inderogabilidad *in peius* (del convenio colectivo) *sono tutt'altro che proviste di certezza e di sicuro fondamento*»<sup>50</sup>. En un contexto semejante, no han de extrañar los intentos llevados a cabo por un sector doctrinal minoritario, ya en las décadas de los años 70 y 80, por romper «el círculo cerrado» de las posturas contractualistas<sup>51</sup>. La jurisprudencia, de su lado, utilizará el artículo 2077 del Código Civil, aplicando a los convenios colectivos una previsión expresamente establecida para los convenios corporativos de eficacia general<sup>52</sup>. Esta orientación jurisprudencial constituirá el único y frágil apoyo de la vigencia de la eficacia inderogable del convenio colectivo hasta la reforma, por ley de 11 de agosto de 1973, del artículo 2113 del Código Civil; con ella, el debate sobre la inderogabilidad parece haber encontrado «un indirecto pero seguro elemento de solución»<sup>53</sup>. Con la nueva redacción dada a este precepto, a tenor del cual «las renunciaciones y transacciones que tienen por objeto derechos del trabajador derivados de disposiciones inderogables de ley y de contratos o acuerdos colectivos (...) no son válidas», el problema de la eficacia jurídica también terminará siendo resuelto, en el ordenamiento italiano, a través de una vía heterónoma.

7. Las vías legislativas adoptadas por los distintos ordenamientos eurocontinentales a fin de garantizar al convenio colectivo un tipo de eficacia derogatoria del régimen común aplicable a los actos nacidos del ejercicio de la libertad de contratación ofrecen, de seguro, algunas divergencias; pero también ofrecen abundantes convergencias. Son éstas las que merecen un comentario final.

Como se ha tenido oportunidad de hacer notar en reiteradas ocasiones, el debate sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo plantea, en su versión primera y esencial, un

<sup>48</sup> Vid. VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., págs. 98 y ss.

<sup>49</sup> Vid., nuevamente, VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., págs. 142 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. GRANDI, M., «Contratto collettivo di diritto comune, rappresentanza sindacale e Commissione interna», *RDL 1965*, II, pág. 63.

<sup>51</sup> La expresión entrecomillada es de PERSIANI, M., *Saggio sulla autonomia privata collettiva*, Padua (Cedam) 1972, pág. 155. Las más acabadas reconstrucciones del debate sobre la eficacia jurídica son, hasta la fecha y sin duda, las efectuadas por VARDARO (*Contratti collettivi...*, cit) y RUSCIANO, M., (*Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Turín (Utet) 1986).

<sup>52</sup> El apartado 2.º del art. 2077 del C.Civ italiano reza del tenor literal siguiente: «Le clausole difformi nei contratti individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatoti di lavoro». Esta norma fue introducida, en realidad, por el art. 54 del RD de 1 de julio de 1926. Vid. VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., pág. 100 y ss. La literatura sobre la aplicación del referido precepto a los denominados convenios de derecho común y sobre la viabilidad del mismo para fundamentar la inderogabilidad es abundantísima. Por todos, me remito al trabajo tan citado de VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., caps. VI y VII.

<sup>53</sup> Cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., pág. 137. Para una visión crítica de esta reforma, RUSCIANO, *Contratto collettivo...*, cit., págs. 88 y ss.

problema de solución de las antinomias entre actos de autonomía colectiva y actos de autonomía individual. Constatada la falta de idoneidad de los mecanismos sancionadores típicos del derecho civil codificado para evitar la celebración por las partes del contrato de trabajo de actos elusivos o impeditivos de la vigencia aplicativa de aquellas normas del convenio reguladoras de las relaciones individuales, las legislaciones europeas sobre convenios colectivos de la primera generación centrarán sus esfuerzos en reconocer a dichas normas el atributo de su inderogabilidad, normalmente *in peius*, frente a los pactos y acuerdos individuales. No obstante ser éste el núcleo fuerte del debate doctrinal sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo y, por lo mismo, erigirse la garantía de la inderogabilidad del convenio colectivo en objetivo central de las mediaciones legislativas; no obstante todo ello, digo, tampoco puede darse de lado ni esquivarse la estrecha vinculación existente entre esta problemática y la relativa al modo de aplicación del convenio sobre los contratos de trabajo<sup>54</sup>. Esta conexión probablemente explica las tendencias legislativas (o doctrinales y jurisprudenciales) a un tratamiento de conjunto de ambas cuestiones. Por este lado, las legislaciones de la segunda generación —y la TVG alemana ofrece un excelente ejemplo de esta tendencia— regulan los efectos del convenio desde una doble dimensión: la tradicional, que concibe la inderogabilidad del convenio como la técnica adecuada para solucionar los conflictos entre actos procedentes de la autonomía colectiva y de la autonomía individual (eficacia imperativa), y la que se asocia a aquella, con la que pretende asegurar al contenido normativo del convenio colectivo una aplicación directa, no necesitada del auxilio de técnicas de impronta civilista (eficacia inmediata).

El ensanchamiento de la mediación legislativa produce sobre el convenio colectivo, en lo que aquí me interesa destacar, un efecto de doble faz. De un lado y por lo pronto, esta mediación no altera la naturaleza contractual del convenio; su función no será otra que la de atribuir una especial relevancia jurídica a la autonomía colectiva, reconociendo la prevalencia del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo. Pero de otro, la intervención legislativa dota al convenio colectivo de una eficacia real o normativa<sup>55</sup> y no meramente obligacional, lo que confiere a la parte normativa del convenio colectivo de una estructura material equivalente a la de las normas cogentes. Por lo demás, y es esta una observación de máximo interés, la tutela reforzada que ofrece este tipo de eficacia no se atribuye en beneficio de ontológicos intereses generales; y, probablemente tampoco, en be-

<sup>54</sup> En tal sentido, una y otra cuestión aparecerán, bien que sin confundirse, en la temprana construcción de Lotmar para quien, como ya fue razonado, la inderogabilidad de las disposiciones del convenio deriva de la promesa de las partes contratantes de transfundir a los contratos dichas disposiciones.

<sup>55</sup> La utilización de la noción de eficacia *real*, como noción diferenciadora de la eficacia obligacional de factura privatista, se remonta a los orígenes del pensamiento jurídico-laboral. En tal sentido, la noción fue ya empleada por MESSINA («I concordati...», cit., pág. 296), habiendo pasado a formar parte del lenguaje dogmático habitual. *Vid.*, entre otros muchos, GRANDI, «Contratto collettivo di diritto comune...», cit., pág. 63; SCOGNAMIGLIO, R., «Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro», en vol. V., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Nápoles (Jovene) 1972, pág. 997 (que identifica la eficacia real con la eficacia normativa) y MENGONI, L., «Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano», en *La contattazione collettiva: crisi e prospettiva*, Milán (Franco Angeli) 1976, pág. 30. A una noción más que centenaria se la puede calificar como compleja; pero no se la debe tildar, como con desventura ligereza se ha hecho de reciente (cfr. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., pág. 174), como una noción «ambigua». El término y su aplicación pueden ser discutibles; pero su contenido es de una meridiana claridad.

neficio de intereses colectivos. La tutela jurídica se confiere en interés de los trabajadores o, por mejor expresar la idea, el interés colectivo, «si visto como una constante, es esencialmente el interés de los trabajadores»<sup>56</sup>, expresado a través de las organizaciones sindicales y otras formas de representación de trabajadores, aptas para canalizar una voluntad unitaria y homogénea.

### 3. UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN UNITARIA DE LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES

8. En las consideraciones desarrolladas con anterioridad, se ha procurado delimitar, atendiendo a criterios histórico-dogmáticos y legislativos, el complejo concepto de eficacia jurídica del convenio colectivo. Como se habrá podido comprobar, en la reconstrucción del proceso de juridificación o racionalización formal del fenómeno de la negociación colectiva llevado a cabo no se ha deslizado referencia alguna a la doctrina o legislación española. No ha sido ésta, desde luego, una ausencia querida sino obligada: la negociación colectiva y el convenio colectivo han ocupado un espacio irrelevante no sólo en las secuencias iniciales de emergencia de la legislación industrial sino, además, en las fases tanto de tránsito de esa legislación hacia el derecho de trabajo como de ulterior consolidación de éste<sup>57</sup>. Bien es cierto que los anales de la historia registran precoces manifestaciones de negociación colectiva<sup>58</sup> y es igualmente cierto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tuvo la ocasión, durante el primer tercio del siglo XX, de emitir diversos pronunciamientos en los que, de manera central o lateral, se abordaron problemas relativos a la regularidad y naturaleza jurídica de pactos colectivos<sup>59</sup>. Estos datos no pasan de tener un carácter anecdótico en la conformación del sistema español de relaciones laborales en el arco de tiempo que media entre la restauración Monárquica y la liquidación de la II República. Como habría de razonar el maestro Bayón, el convenio colectivo, durante este dilatado período de tiempo, se encontró «encajonado, como aprisionado», entre los dos principales cauces de regulación histórica de las relaciones laborales: las bases de trabajo y los acuerdos intervenidos por la autoridad pública<sup>60</sup>. Por lo demás, el advenimiento del régimen franquista introducirá un prolongado paréntesis en el sistema de libertades cívicas y colectivas, expulsando a los convenios colectivos del ordenamiento jurídico, en un primer momento (1939-1958), para instalarlos, más tarde (1958-1975), bajo el férreo control de

<sup>56</sup> Cfr. GIUGNI, «La funzione giuridica...», cit., pág. 159

<sup>57</sup> Por todos, *vid.* el ya clásico y esclarecedor estudio de MARTÍN VALVERDE, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», en Martín Valverde et al., *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid (Congreso de los Diputados) 1987, págs. XV-XCIV.

<sup>58</sup> MONTALVO CORREA, J. (*Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos) 1975, pág. 131) noticia de un pacto colectivo celebrado en 1868 entre la Sociedad de Tejedores de Igualada y Ramón Tapies.

<sup>59</sup> Para una crítica crónica de esta jurisprudencia, *vid.* GALLART y FOLCH, *Las convenciones colectivas...*, cit., págs. 202 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. BAYÓN CHACÓN, G., «La evolución histórica de la contratación colectiva en España», en AA.VV., *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, Madrid (Pub. Facultad de Derecho de la Universidad de la UCM) 1976, pág. 77.

ese pseudosindicalismo, que fue el sindicalismo vertical. En un contexto semejante, no es de extrañar el desapego de la doctrina por el derecho colectivo de la época; el desinterés por analizar un tipo de convenio, cuya naturaleza era la propia del acto reglamentario <sup>61</sup>.

La conclusión que cabe extraer de las anteriores y sumarias observaciones se adivina de inmediato: el debate sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos ha hecho su aparición, entre nosotros, a raíz de la promulgación de la CE en 1978. El recorrido históricamente breve de este debate, formulado el juicio desde una perspectiva comparada, no ha restado dosis de intensidad al mismo. Muy antes al contrario, el problema de la eficacia jurídica del convenio colectivo no sólo ha logrado mantenerse en un primer plano de la atención doctrinal y jurisprudencial; incluso se ha avivado en el curso de los últimos años.

En todo caso y sin volver sobre ideas ya expuestas con anterioridad, cualquier reflexión sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos en el sistema español de relaciones laborales, por sumaria que sea, ha de ubicarse, de manera obligada, en el doble plano: en el constitucional y en el de la legalidad ordinaria. Tal es, me parece, el inesquivable método para la elaboración de una teoría normativa sobre la tan citada eficacia, tarea ésta, por otra parte, que en modo alguno puede dar de lado el formidable caudal dogmático y de derecho comparado que se ha ido acumulando a lo largo de la experiencia secular de la negociación colectiva. Desde un punto de vista temporal, la CE y sus leyes de desarrollo instauran en el ordenamiento jurídico español, por vez primera, un sistema de negociación colectiva de todo punto equiparable, en sus principios de organización, al que puede funcionar en los países de nuestra vecindad jurídica. Pero el juicio cambia cuando la perspectiva de análisis es la espacial. Instalado en ésta óptica, ni la CE ni sus leyes de desarrollo pueden entenderse, al menos cuando consagran las libertades públicas y los derechos de ciudadanía, como bolsas normativas ajenas a las experiencias históricas y comparadas. Como ha dejado dicho el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, al referirse a ese reducto infranqueable para el legislador que enuncia el art. 53.1 CE, en el contenido esencial de un derecho se integran las «posibilidades de actuación para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose» <sup>62</sup>. Es ésta reconocibilidad del tipo convenio colectivo la que proyecta, entre nosotros, un profundo sentido histórico; un sentido en el que convergen esas otras experiencias, que también han contribuido de manera decisiva a asentar el *humus* en el que se ha ido gestando y madurando la conciencia social sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo.

### 3.1. La garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos

9. El art. 37.1 CE dispone que «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza

<sup>61</sup> Sobre la naturaleza reglamentaria y pública de los convenios colectivos en los Estados corporativos, *vid.*, por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *La eficacia general de los convenios colectivos*, Sevilla (IGO) 1960, págs. 113 y ss. En relación con el caso español y por todos, DE LA VILLA GIL, L.E., «Los convenios colectivos sindicales como normas socioprofesionales desvirtuadas», *Nuestro Tiempo* 1972, núm. 217, págs. 35 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. sentencia TC 11/1981, de 8-4, F.J. 8.

vinculante de los convenios». Apenas promulgado el texto constitucional, la referencia contenida en aquél pasaje a la «fuerza vinculante» de los convenios colectivos habría de plantear, en lo que aquí me importa destacar, un doble orden de problemas, estrechamente vinculados entre sí en el plano de la argumentación lógica. Afectaba el primero a la estructura jurídica del precepto, a su configuración bien como norma atributiva de garantías jurídicas directamente ejercitables y protegidas desde el propio texto constitucional bien como mandato dirigido exclusivamente al legislador a fin de por éste se procediera a seleccionar, de entre las opciones posibles, el tipo concreto de fuerza vinculante de la que habrían de disfrutar los convenios colectivos. De optarse por la primera interpretación, la tarea que de inmediato tomaba el relevo, y a la que había de darse respuesta manteniendo aún el razonamiento en un exquisito terreno jurídico-constitucional, no era de menor envergadura; se trataba de descodificar el contenido sustantivo del sintagma «fuerza vinculante». De haber optado, en cambio, por la segunda de las tesis, el debate sobre la inteligencia jurídica de este sintagma experimentaba una notable descompresión interpretativa. El reenvío al ámbito de las decisiones del legislador de la elección de las medidas más oportunas para asegurar la fuerza vinculante de los convenios colectivos habría tenido el efecto de promover, en el entonces más familiar espacio de la legalidad ordinaria, una perfecta simbiosis entre garantía constitucional y garantía legal.

Aún cuando entre los primeros intérpretes del art. 37.1 CE no faltaron voces favorables a una comprensión debilitada de la fuerza vinculante, la doctrina de la época, de manera mayoritaria, se alineó con las tesis fuertes, entendiendo que el reseñado pasaje constitucional no se limita a enunciar un mandato al legislador, sino que ya procede a adornar al convenio colectivo con unos concretos y específicos atributos jurídicos. Comentando éste precepto, Alonso Olea haría notar que «la Constitución garantiza», de un lado, el derecho a la negociación y, de otro, «la fuerza vinculante de los convenios colectivos», de modo que «es, pues, doble, la garantía constitucional, y doble hay que entender que es efectivamente la garantía concedida por la ley»<sup>63</sup>.

Poco tiempo después de promulgada la ley de desarrollo del texto constitucional, el ET, el debate doctrinal sobre la fuerza vinculante del convenio colectivo va a incorporar, sin embargo, un incomodo e imprevisto compañero de viaje, del que ya no logrará desprenderse. La aparición y ulterior consolidación de un tipo de convenio colectivo, negociado sin atenerse a las reglas de forma y de fondo establecidas en el Título III de aquél texto legal y, por lo mismo, prontamente identificado como convenio colectivo «extraestatutario», modifica de manera sustancial las bases de ese debate. La brusca irrupción en el sistema español de relaciones laborales de esta inesperada expresión de la autonomía colectiva enriquece y complica la discusión. Esta ya no sólo se centra en discernir si el art. 37.1 CE tiene o carece de efectos directos. Despejado que hubiere sido en un sentido afirmativo éste primer interrogante y aclarado el contenido material de la garantía constitucional de la fuerza vinculante, surge todavía un tercer y nuevo problema, consistente en determinar la extensión objetiva que ha de atribuirse a ésta garantía, a la constitucional, cuando la misma ha sido filtrada e identificada ya por el legislador.

<sup>63</sup> Cfr. ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid (Civitas) 1982, pág. 120 (la cursiva es del autor).

Planteado en éstos términos el debate constitucional en torno a la fuerza vinculante *ex art. 37.1 CE*, tres son las hipótesis que pretendo argumentar: 1) La garantía constitucional de la fuerza vinculante atribuye unas garantías subjetivas directas; 2) La fuerza vinculante garantizada por el art. 37.1 CE equivale a la atribución al convenio colectivo de una eficacia jurídica imperativa y automática y 3) Este tipo de eficacia debe entenderse constitucionalmente reconocida a toda manifestación nacida de la libertad negocial que el propio art. 37.1 CE también garantiza.

### 3.1.1. *La eficacia inmediata de la garantía constitucional de la fuerza vinculante*

10. Una de las más acusadas características del Estado de Derecho, del orden jurídico que erigió el principio de legalidad en fundamento y límite de la actuación de los poderes públicos, es la escisión entre la ley, norma suprema, y la Constitución, norma fundamental. Desde una perspectiva histórica, la atribución a la Constitución de la doble y simultánea condición de norma fundamental y norma suprema sentará las bases para el tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho<sup>64</sup>. Un tránsito, de otro lado, que implicará una comprensión unitaria del ordenamiento jurídico en su conjunto desde la propia Constitución. Son los derechos, principios y valores constitucionales, comunes a todos los sectores del sistema jurídico, los que dotan de unidad al ordenamiento en el doble momento de la producción normativa y de la aplicación e interpretación de las reglas jurídicas.

La efectiva afirmación de este proceso de constitucionalización del sistema jurídico requiere, sin embargo, algo más y algo distinto de la vigencia formal de un texto constitucional y de la existencia de una garantía jurisdiccional de las normas iusfundamentales, señaladamente de la garantía de integridad de los derechos fundamentales (*judicial review of legislation*). Son éstas, desde luego, unas condiciones necesarias; pero unas condiciones que, a menudo, no bastan. Para la consecución de aquél objetivo puede precisarse, adicionalmente, la concurrencia de otras condiciones vinculadas no a la estructura de las normas iusfundamentales sino a elementos a ella ajenos, como puede ser, por ejemplo, la conciencia que se ha ido formando en la comunidad jurídica. La aceptación o el rechazo por ésta «de la idea de que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o de su contenido constitucional— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos» es, en suma, un factor determinante del avance, retroceso o estancamiento del proceso de constitucionalización<sup>65</sup>.

No es mi propósito entrar a indagar la incidencia de estas condiciones complementarias en el proceso de constitucionalización, en España, del ordenamiento jurídico laboral; con bastante menor ambición, me limitaré a efectuar algunas reflexiones desde la óptica que aquí me interesa. En tal sentido, no me parece arriesgado afirmar que el transcurso del

<sup>64</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, P., «Un apunte sobre “refundamentación del ordenamiento jurídico”. Persona y Derecho», *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 2001, núm. 45, págs. 17 y ss.

<sup>65</sup> Cfr. GUASTINI, R., «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en *Estudios de teoría constitucional*, México (IIJ) 2001, págs. 154 y ss.

tiempo está erosionando la inicial y mayoritaria configuración del art. 37.1 CE —por decirlo nuevamente con las palabras de Guastini—, «como una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos». En lo esencial, dos son los frentes desde los que, al menos si se atiende a su enunciado formal, se ha venido discutiendo en la última década la eficacia inmediata y directa de las garantías establecidas en el art. 37.1 CE. El primero proviene de la atribución al reseñado precepto de la condición de simple mandato al legislador<sup>66</sup>; el segundo trae causa en la calificación del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio colectivo como una garantía institucional<sup>67</sup>.

11. La primera de las objeciones se apoya en una interpretación meramente lexicológica o gramatical del texto constitucional. El art. 37.1 CE, se argumenta, sólo contiene un mandato dirigido al legislador, único destinatario del deber de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios. Las consecuencias que se hacen derivar de esta inteligencia literal del pasaje constitucional son numerosas y de envergadura, de entre las que me limitaré a evocar una sola, cual es la distinta «efectividad» atribuida al derecho de negociación colectiva, de un lado, y a los de sindicación y huelga, de otro. Mientras que a éstos la CE, en su condición de derechos fundamentales, les configura como derechos «plena y directamente exigibles por los ciudadanos» (*sic*), a aquél otro el texto constitucional le «ubica en un segundo plano», requiriendo «la mediación legislativa ordinaria para su plena puesta en práctica»<sup>68</sup>.

No entraré a discutir las poco razonables derivas de estas construcciones<sup>69</sup>, siendo procedente retomar al argumento central de la primera de las tesis negadoras de la eficacia inmediata del art. 37.1 CE. En tal sentido, no estará de más recordar que uno de los lugares de encuentro del pensamiento constitucional moderno es el reconocimiento de la diversidad de las normas constitucionales. Estas no tienen una estructura única sino plural. En concreto y atendiendo a criterios materiales, un sector de la doctrina identifica como tipo de norma iusfundamental aquella que contiene mandatos al legislador; esto es, que contempla la emanación de aquellas leyes indispensables bien para completar la estructura prevista por la Constitución bien para asegurar el ejercicio de ciertos derechos<sup>70</sup>.

La configuración, en nuestro texto constitucional, de un tipo de norma como la mencionada, dotada de una presunta autonomía, no se encuentra al abrigo de muy serias objeciones jurídicas. En primer lugar y si referida a los «Derechos y Libertades» (Cap. II), di-

<sup>66</sup> Tal es la tesis mantenida, entre otros, por SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (IES) 1981, pág. 24; MONTROYA MELGAR, A. «Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del estatuto de los Trabajadores», en AA.VV., *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid (Acarl) 1984, pág. 58; DURÁN LÓPEZ, F. «El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva», *RL* 1990, núms. 15-16, pág. 23 y GALIANA MORENO, «La eficacia de los convenios...», cit., pág. 49.

<sup>67</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los límites constitucionales de la contratación colectiva», *RL* 1992, núm. 8, pág. 1.

<sup>68</sup> Los entrecomillados, en GALIANA MORENO, «La eficacia de los convenios...», cit., págs. 49-50.

<sup>69</sup> La calificación de la doctrina del TC, según la cual el derecho a la negociación colectiva integra el contenido esencial de la libertad sindical, se califica por GALIANA MORENO («Eficacia...», cit., pág. 50) como «subterfugio interpretativo», con el que se fuerza «la interpretación de la voluntad del constituyente».

<sup>70</sup> Vid. RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid (CEC) 1995, pág. 59.

cha configuración quiebra sin razonable fundamento la sistemática por la que, con mayor o menor acierto, ha optado la propia Constitución. La figura de la norma *mandato al legislador* tiene el efecto de expulsar de su ámbito constitucional propio al concreto derecho fundamental o derecho de los ciudadanos, reubicándolo en el debilitado territorio de los «principios rectores de la política social y económica». En segundo lugar, la vigencia de esta singular variante de norma constitucional difumina, hasta disolver, el activo papel que al legislador le corresponde, no ya en la concreción de aquellos principios rectores, sino en la delimitación y limitación de los derechos fundamentales y de los derechos de los ciudadanos. El legislador ejerce una decisiva función en el desarrollo de todos y cada uno de estos derechos, otorgando «orden en las particulares esferas de vida», procurando a los mismos «una existencia duradera» y creando los «conjuntos normativos», necesarios en «intensidad» diversa según el derecho en cuestión, para promover la fundamentalidad de los derechos «en cada uno de los ámbitos sociales»<sup>71</sup>. En tercer lugar, la tentativa de conferir al *mandato al legislador* la categoría de una norma iusfundamental, distinta del derecho fundamental o del derecho de los ciudadanos y enunciativa de un derecho de naturaleza ignota cuyo ejercicio real y efectivo queda deferido al o frustrado por el cumplimiento del legislador de su deber de normar, queda desmentida por el propio texto constitucional. Los mandatos al legislador que se establecen a lo largo del Cap. II de la CE no operan como condición de ejercicio del derecho en cuestión, sino como técnica de desarrollo, complemento, integración o limitación del derecho mismo. Por ilustrar la idea con algunos ejemplos, las remisiones a la ley formuladas en los arts. 18.4 y 28.2 CE no impiden que, ya desde el propio texto constitucional y sin mediación legislativa alguna, el derecho al honor y a la intimidad se alce como límite del uso de la informática y el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad active la restricción del derecho de huelga. En definitiva, de los mandatos al legislador contenidos en el capítulo de derechos y libertades no brota ni un tipo autónomo de norma constitucional ni, menos aún, un derecho fundamental o cívico debilitado en sus efectos directos.

Por otra parte y en un orden de consideraciones más próximo, la degradación del art. 37. 1 CE a la categoría de mandato mero al legislador y, por lo tanto, la privación al mismo de un valor normativo directo violenta el texto constitucional, que suministra empero argumentos de refuerzo para defender la postura contraria. Ubicado en el cap. II del Título I, el tan citado pasaje constitucional goza de la garantía instituida en el art. 53.1 CE, precepto éste que, como se ha hecho notar con autoridad, no es una simple repetición del principio formulado en el art. 9.1 del texto constitucional, sino que añade «un plus de regulación constitucional de los derechos fundamentales, plus que consiste, justamente, en que tal regulación tiene el carácter de derecho directamente aplicable, sin necesidad de intermedio de una ley»<sup>72</sup>.

La ablación al art. 37.1 CE de todo vestigio de eficacia directa, sin otro bagaje argumentativo que la literalidad del precepto, tiene un muy importante efecto inducido, cual es el sustraer al derecho cívico ahí consagrado de aquella garantía constitucional; de la ga-

<sup>71</sup> Cfr. HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Granada (Comares) 2003, pág. 188.

<sup>72</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Madrid (Civitas) 1983, pág. 113.

rantía de que la ley que asegure el derecho a la negociación colectiva y la vinculabilidad de los convenios colectivos ha de respetar su contenido esencial, que se tutelará a través del recurso (o de la cuestión) de inconstitucionalidad. La consideración del tan citado art. 37.1 CE como norma que consume su fuerza vinculante en el establecimiento de un concreto *facere* dirigido al legislador hurta tanto a la actividad contractual colectiva como a la fuerza vinculante de los convenios de toda referencia constitucional o, lo que es lo mismo, funde en el crisol de la legalidad ordinaria el contenido esencial de estos derechos, blindando a la actividad legislativa frente a eventuales reproches de inconstitucionalidad. Expresada la idea en términos dialécticos, o se afirma que es a la ley a la que corresponde dotar de contenido sustantivo a la fuerza vinculante de los convenios o se entiende que el art. 37.1 CE ya formula, con eficacia inmediata y directa, un contenido esencial que el legislador no puede desconocer. Lo que no cabe es acoger la primera de las tesis para, a renglón seguido, afirmar, sin embargo, que el art. 37.1 CE podría desplegar «eficacia directa si el legislador incumpliera el mandato» constitucional<sup>73</sup>. Dando de lado, lo que probablemente es ya mucho conceder, los agudos problemas de discernir el momento en que ha de entenderse inobservado un mandato que no se encuentra sometido a término, ni tampoco a plazos de caducidad o preclusión; dando de lado ese problema no menor, digo, con semejante reconocimiento termina colándose por la ventana lo que se pretende expulsar por la puerta, no alcanzándose a comprender cuál es el fundamento o la base jurídico-constitucional que permite endosar una eficacia directa sobrevenida a un precepto del que, precisamente, se niega su eficacia directa originaria. Y no se alcanza a comprender esa manifestación de travestismo jurídico por cuanto la atribución o la negación a una norma iusfundamental de eficacia directa depende de su estructura material y en modo alguno de la ejecución o inejecución de desarrollos legislativos. Desde luego, en la jurisprudencia constitucional contemporánea, especialmente en la alemana, las omisiones por el legislador de sus obligaciones de normar pueden dar lugar, en determinadas situaciones, a una vulneración del principio de igualdad<sup>74</sup>; pero de esas omisiones no puede brotar de manera sobrevenida, cuando se ha procedido a tipificar la norma iusconstitucional en cuestión como un simple mandato al legislador, una eficacia directa. En suma, de las dos proposiciones, tan sólo una puede defenderse con un mínimo de coherencia argumental y rigor interpretativo: o se niega la eficacia directa del art. 37.1 CE con todas sus consecuencias, incluida la pérdida de las garantías consagradas en el art. 53.1 CE, o se acepta dicha eficacia, también con todas sus consecuencias.

Un problema de factura jurídica radicalmente distinta se plantea una vez cumplimentado por el legislador el mandato constitucional. El art. 37.1 CE no enuncia los derechos que consagra<sup>75</sup> de forma cerrada y completa. Como ya he tenido ocasión de razonar en otro lugar, dicho precepto no establece un modelo cerrado ni en lo que concierne a los elementos esenciales de la actividad contractual colectiva ni en lo que mira a la fuerza vinculante del convenio; instituye, antes al contrario, un modelo abierto, plural y flexible

<sup>73</sup> Cfr. GALIANA MORENO, «La eficacia de los convenios...», cit., pág. 50.

<sup>74</sup> Vid. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder...*, cit., págs. 59-60 y las referencias bibliográficas y jurisprudenciales ahí recogidas.

<sup>75</sup> Entiendo por derecho el haz de garantías, de facultades y de poderes que pueden integrar un derecho fundamental o un derecho cívico.

en el que caben diversas opciones de política de derecho<sup>76</sup>. Pero estos términos abiertos y esta formulación incompleta no privan a ese derecho, derecho preexistente, de una eficacia inmediata y directa<sup>77</sup>; su alcance es bien otro, consistiendo en convertir al legislador en el colaborador necesario para que el derecho pueda desplegar de manera apropiada esa eficacia. Ahora bien, en tal caso el legislador ya no dispone de un poder normativo ilimitado; el suyo es un poder vinculado al art. 37.1 CE y a los restantes preceptos conexos. Y lo es por cuanto es este precepto el que «prefigura» la fuerza vinculante del convenio, correspondiendo a la ley su configuración<sup>78</sup>. Discernir cuáles son los márgenes de esta colaboración entre la ley y el mencionado pasaje constitucional equivale a interrogarse sobre el alcance de la vinculación negativa del legislador a este derecho constitucional; en suma, equivale a desentrañar el contenido sustancial de la fuerza vinculante. Pero es este un interrogante sobre el que habrá de volverse más adelante. Lo que ahora me importa es destacar que, una vez actualizado por el legislador el correspondiente mandato legislativo, la intensidad de la vinculabilidad jurídica del convenio colectivo habrá de sujetarse ya a las previsiones legales, sin perjuicio del control que en todo momento puede ejercer la justicia constitucional sobre la conformidad de la ley al contenido esencial de la garantía instituida *ex art.* 37.1 CE.

12. El segundo frente desde el que podrían entenderse discutida críticamente la tesis de «la doble garantía» enunciada en el art. 37.1 CE deriva de la atribución a este precepto de la estructura material propia de las garantías institucionales. En su diseño más originario, en el construido por Carl Schmitt sobre la experiencia constitucional weimeriana y «su peripecia histórica»<sup>79</sup>, la noción de garantía institucional se opone a la de derecho fundamental. Una y otro se entienden como categorías contrapuestas. En Schmitt, lo institucional no es «un concepto correlativo» a derecho fundamental, sino que representa un «tipo de idea contrastante respecto de aquello que razona en términos de derecho individual y libertad»<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Cfr., VALDÉS DAL-RÉ, «El paradigma legal en la negociación colectiva...», cit., luego recogido en *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid (MTAS) 1996, págs. 239 y ss, por donde cito. La configuración del modelo constitucional de negociación colectiva como un modelo abierto es compatible, sin embargo, con la idea de que el art. 37.1 CE ya enuncia, *in nuce*, los elementos básicos o el esquema de un sistema negocial, *Vid.*, mi trabajo «La negociación colectiva en la Constitución», cit., también recogido en *Relaciones laborales...*, cit., pág.104.

<sup>77</sup> En otro lugar (cfr. *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 24-25) dejé escrito lo siguiente: «El derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos conforman un estatuto completo de la autonomía negocial de los grupos sociales organizados, efectivo por sí mismo y no necesitado de ningún complemento de ley para desplegar eficacia inmediata». Basta una lectura superficial de este texto, para percatarse que el problema que ahí planteaba era, única y exclusivamente, un problema de eficacia directa del art. 37.1 CE. De ahí, que me resulte una afirmación gratuita, privada de toda razonable interpretación de mis palabras, deducir de ellas que defiendo la idea de que dicho estatuto «*resulta por tanto aplicable aunque se produzca el desarrollo legal previsto en la norma con independencia del mismo*» (cfr. DURÁN, «El Estatuto de los Trabajadores...», cit., pág. 24). Lo que he sostenido todos estos años atrás, y sigo defendiendo hasta la actualidad, es que el art. 37.1 CE constituye el obligado parámetro de enjuiciamiento del desarrollo legal de la fuerza vinculante del convenio colectivo.

<sup>78</sup> Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre Constitución*, Madrid (CEC) 1999, pág. 242.

<sup>79</sup> Cfr. PAREJO, L., *Garantía institucional y autonomía local*, Madrid (IEAL) 1981, pág. 17.

<sup>80</sup> Cfr. HÄBERLE, *La libertad fundamental...*, cit., pág. 155.

La radical separación entre estos dos tipos de normas, lleva asociada la distinta función que cada una cumple. Mientras el derecho fundamental atribuye derechos subjetivos y, por tanto, dispensa una protección jurisdiccional directa a sus titulares, la garantía institucional tiende a asegurar objetivamente la institución, favoreciendo solo de manera indirecta las situaciones subjetivas.

No son estos momentos ni lugar apropiado para entrar a examinar con detalle una figura de contornos tan imprecisos y polémicos como es la garantía constitucional de la eficacia vinculante, bastando, en lo que aquí interesa, efectuar algunas consideraciones de índole general. En este orden de cosas, no resultará impertinente comenzar por señalar que, para la jurisprudencia constitucional española, garantía institucional y derechos fundamentales no son conceptos incompatibles entre sí. Como dijera la sentencia 26/1987, de 27 de febrero, «buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen garantías institucionales, aunque, ciertamente, existen garantías institucionales que (...) no son derechos fundamentales»<sup>81</sup>. Y tampoco estará de más recordar la reformulación que la doctrina más moderna ha efectuado de las relaciones entre derechos fundamentales y garantías institucionales, definidas como complementarias en razón de la dimensión institucional de los propios derechos fundamentales<sup>82</sup>. Nuestro texto constitucional no consiente cortes netos entre ambas categorías de normas iusfundamentales, habiéndose destacado, con toda razón, que el concepto de contenido esencial manejado por nuestra jurisprudencia constitucional «es perfectamente intercambiable» con el que emplea el Tribunal Constitucional alemán para definir la garantía institucional<sup>83</sup>.

La configuración del art. 37.1 CE como una garantía institucional es obra de Rodríguez-Piñero. Dicho precepto, dirá quien fuera Presidente del TC, supone «a la vez un mandato al legislador y un límite a la actividad legislativa, en cuanto que la negociación colectiva constitucionalmente viene configurada como garantía institucional y al tiempo como derecho de libertad y limitación de intervenciones o restricciones respecto a la misma»<sup>84</sup>. La atribución al art. 37.1 de esta doble condición —garantía institucional y derecho de libertad— evidencia, pues, que el citado pasaje constitucional no es concebido, única y exclusivamente, como una norma destinada a asegurar una determinada institución (o, por mejor decirlo, un determinado instituto), de la que no derivan garantías subjetivas a favor de los individuos. La estructura material del art. 37.1 es más compleja. En cuanto derecho de libertad, los procesos de negociación colectiva y sus resultados no necesitan, para su efectivo ejercicio, una mediación legislativa; antes bien, suponen una limitación a las posibilidades de la regulación legal de la negociación colectiva y del convenio colectivo, así como del establecimiento de otras restricciones a uno y otro por parte de los poderes públicos». Pero como garantía institucional, el art. 37.1 CE exige del legislador una intervención que asegure «la efectividad del derecho y la fuerza vinculante del convenio», intervención que

<sup>81</sup> Cfr. F.J. 4.º, c.

<sup>82</sup> Vid. HÄBERLE, *La libertad fundamental...*, cit., págs. 160 y ss. En la doctrina española, y por todos, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., «Garantías institucionales», en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*, vol. III, Madrid (Civitas) 2001, págs. 110 y ss.

<sup>83</sup> Vid. BAÑO, J.M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *REDC* 1988, núm. 24, págs. 155 y ss.

<sup>84</sup> Cfr., «Los límites constitucionales...», cit., pág. 1.

«la Constitución ha estimado necesaria para el establecimiento y apoyo de esa libertad y, por ello, al servicio de la misma»<sup>85</sup>. Lejos pues de actuar como un factor de debilitamiento de los derechos que de manera expresa consagra el art. 37.1 CE, la configuración de esta norma como garantía institucional no otra función cumple que la de fortalecerlos; o, por enunciar la idea respecto de la garantía de la fuerza vinculante, la función de asegurar que el convenio colectivo «tenga un grado aceptable de (...) efectividad en el momento de su cumplimiento»<sup>86</sup>. En suma, la construcción de Rodríguez-Piñero, que puede compartirse, no pone en cuestión los efectos directos del art. 37.1 CE; lo que discute —pero es este un tema en el que ahora no interesa detenerse— «es el alcance que a ese efecto directo quiere darse más allá de la configuración de una libertad de negociación colectiva»<sup>87</sup>.

### 3.1.2. *La eficacia imperativa e inmediata de los convenios colectivos, núcleo esencial de la garantía constitucional de la fuerza vinculante*

13. En la sentencia 58/1985, de 30 de abril, el Intérprete Supremo de la Constitución dejó dicho que la vinculabilidad de los convenios colectivos es una garantía «no derivada de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional»<sup>88</sup>. Argumentada que ha sido en anterior apartado la eficacia directamente constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, en el presente intentaré descodificar el núcleo esencial e indisponible de esta garantía constitucional; de un núcleo cuya erosión o desconocimiento viciaría de inconstitucionalidad la ley dictada por el legislador al amparo del mandato formulado en el art. 37.1 CE.

Los primeros comentaristas del art. 37.1 CE estimaron que la atribución a los convenios de la garantía de la fuerza vinculante no otra cosa significó que la afirmación de la eficacia normativa de los mismos, constituyendo un reconocimiento explícito de la autonomía colectiva como «fuente de Derecho»<sup>89</sup>. Los convenios colectivos no responderían, pues, a la categoría del contrato, actuando como fuente de obligaciones, sino que serían «verdadera y propiamente una norma, que respecto de cada contrato o relación individual de trabajo juegan desde fuera, como derecho objetivo, impuesto a la voluntad de las partes de aquél contrato o esa relación»<sup>90</sup>. En punto a la fuerza de obligar del convenio colectivo, la Constitución no habría operado así ninguna reconversión jurídica; antes al contrario,

<sup>85</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional», cit., pág. 3.

<sup>86</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva...», cit., pág. 4.

<sup>87</sup> Cfr., nuevamente, RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación...», cit., pág. 2.

<sup>88</sup> Cfr., F.J. 3.º.

<sup>89</sup> Entre otros, SAGARDY BENGOCHEA, J.A., «Las relaciones laborales en la Constitución», *Libre Empresa* 1978, núm. 8, pág. 104; OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, Madrid (Tecnos) 1979, pág. 380; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., «La negociación colectiva en la Constitución», en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid (CEC) 1980, pág. 458; RIVERO LAMAS, J., «La contratación colectiva en el Acuerdo Marco Interconfederal de 5 de enero de 1980», en AA.VV., *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*, Madrid, (IESS) 1980, pág. 152 y SALA FRANCO, T., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid (Edersa) 1981.

<sup>90</sup> Cfr. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho...*, cit., pág. 121.

habría mantenido los criterios establecidos por la legislación franquista sobre convenios colectivos<sup>91</sup>. «La naturaleza jurídica del convenio —venía repitiendo con monótona insistencia la jurisprudencia de la época— desborda el marco contractual de las obligaciones laborales concretas para erigirse, a virtud del refrendo que le presta el poder jurídico, en conjunto de normas de carácter general, vigentes en determinado territorio y aplicables a grupos profesionales específicos»<sup>92</sup>. Desde entonces hasta nuestros días, el grueso de la doctrina científica española ha venido reconociendo, apenas sin disidencias, que la garantía constitucional de la fuerza vinculante confiere al convenio colectivo la dignidad de norma; de fuente de derecho en sentido traslativo, incorporada, por lo mismo, al sistema formal de fuentes.

Esta orientación doctrinal, de seguro muy influenciada por la tradición histórica española<sup>93</sup>, está asentada, de ordinario, sobre una relación de correspondencia de carácter tripolar: fuerza vinculante equivale a eficacia normativa y ésta, a su vez, implica la configuración del convenio como una norma en sentido propio y estricto, como una auténtica fuente formal del Derecho, creadora, no de derechos subjetivos, sino de derecho objetivo. Sin embargo y tras la promulgación del ET, esa relación de correspondencia planteó de inmediato muy serios problemas jurídicos, todos ellos derivados de la necesidad de ajustar la mencionada relación no solo a las previsiones contenidas en la ley ordinaria sino, adicionalmente y además, a una realidad social que rápidamente desbordaría dichas previsiones. En concreto, el principal problema que de inmediato se suscitó, y que a lo largo del tiempo, lejos de apaciguarse, se ha ido progresivamente acentuando, fue el discernir si los convenios colectivos negociados fuera del marco legal habían de compartir o no la condición de normas creadoras de derecho objetivo; problema éste al que más tarde, y ya en la segunda mitad de la década de los años 90, habría de añadirse un segundo de factura jurídica muy similar. La consagración legal de un tipo de producto negocial, nominado como «acuerdo colectivo» en lugar de cómo convenio colectivo, planteó el interrogante de elucidar si éste nuevo tipo se encontraba incluido o excluido de la garantía constitucional de la fuerza vinculante. Por este lado y a partir de entonces, el debate en torno al alcance del segundo inciso del art. 37.1 CE terminará convirtiéndose en el arco de bóveda de las teorías del convenio colectivo.

En un orden lógico, conviene, no obstante, tratar diferenciadamente, conforme ya fue anticipado, el problema de la delimitación de la garantía constitucional de la «fuerza vinculante» (contenido) del problema de la extensión material de esa garantía (ámbito objetivo de aplicación).

14. Desde una perspectiva estrictamente formal o, mejor aún, lexicológica, la expresión utilizada por el art. 37.1 CE tuvo un carácter innovador; más aun, introdujo en el lenguaje normativo un sintagma que resultaba ajeno a los usos lingüísticos de nuestro sistema jurídico así como de los ordenamientos jurídicos vecinos, entendida esta vecindad como comunidad de estructuras, principios y valores de un Estado constitucional de Derecho.

<sup>91</sup> Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «El valor “cuasi-legal” del convenio colectivo», *RL* 1986, núm. 6, págs. 1 y ss.

<sup>92</sup> Por todas, sentencia de la Sala 4.ª del TS de 12-11-1076, Ar. 5876.

<sup>93</sup> Y de la que yo mismo participé. Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, «La negociación colectiva...», cit., ahora en *Relaciones laborales, negociación colectiva...*, cit., pág. 115.

No obstante y si apreciada desde una dimensión material, la novedad aportada por el art. 37.1 CE ha de considerarse de tono menor. Sea cual fuere el contenido que se le deba atribuir, la «fuerza vinculante» es un concepto que pertenece a y se inserta en la teoría de los efectos del convenio colectivo. O en otras palabras, hablar de fuerza vinculante de los convenios colectivos equivale a hablar de su eficacia jurídica, del despliegue de cambios o transformaciones que, en la realidad jurídica, va a producir la vigencia de esa autónoma reglamentación de intereses que el convenio colectivo arrastra de manera ineludible<sup>94</sup>.

La natural y radical ubicación sistemático-normativa de la fuerza vinculante de los convenios colectivos en el campo de sus efectos no dice todavía nada sobre el contenido o modo de ser de esa eficacia. Pero aporta, en sí misma considerada, algunas conclusiones de notable interés. Por lo pronto, el doble mandato del art. 37.1 CE, que garantiza y ordena garantizar a la ley la fuerza vinculante de los convenios colectivos, se sitúa en un campo ajeno al de su naturaleza. Como no podía ser de otro modo, la CE ni se pronuncia ni prejuzga la naturaleza de ese acto que va a dar vida al convenio colectivo y, menos aún, define el fundamento de dicho acto. Lo que el texto constitucional hace, desde su superioridad normativa, es, de un lado, garantizar al convenio colectivo un grado razonable y aceptable de efectividad en su cumplimiento, razonabilidad y aceptabilidad, éstas, que quedan protegidas con la garantía enunciada en el art. 53.1 de la norma suprema. Y, de otro y desde esa misma superioridad y con estos condicionamientos, ordenar al legislador que adopte las medidas necesarias para asegurar dicha efectividad. En segundo lugar, tampoco el art. 37.1 CE instituye garantía alguna acerca de la denominada eficacia subjetiva o personal del convenio colectivo; ésta será la que se derive de la inserción del convenio colectivo en el sistema jurídico. Y es en ésta inserción en la que podrán jugar un papel significativo, bien que no único, las decisiones de política de derecho adoptadas por el legislador ordinario y dirigidas, no ya a asegurar la fuerza vinculante del convenio, sino a dotar de contenido sustantivo ese derecho de libertad en que consiste la negociación colectiva.

Pese a que, al menos en una primera (y, a mi juicio, también última) lectura del texto constitucional, el contenido material de la garantía de la fuerza vinculante deba buscarse en el terreno de los efectos del convenio colectivo, no debe desconocerse que para el sector mayoritario de nuestra doctrina científica dicha garantía define ya la naturaleza del convenio colectivo como fuente de Derecho. En ejercicio del mandato constitucionalmente encomendado, el legislador vendría así pues condicionado por esa previa calificación jurídica.

En esencia, dos son las líneas argumentativas que la doctrina maneja a la hora de desplazar al terreno de la naturaleza del convenio lo que, en mi opinión y de manera clara e indubitada, el art. 37.1 CE sitúa en el campo de la eficacia. De conformidad con la primera de estas vías —probablemente la dominante—, la atribución al convenio colectivo de la nobleza propia de las normas se construye sobre un sencillo silogismo: la garantía constitucional de la fuerza vinculante confiere al convenio una eficacia normativa (premisa mayor), la eficacia normativa es una propiedad de las normas (premisa menor), luego el convenio es una norma, en el sentido más tradicional de la expresión (conclusión). La segunda vía prescinde de este rodeo, alcanzando idéntica conclusión sobre la base de una lectura

<sup>94</sup> Para esta noción de eficacia, bien que referida a los contratos, cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho patrimonial*, vol. I, Madrid (Tecnos) 1986, pág. 271.

simétrica de las dos garantías consagradas en el art. 37.1 CE: el reconocimiento del convenio colectivo como una fuente formal de Derecho (garantía de la fuerza vinculante) es el lógico corolario del reconocimiento de la negociación colectiva como fuente material del Derecho (garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva)<sup>95</sup>.

La configuración del convenio colectivo como una norma, como fuente formal del Derecho, trae causa en un doble equívoco. El primero consiste en fundir las variadas y complejas funciones económico-sociales que puede desarrollar y efectivamente desarrolla el convenio colectivo en la realidad social bajo el manto de una única, cual es la de instituir un conjunto de reglas jurídicas, directamente ordenadoras de las relaciones laborales, y dotadas, todas ellas, de unos efectos automáticos e inderogables. Es ésta, desde luego, una función típica del convenio colectivo, inscrita en su código genético, y que explica la tradicional y clásica consideración de la negociación colectiva como uno de los grandes cauces, junto a la legislación laboral, de reglamentación de las relaciones laborales. Pero no es una función única; y tampoco es una función cuya presencia condicione la existencia del convenio colectivo como acto jurídico. La experiencia negocial colectiva, tanto la nacional como la comparada, muestra, de un lado, la progresiva agregación por el convenio colectivo de nuevas funciones, refractarias a ser encajonadas bajo el común denominador de funciones normativas<sup>96</sup>, y, de otro, la creciente importancia de convenios colectivos no normativos. La configuración del convenio como una norma y la mecánica vinculación a esta calificación jurídica de efectos normativos difumina, hasta terminar disolviendo, la compleja y rica funcionalidad del convenio colectivo. O expresada la conclusión en otras palabras, la pluralidad de funciones desplegadas por el convenio colectivo no puede dejar de tener su expresión en el plano de los efectos jurídicos. Y es esa obligada relación de correspondencia entre unas y otros la que queda aniquilada cuando la naturaleza del convenio se deduce de una única función y, adicionalmente, a dicha naturaleza se le anuda, de manera mecánica y automática, la eficacia jurídica inmanente a esa naturaleza<sup>97</sup>.

Pero las tesis normativistas no sólo comprimen las complejas y variadas funciones del convenio colectivo; la configuración de la negociación colectiva como fuente material de derecho también produce ese mismo efecto de encorsetamiento. Qué la negociación colectiva es un proceso de creación de normas (*rule making*), no es una conclusión que pueda prestarse a discusión crítica, ni tan siquiera en el terreno especulativo. Pero al margen y con independencia de otras finalidades distintas, desarrolladas con mayor o menor persistencia histórica por la contratación colectiva, tales como la de actuar como método de solución de conflictos (*conflict resolving*) o instrumento de participación en la gestión de las decisiones empresariales, estas orientaciones duramente normativistas de la negociación

<sup>95</sup> Vid. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., págs. 286 y ss, esp. pág. 292.

<sup>96</sup> Vid., a este respecto, las interesantes reflexiones de DI LUCA TAMAJO, R., «L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva», *Riv. Ital. di Diritto del Lavoro* 1985, I, núm. 1, págs. 16 y ss. También RIVERO LAMAS, J., «Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma de 1997», *REDT* 1998, núm. 89, págs. 381 y ss.

<sup>97</sup> Tal es, me parece, la tesis de CORREA CARRASCO (*La negociación colectiva...*, cit., pág. 150) para quien la eficacia normativa del convenio colectivo es el resultado «de anudar a la norma convencional la eficacia propia de su naturaleza» o, en otras palabras, «si partimos de la base de que (el convenio colectivo) es una norma, es obvio que deberá desplegar efectos normativos», imponiéndose directamente «a las relaciones individuales».

colectiva introducen un corte radical, que no sólo es funcional sino también sistémico, entre los momentos de creación de las reglas jurídicas y de administración de las reglas ya negociadas. Sin embargo una y otra fase forman parte de ese complejo fenómeno social que es la negociación colectiva. Las experiencias contractuales más recientes han puesto en crisis, en la mayor parte de los ordenamientos eurocontinentales, la neta separación entre los modelos dinámico y estático de negociación colectiva<sup>98</sup>, revalorizando la dimensión más procedimental y, por lo mismo, menos normativa de la negociación colectiva<sup>99</sup>. Más aún, no me parece arriesgado afirmar que, al menos en ciertos niveles de negociación, en los niveles que se sitúan en los escalones superior (negociación colectiva *au sommet*) e inferior (negociación colectiva de empresa), lo relevante comienza a ser no tanto la regla de conducta que prescribe derechos y obligaciones aplicables a las partes de las relaciones laborales individuales, sino los procedimientos a través de los cuales definir, aplicar o integrar de manera conjunta las propias reglas<sup>100</sup>.

El segundo equívoco de las tesis normativistas reside en la confusión entre el contenido del acto jurídico en que el convenio consiste y la forma en la que el acto mismo se expresa. En el convenio colectivo, aquél, el contenido del acto, tiene una tendencial vocación a actuar como ley ordenadora del estatuto del trabajador asalariado, como conjunto de reglas que prescriben determinadas conductas o comportamientos; esta otra, la forma de expresión del acto, tiene una dimensión radicalmente contractual. Si el contrato se define como todo acuerdo de voluntades a través del cual nacen obligaciones<sup>101</sup>, el convenio colectivo pertenece, por su morfología, a esta categoría, sin que obste a dicha calificación jurídica la singularidad de los sujetos contratantes, que normalmente —no siempre<sup>102</sup>— adoptan formas colectivas de representación de intereses, instrumentales al cumplimiento de la función económico-social a la que el propio convenio colectivo sirve. El carácter colectivo de los sujetos no desmiente la naturaleza contractual del convenio, influyendo, en su caso, en la imputación subjetiva de sus efectos. En definitiva, la naturaleza del convenio ha de ser definida en atención a su estructura formal, que es la propia del contrato, y no en razón de sus efectos o funciones, que pueden ser o no normativos.

Retornando al debate jurídico-constitucional, se ha hecho notar que las tesis normativistas del convenio colectivo, mayoritarias en nuestra doctrina científica, se fundamentan bien en una lectura integrada de las dos garantías que enuncia el art. 37.1 CE bien en una interpretación cuyo referente normativo exclusivo es el inciso final de este pasaje constitucional. No son éstas, sin embargo y a mi juicio, unas tesis fácilmente deducibles del texto constitucional.

Por lo pronto, el reconocimiento del «derecho a la negociación colectiva» no equivale a la consagración de la actividad contractual colectiva como fuente material de derecho.

<sup>98</sup> Vid. la ya clásica delimitación entre estos dos modelos elaborada por KAHN FREUND, O., *Labor and the Law*, cit., págs. 56 y ss.

<sup>99</sup> Sobre la necesidad de integrar estas dos dimensiones en un único proceso, vid. las siempre actuales reflexiones de FLANDERS, A., «Collective Bargaining: a theoretical analysis», *British Journal of Industrial Relations* 1968, núm. 1, págs. 9 y ss., luego recogido en A. Flanders (edit), *Collective bargaining*, Middlesex (Penguin Books) 1969, págs. 17, por donde cito.

<sup>100</sup> Vid. LORD WEDDERBURN OF CHARLTON/SCIARRA, «Collective bargaining...», cit., págs. 224 y ss.

<sup>101</sup> Cfr. por todos, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 96.

<sup>102</sup> No en el caso del empresario individual, parte de un convenio colectivo.

No entraré ahora a discutir si, en el plano de la teoría de las fuentes del derecho, a la negociación colectiva puede asignársele la cualidad de «fuerza social con facultad normativa creadora» —que tal es la noción más estricta y canónica de fuente material del derecho<sup>103</sup>— o, más bien, (y es tesis que me parece más plausible) es el procedimiento a través del cual se expresa la *potestad normandi* de los grupos sociales organizados. Pero aún aceptando este enfoque a efectos dialécticos, el sentido del primer inciso del art. 37.1 CE es el de haber procedido a la juridificación formal no de un poder normativo primario y extraestatal sino de la autonomía negocial o libertad contractual, entendida como sistema de reglas de acción y de organización a través de las cuales «los representantes de los trabajadores y empresarios» defienden los intereses que les son propios. En este sentido, tiene razón Rodríguez-Piñero cuando señala que la garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva se configura, en su versión primera y esencial, «como un derecho de libertad» que, ejercitable fundamentalmente en relación con el Estado, «protege a las partes sociales frente a eventuales interferencias o limitaciones» no justificadas desde una perspectiva constitucional<sup>104</sup>. Desde luego, esa libertad, —que no se agota en una vertiente negativa sino que está acompañada de una dimensión positiva, que compromete a los poderes públicos a adoptar aquellas medidas que permitan el ejercicio de ese derecho de una manera real y efectiva<sup>105</sup>— presupone la existencia de un poder de autonomiación social. Pero es éste un poder *extra ordinem*, limitándose el art. 37.1 CE a sancionar un ámbito de libertad, cuyo objeto de imputación no es sólo el procedimiento o el cauce de expresión formal de dicho poder sino, más ampliamente, el conjunto de derechos que, en un sistema democrático de relaciones laborales, aseguran la autonomía colectiva.

El entendimiento de la garantía del derecho a la negociación colectiva como expresa consagración por el art. 37.1 CE de un ámbito de libertad contractual reconocido a los grupos sociales organizados con vistas a autoreglamentar sus intereses recíprocos desvincula naturaleza y fuerza vinculante del convenio colectivo. Esta no es una mera «transposición, en el plano positivo, de un poder social convertido en norma jurídica»<sup>106</sup>. Con buen criterio, a mi juicio, nuestro texto constitucional recupera para el convenio colectivo su genuina y originaria condición de contrato, de acuerdo nacido de la autonomía privada colectiva que encuentra en el conflicto social por excelencia su natural espacio de desarrollo. Es ésta la naturaleza que le corresponde en razón de su origen, de la realidad social en la que se desenvuelve y de la forma en que se gesta y administra; la única, por lo demás, capaz de conciliar o, si se prefiere, integrar de manera razonablemente armónica las dos grandes tensiones de signo opuesto que desde siempre vienen convergiendo en el convenio colectivo: una estructura unitaria y unas funciones plurales.

<sup>103</sup> Cfr., CASTRO, F., *Derecho civil de España*, 2.ª ed., t. I, Madrid (IEP) 1949, pág. 331. De todo punto enigmática resulta la noción de la negociación colectiva como fuente material de derecho, definida ésta a su vez «como especie de catalizador de los elementos extrapositivos del sistema interno, reconduciéndola al sistema externo, es decir, al plano de la positividad». Cfr. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., pág. 91.

<sup>104</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva...», cit., pág. 3.

<sup>105</sup> En relación con el sentido promocional del derecho constitucional a la negociación colectiva, vid. VALDÉS DAL-RÉ, «La negociación colectiva...», cit., ahora en *Relaciones laborales, negociación...*, cit., págs. 97 y ss.

<sup>106</sup> Cfr. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., pág. 263.

15. Una de las más destacadas consecuencias del tratamiento y solución de los problemas de eficacia jurídica del convenio colectivo en términos de naturaleza jurídica ha sido la pérdida de sustantividad de la garantía constitucional —y la conclusión puede sin esfuerzo alguno extenderse a la garantía legal— de la fuerza vinculante. El efecto disolvente de esta confusión puede ser apreciado desde distintas ópticas, de entre las que la metodológica no es de tono menor. El tratamiento de la eficacia jurídica del convenio colectivo como un simple corolario de su cualidad de norma jurídica, fuente de derecho objetivo, simplifica el debate jurídico-constitucional sobre el segundo inciso del art. 37.1 CE; pero lo simplifica a cambio de embrollarlo y dramatizarlo en el doble terreno de la legalidad ordinaria y de la realidad social. Más adelante tendré ocasión de volver sobre éste punto. Lo que me importa ahora es intentar recuperar un espacio de autonomía conceptual, funcional e institucional para la garantía establecida en el tan mencionado art. 37.1 CE.

Es ésta una tarea que ha de ser abordada a partir de un indeclinable presupuesto metodológico: el convenio colectivo cumple o puede cumplir una pluralidad de funciones. La negociación colectiva es, desde luego y como ya pudieron constatar hace más de un siglo los esposos Webb, un instrumento alternativo a la contratación individual<sup>107</sup>; un medio de restricción y limitación de la autonomía individual. Pero el convenio colectivo no es sólo un cauce de fijación de condiciones de trabajo; también es un medio de pacificación social, de auto-organización de las representaciones de intereses, de ordenación de las relaciones entre las partes signatarias, de participación en la gestión de las empresas, de definición del marco general de la negociación colectiva y de la conflictividad laboral o, en fin, de predeterminación negociada de eventuales intervenciones legislativas, por citar alguna de las más significativas<sup>108</sup>. Innecesario resulta señalar que no todos los convenios colectivos cumplen simultáneamente este complejo y variado catálogo de funciones. Más aún, un superficial análisis de la realidad de los sistemas de negociación colectiva, nacional o extranjeros, muestra una tendencia a la diversificación de los instrumentos negociales en atención a sus funciones. Con todo y con ello, también puede convenirse que, al menos desde la óptica de la negociación colectiva apreciada en su conjunto, la función socialmente típica, aquella que, desde su aparición, ha estado siempre presente es la reglamentación de las relaciones laborales individuales. Tal es y no otra la función económico-social típica o, si se prefiere, la causa del convenio colectivo.

Este presupuesto, el reconocimiento de la diversidad de funciones a las que sirve el convenio colectivo, ya ofrece pistas de interés para acometer la tarea de dotar de contenido sustantivo a la garantía constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo, tarea ésta que va a encararse mediante sucesivas aproximaciones. La primera y acaso la más evidente puede formularse del modo siguiente: la satisfacción por el convenio colectivo de una pluralidad de funciones ha de tener correlato en el plano de sus efectos. O expresada

<sup>107</sup> Vid. WEBB, *La democracia industrial*, cit., esp. Cap. VIII.

<sup>108</sup> La pluralidad de funciones ha sido teorizada no sólo desde el campo jurídico, sino, además, desde el más extenso ámbito de las relaciones laborales. Bien conocida es, en tal sentido, la teoría de CHAMBERLAIN, N.W./KHUN, J.W., *Collective Bargaining*, 2.<sup>a</sup> ed., Nueva York (McGraw- Hill) 1965, págs. 108 y ss, para quienes la negociación colectiva puede ser, alternativamente: una contratación *for the sale of labour*, una forma de *industrial government* y un método *of management*. Un análisis crítico de esta tesis, en FLANDERS «Collective bargaining...», cit., págs. 31 y ss.

la idea con otro lenguaje, las mutaciones que el convenio colectivo despliega en el mundo de la realidad jurídica, a partir de su entrada en vigor, no se declinan en singular sino en plural. No hay una sola y única eficacia jurídica del convenio; la eficacia se acomoda a la función. El problema reside entonces en discernir cuál es, si alguna, la eficacia jurídica constitucionalmente garantizada en el art. 37.1 CE; o, por expresar la idea con mayor rigor, cuál es el contenido esencial de la fuerza vinculante, aquél que actúa como límite infranqueable, límite de los límites de los derechos fundamentales, en relación al cual el legislador ordinario no puede efectuar ponderación alguna entre el derecho fundamental en cuestión y los otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos<sup>109</sup>.

Una inteligencia de la citada garantía constitucional a la luz del recorrido histórico, de las experiencias jurídicas deparadas por los sistemas jurídicos comparados y, sobre todo, de los valores que informan el Estado Social y Democrático de Derecho y que se manifiestan, en lo que aquí importa destacar, en el pluralismo social, en la tensión del ordenamiento hacia la adopción de medidas que aseguren de manera real y efectiva el principio de igualdad entre los individuos y los grupos en que estos se integran y en la propia conciencia social sobre la contribución de las instituciones encargadas de encarnar ese pluralismo y de lograr esa igualdad mediante la defensa y promoción de los intereses sociales y económicos que les son propios obliga a entender que aquella garantía no otra cosa debe significar que la protección de la función económico-social típica del convenio colectivo. El contenido esencial de la fuerza vinculante asegura a las reglas y disposiciones del convenio colectivo destinadas a regular los contratos de trabajo una vinculabilidad más fuerte y diversa de la que resulta de la mera aplicación de los principios rectores de la libertad contractual; le asegura, en suma, una eficacia real y no meramente obligacional. Es aquella, la eficacia real, y no ésta, la eficacia obligacional, la única eficacia que, sin desnaturalizar ni desvirtuar la figura del convenio colectivo como un acuerdo de voluntades, como un negocio jurídico contractual nacido del poder de autonormación social, le garantiza el cumplimiento de su función típica. Mediante la protección de su fuerza vinculante, entendida como eficacia real, el art. 37.1 CE no otro objetivo hace, así pues, que tutelar constitucionalmente la propia causa del convenio colectivo.

La eficacia real dota al convenio colectivo (*recte*: a las disposiciones que regulan las relaciones laborales individuales) de dos efectos. De un lado, del efecto automático en virtud del cual las reglas establecidas en el convenio colectivo se imponen directa e inmediatamente sobre las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación; de otro, del efecto imperativo (relativo) a tenor del cual quedan vedadas las derogaciones peyorativas del convenio colectivo mediante pactos individuales y sustituidas, las que contradigan este efecto, por las homólogas del convenio colectivo que resulten de aplicación. La previsión constitucional, en definitiva, asegura a las que Sinzheimer denominara como *arbeitsnormen* —luego identificadas como cláusulas normativas del convenio— una inderogabilidad que implica la eficacia inmediata del convenio colectivo sobre las rela-

<sup>109</sup> La literatura sobre la noción del contenido esencial, en sus diversas variantes (relativa y absoluta) es muy abundante. Por todos, *vid.* MEDINA GUERRERO, M., *La Vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid (McGraw Hill) 19966, págs. 145 y ss; NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid (CEC) 2000, págs. 129 y ss y ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª reimp, Madrid (CEC) 2001, págs. 286 y ss.

ciones individuales de trabajo, así como su inderogabilidad, a la que se adiciona un sistema de sustitución automática de las cláusulas deformes provenientes de la autonomía individual.

Entendida la garantía constitucional de la fuerza vinculante como atribución a los convenios colectivos de una eficacia real y no meramente obligacional, dicha garantía tutela intereses diferentes. En primer lugar, el interés de los trabajadores individuales a la aplicación de las condiciones laborales estipuladas en el pacto, a los que se asegura, durante la vigencia del acuerdo, un tratamiento que resulta, cuando menos, equivalente al colectivamente concertado. En segundo lugar, el interés de las representaciones de los trabajadores y empresarios a la efectividad del resultado del ejercicio de su autonomía negocial. Ambos intereses no están colocados, sin embargo, en posición de paridad. En la medida en que la titularidad del derecho a la negociación colectiva pertenece a los «representantes de los trabajadores y de los empresarios», el reconocimiento de la prevalencia del convenio colectivo sobre el contrato, concebidos uno y otro como cauces para reglamentar las condiciones de trabajo, tutela de manera preeminente el interés colectivo de las organizaciones firmantes a la aplicación real y efectiva de la parte normativa del convenio colectivo. Por este lado, la eficacia inderogable asociada a la fuerza vinculante del convenio se configura como una medida promocional de la autonomía colectiva de carácter *half-mandatory*; esto es, una medida que puede ser apartada por la propia autonomía colectiva<sup>110</sup>, pero que ha de ser respetada por la autonomía individual. Los titulares del derecho a la negociación colectiva disponen así de un marco constitucional simultáneamente protector y flexible. La Constitución garantiza y ordena garantizar al legislador la inderogabilidad de los acuerdos colectivos, pero no impide a quienes negocian que, en atención a criterios de oportunidad cuya valoración a ellos corresponde en atención a la titularidad del derecho a la contratación colectiva, consientan derogaciones peyorativas del tratamiento colectivo, pactando, en su caso, las condiciones de la disponibilidad de los derechos del propio convenio colectivo.

16. El reconocimiento de la eficacia automática e imperativa del convenio colma el contenido esencial de la garantía constitucional, conclusión ésta rica en consecuencias constructivas. Si, como ya se ha señalado, la eficacia jurídica de los convenios atiende a los efectos de estos sobre las relaciones laborales individuales, garantizando y mandando garantizar al legislador la aplicación inmediata y la inderogabilidad del contenido normativo de los acuerdos alcanzados por las partes sociales, es evidente que la Constitución no prejuzga ni predetermina la posición de los convenios colectivos en el sistema jurídico, punto éste abierto a diferentes desarrollos. La garantía de la eficacia real, entendida como contenido indisponible para el legislador en el ejercicio de sus funciones normativas, queda protegida, desde luego, por la caracterización del convenio colectivo como una norma jurídica, por su incardinación en el sistema formal de fuentes del Derecho y su consideración de fuente de derecho objetivo; pero esa garantía también es compatible con la configuración del convenio colectivo como un contrato, pues, como ya fue razonado, la eficacia imperativa del convenio, seguro, y probablemente también la eficacia inmediata, son técnicas al

<sup>110</sup> *Vid.*, las observaciones que sobre esta configuración hace VARDARO (*Contratti collettivi...*, cit., págs. 209 y ss.), reflexionando sobre las experiencias alemana e italiana.

servicio de la solución de las eventuales antinomias que se producen entre dos de los grandes cauces (autonomía colectiva y autonomía individual) idóneos para disciplinar las relaciones laborales individuales. Dicho en otros términos, los atributos de la eficacia inmediata e imperativa de los convenios colectivos no están ligados «por necesidad lógica al presupuesto de la inserción de éstos en el sistema formal de las fuentes del Derecho»<sup>111</sup>. Por lo demás, es ésta una apreciación que puede corroborarse en plenitud mediante el fácil procedimiento de observar las experiencias jurídicas de nuestro similar entorno cultural. La eficacia inderogable es un efecto del convenio colectivo compartido no sólo, y lógicamente, por los ordenamientos en los que el acuerdo colectivo se encuentra incorporado al sistema formal de fuentes del Derecho; también lo es en aquellos otros en los que el convenio es un contrato o pacto privado colectivo, en parte sujeto al régimen general del derecho común de la contratación<sup>112</sup>.

### 3.1.3. *El ámbito objetivo de protección de la garantía constitucional de la fuerza vinculante*

17. Ya se hizo notar que, apenas promulgada la ley de desarrollo del texto constitucional, el ET, el debate doctrinal sobre la fuerza vinculante del convenio colectivo incorporará un incomodo e imprevisible compañero de viaje, del que ya no logrará desprenderse. La aparición y ulterior consolidación de un tipo de convenio colectivo, negociado sin atenerse a las reglas de forma y de fondo establecidas en el Título III de aquél texto legal y, por lo mismo, prontamente identificado como convenio colectivo «extraestatutario», modifica de manera sustancial las bases de ese debate. La brusca irrupción en el sistema español de relaciones laborales de esta inesperada manifestación de la autonomía contractual enriquece, al tiempo que complica, la discusión. Esta no sólo se centrará en discernir la eficacia del art. 37.1 CE y, en su caso, aclarar el contenido esencial de la garantía constitucional de la fuerza vinculante. Al margen de estos dos problemas, surgirá un tercero, consistente en determinar el ámbito objetivo de protección de la garantía constitucional.

En esquemática síntesis, la restricción de la garantía constitucional de la fuerza vinculante a los convenios colectivos de eficacia general suele fundamentarse con el auxilio de alguna de estas tres tesis. La primera tesis, que es la menos refinada desde el punto de vista de la construcción constitucional, se asienta sobre un sencillo silogismo: el art. 37.1 CE no otra significación tiene que la de mandar al legislador a que garantice la eficacia de los convenios (premisa mayor); el ET sólo atribuye fuerza vinculante, entendida como eficacia normativa, a los convenios colectivos que disciplina (premisa menor), luego los no regulados por la ley que ha procedido a desarrollar aquél mandato quedan extramuros de la garantía constitucional (conclusión). La segunda tesis no niega efectos directos al art. 37.1 CE, pero sostiene que de tales efectos no puede derivarse la consecuencia de reconocer fuerza vinculante *ex Costitutionse* a otro convenio distinto de aquél que el legislador ha establecido. En el sentir de los defensores de esta tesis, la opción del legislador por

<sup>111</sup> Cfr. MENGONI, «Il contratto collettivo...», cit., pág. 32.

<sup>112</sup> Vid. las agudas reflexiones que, para la realidad italiana, efectúa SCIARRA, «Contratto collettivo» en el *Digesto*, IV ed., Turín (Utet) 1988, págs. 22 y ss. del *estratto*.

garantizar la fuerza vinculante a un tipo concreto de convenio colectivo ni elimina ni excluye la posibilidad de otras manifestaciones de la autonomía privada, no reconocidas legalmente. Pero el ejercicio de esta autonomía al margen de la ley «sólo es eso; un ejercicio de autonomía contractual en el marco de libertad que el ordenamiento en cada momento reconozca», de modo que, más allá de esa libertad, no cabe deducir «incidencia jurídica alguna en la eficacia o vinculabilidad interpartes del convenio colectivo irregular o extraestatutario»<sup>113</sup>. La tercera tesis, de factura rigurosamente formalista, desplaza el centro de gravedad de sus argumentos desde el plano de las garantías sustantivas del art. 37.1 CE al plano de la noción de convenio colectivo. De conformidad con ello, la tutela de la fuerza vinculante no alcanza al común género de los acuerdos colectivos, sino a una especie muy concreta de este género: el convenio colectivo. Sobre la base de una argumentación de este tenor, fundamentada en los datos que —se dice— facilita la legislación vigente y la construcción dogmática que en Europa ha ofrecido «una explicación universal de este fenómeno», la ulterior atribución al convenio legal, al de eficacia general, del *nomen iuris* de convenio colectivo y la asignación al acuerdo extraestatutario, al de eficacia limitada, de la denominación de pacto colectivo, sirve y basta para explicar las razones por las que éste último no puede acceder a la garantía constitucional de la fuerza vinculante<sup>114</sup>.

No es cuestión ahora de entrar en polémica con todas y cada una de estas tesis, entre otras razones por cuanto, al menos respecto de las dos primeras, ya se han manifestado los disensos y las convergencias<sup>115</sup>. Los tenaces esfuerzos doctrinales, aisladamente amparados por alguna sentencia del TC<sup>116</sup> —cuya doctrina en punto al alcance del art. 37.1 CE, por cierto, resulta manifiestamente tributaria de las distintas y divergentes tesis puestas en circulación por la doctrina científica—, destinados, de un lado, a configurar las dos garantías establecidas en el art. 37.1 CE como garantías de desarrollo legislativo y, de otro, a dar por clausurado y sellado ese desarrollo con la regulación de los convenios colectivos de eficacia general, son, como con toda razón se ha indicado, «esfuerzos vanos»<sup>117</sup>.

Otro es el terreno en el que me interesa ahora ubicar, desde una óptica metodológica, el problema sobre el ámbito de protección de la garantía constitucional de la fuerza vinculante. Se ha señalado que el segundo inciso del art. 37.1 CE formula una doble garantía. De un lado, asegura al convenio colectivo una muy concreta vinculabilidad; de otro, mandata al legislador a que adopte las medidas necesarias para asegurarla. En el legítimo ejercicio de sus opciones de política legislativa, el legislador, habida cuenta de la pluralidad de funciones que cumple el convenio colectivo, puede articular esa vinculabilidad con el auxilio de muy diversas técnicas, directas o indirectas, las cuales, por otra parte, han de entenderse compatibles con las procedentes de la propia autonomía colectiva. Pero en todo

<sup>113</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva...», cit., págs. 7-8. También y en parecidos términos, GOERLICH PESET, «Concepto y eficacia del convenio colectivo», *REDT* 2000, núm. 100, págs. 1445 y ss.

<sup>114</sup> Cfr. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, cit., pág. 471. Vid. igualmente, su 7.ª ed., Madrid 1995, págs. 798 y ss. También, SAGARDOY BENGOCHEA, *La eficacia...*, cit., págs. 23 y ss.

<sup>115</sup> Para una crítica a la tercera de las tesis, me permito remitir a mi obra *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 36 y ss.

<sup>116</sup> Vid. sentencia TC 208/1993, de 28-6.

<sup>117</sup> Cfr. RIVERO LAMAS, J. «Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal», *Revista del MTAS* 1997, núm. 3, pág. 114.

caso, esa libertad del legislador tiene como límite infranqueable el respeto al contenido esencial de la fuerza vinculante.

Sobre estas premisas de carácter metodológico, el debate sobre el ámbito objetivo de protección de la garantía de la fuerza vinculante *ex art. 37.1 CE* pide una reformulación. El problema no estriba sólo en discutir si este pasaje constitucional garantiza o no a los convenios colectivos celebrados al margen del Título III del ET una fuerza vinculante de similar intensidad que a los convenios negociados intraestatuto, interrogante éste que, a mi juicio y como en su día razoné<sup>118</sup>, debe despejarse en un sentido afirmativo, pues, a la postre, y como la jurisprudencia constitucional viene señalando de manera iterativa, tales acuerdos tienen amparo constitucional<sup>119</sup>. Además de este problema, aunque a él asociado, es preciso discernir si la ley que ha desarrollado el art. 37.1 CE ha respetado o no ese núcleo infranqueable en que consiste el contenido esencial y que se expresa a través de la atribución al convenio colectivo, a la parte normativa de todo convenio colectivo, una eficacia inmediata e imperativa. Tal es, precisamente, la tarea que se acometerá en el próximo y último apartado.

### 3.2. El desarrollo legal de la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos

18. Una vez promulgado el texto constitucional, la Ley que procediera a desarrollar los derechos contenidos en el art. 37.1 CE había de respetar el contenido esencial que el propio pasaje constitucional tutela y ordena tutelar al legislador. En concreto y en lo que aquí me interesa destacar, la Ley había de organizar ese derecho de libertad en que la negociación colectiva consiste en unos términos que asegurasen a los resultados nacidos del proceso contractual una eficacia inmediata e imperativa. No de otra forma ha de entenderse el mandato del legislador en punto al desarrollo de la garantía constitucional de la fuerza vinculante, conclusión ésta que ya anticipa la cuestión que de inmediato se plantea y es preciso resolver, y que puede formularse en forma de interrogante: el ET, que es sin sombra alguna de incertidumbre la ley de cabecera del derecho de negociación colectiva<sup>120</sup>, ¿asegura a todas las convenciones colectivas de trabajo<sup>121</sup> una fuerza vinculante ajustada a las exigencias constitucionales?

De manera abrumadoramente mayoritaria, la doctrina científica española despeja el interrogante apenas enunciado en un sentido negativo. Bien que las secuencias argumentativas que sostienen la conclusión no son siempre coincidentes y tampoco lo son

<sup>118</sup> Una vez más, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 79 y ss.

<sup>119</sup> *Vid.*, de reciente, la sentencia TC 121/2001, de 4-6 (FJ 5.º). Pero antes, el TC ya se había pronunciado en este mismo sentido (entre otras, sentencias 73/1984, de 11-7; 98/1985, de 29-7; 57/1989, de 16-3 y 108/1989, de 8-6).

<sup>120</sup> Ley de cabecera, pero no ley única, ya que la LOLS ha de entenderse, al menos para quienes compartimos la tesis de la jurisprudencia del TC de que la negociación colectiva, si ejercitada por sindicatos, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical.

<sup>121</sup> Utilizo esta arcaica expresión en un sentido inclusivo de todos los productos nacidos de la negociación colectiva.

las consecuencias que se extraen de la misma, el argumento final o de cierre de esta tesis es común: el ET sólo se aplica a un tipo concreto y definido de convenio colectivo, cual es el regulado por la propia ley. La garantía constitucional de la fuerza vinculante no alcanza, pues, a todas las convenciones colectivas de trabajo, sino exclusivamente a una especie muy singular: el convenio colectivo de eficacia general. De dicha garantía quedan excluidos, por tanto y de un lado, los convenios de eficacia limitada y, de otro lado, las convenciones colectivas que, aun desplegando una eficacia general, no son convenios colectivos o no han sido legalmente asimilados a ellos (art. 83.3 ET).

Como acabo de indicar, es ésta una opinión mayoritariamente compartida por la doctrina en la que terminan por converger, de manera paradójica, las más dispares construcciones sobre el sentido y alcance del art. 37.1 CE. De ella participan, lo que no es de extrañar, quienes sostienen que este pasaje constitucional es un mandato mero al legislador, sin perjuicio de que posteriormente un sector considere que los convenios de eficacia limitada (no así los acuerdos colectivos no asimilados) son ilegales<sup>122</sup> y otro, en cambio, atribuya a tales convenios una mera eficacia contractual, en todo asimilable y sin matices, a la que despliegan los contratos de derecho común<sup>123</sup>. Y también participan de esta opinión quienes entienden que el art. 37.1 es un precepto sólo dotado de eficacia vertical, sector doctrinal éste que, también, reconoce a los convenios de eficacia limitada una eficacia jurídica obligacional<sup>124</sup>. Por último y en fin, no se han sustraído tampoco a esta opinión quienes defienden que la garantía constitucional de la fuerza vinculante significa el reconocimiento a todo convenio, incluido el de eficacia limitada, de una eficacia jurídica normativa. También para este sector de la doctrina, las fuentes reguladoras de este tipo de convenios son la CE y la voluntad de las partes negociadoras<sup>125</sup>; esto es, el derecho común de las obligaciones y contratos<sup>126</sup>.

Sin perjuicio de lo que se ha de razonar de inmediato, la objeción más relevante que puede verse sobre ese complejo y variado conjunto de tesis es la contradicción; esto es, la manifiesta falta de correspondencia bien entre los contenidos sustantivos de la garantía constitucional y de la garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, bien entre los ámbitos objetivos de aplicación de una y otra. Esta falta de identidad es apreciable, en unos casos, por defecto, tal y como sucede cuando se sustrae al art. 37.1 CE la eficacia directa o, aún reconociéndosela, su virtualidad termina fundida con las que se han calificado sobrevenidamente como legítimas decisiones de política de derecho del legislador. Pero en otras ocasiones, la cesura entre los planos constitucional y legal se produce por exceso, tal y como ocurre con aquellas tesis que fundamentan la fuerza vinculante de

<sup>122</sup> Vid. MONTROYA MELGAR, «Problemas actuales...», cit., y *Derecho del Trabajo*, 21 ed., Madrid (Tecnos) 2004, pág. 165.

<sup>123</sup> Por ejemplo, DURÁN LÓPEZ, «El Estatuto de los Trabajadores...», cit., págs. 38 y ss.

<sup>124</sup> Por ejemplo, RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva...», cit., pág. 8 y GOERLICH PESET, «Concepto y eficacia del convenio...», págs. 1447 y ss.

<sup>125</sup> Por ejemplo, SALA FRANCO, T., *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid (IES) 1981, pág. 10.

<sup>126</sup> Es esta la tesis mayoritaria de la jurisprudencia laboral que, al tiempo de atribuir a los convenios extraestatutarios una base constitucional, les aplica el régimen general de la contratación, reconociéndoles no una eficacia normativa sino meramente contractual. Entre otras muchas, sentencias Tribunal Supremo (TS) de 2-2-1994, Ar. 784; 21-6-1994, Ar. 5464; 14-12-1996, Ar. 9462; 25-1-1999, Ar. 896; 17-4-2000, Ar. 3936; 16-5-2002, Ar. 7561 y 27-9-2002, Ar. 10661.

cualquier producto negocial distinto del que se dice regulado por el ET en una constitucionalidad «alegal», aunque luego, como hace la jurisprudencia, la garantía constitucional de la fuerza vinculante asignada a estos productos no pase de ser un mero *flatus voci* (eficacia contractual), que termina hermanado con las interpretaciones más débiles de la tan citada garantía.

Y, sin embargo, la afirmación de que el ET mira en exclusiva a los convenios de eficacia general no es ni clara ni evidente. Y de semejante falta de claridad y evidencia adolecen, a mi juicio, las tesis que privan a los convenios colectivos de eficacia limitada o a los acuerdos colectivos no asimilados a convenios de eficacia general de la fuerza vinculante que, en virtud del mandato constitucionalmente recibido, garantiza el ET. La construcción de una tesis normativa sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos en nuestro sistema de relaciones laborales requiere, así pues, un giro metodológico. Y éste, a mi juicio, pasa de manera inexorable por una recomposición del tradicional divorcio entre garantía constitucional y garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

19. La configuración del derecho del trabajo como un sector del ordenamiento jurídico dotado de sustantividad propia o, si se prefiere, emancipado del derecho civil constituye, de seguro, uno de los tópicos más arraigados e indiscutidos en la doctrina laboralista europea. Un tópico que forma parte de un legado que se ha venido transmitiendo y racionalizándose de manera ininterrumpida desde las primeras generaciones; precisamente, desde aquellas que más contribuyeron a la conformación dogmática y a la juridificación formal de los principios y técnicas que identificaron históricamente el tránsito de la legislación obrera al derecho del trabajo. Como razonara Anton Menger en 1890, el Código Civil «tenía poco que ofrecer a la clase obrera», siendo bien magro el servicio que le rendía la libertad contractual, tan apreciada y ensalzada por el derecho codificado<sup>127</sup>. Ocioso resulta afirmar, por lo demás, que la autonomía del derecho del trabajo<sup>128</sup> no es una autonomía predicable sólo en el orden científico; lo es, antes de nada, en el orden jurídico. Es la especificidad de su objeto —por decirlo con la clásica terminología acuñada por Alonso Olea<sup>129</sup>— la causa y fundamento de esa autonomía.

No es mi intención, y la ocasión tampoco me lo permitiría, abrir un debate sobre la intensidad y extensión del proceso de emancipación del derecho del trabajo del derecho civil. Lo que ahora me interesa es reflexionar, aunque sea de manera breve y bastante esquemática, sobre la evolución que han ido experimentado las relaciones entre el derecho del trabajo y el derecho civil, apreciadas desde la óptica del par ley especial/ley común.

Al menos en su origen, las leyes laborales especiales (leyes sobre contratos de trabajo o leyes sobre convenios colectivos de trabajo) instituyen, en relación a su objeto, un marco de regulación que se aleja de «los principios fundamentales del derecho privado»<sup>130</sup>, introduciendo quiebras o moderaciones al juego de la libertad contractual y a sus efectos más típicos en los momentos de creación, modificación o extinción de las relaciones jurí-

<sup>127</sup> Cfr. Menger, A., *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, cit., por Larenz, K. *Derecho Civil. Parte general*, Madrid (Editoriales de Derecho Reunidas) 1978, pág. 66.

<sup>128</sup> Es ésta, desde luego, una autonomía relativa, dada la unidad del ordenamiento jurídico.

<sup>129</sup> Tal es la terminología utilizada por ALONSO OLEA en el Cap. I de las sucesivas ediciones a su obra *Introducción al Derecho del Trabajo*, desde la 1.ª ed. (Madrid 1962) hasta la 5.ª ed. (Madrid (Civitas) 1994).

<sup>130</sup> Cfr. LARENZ, K., *Derecho Civil...*, cit., pág. 68.

dicas y poniendo a punto una serie de reglas y técnicas con vistas a la aplicación de un conjunto normativo que busca la unidad interna y la diferenciación externa. En definitiva, la conformación del derecho del trabajo como un sector del ordenamiento construido, no sin fatigas ni resistencias, desde la crítica al derecho civil tiene traducción en el tipo de relaciones que se instauran entre el derecho especial y el derecho común, obedientes, en lo esencial, a una lógica derogatoria. Por ilustrar la idea con un ejemplo ya citado, las primeras leyes europeas sobre convenios colectivos, la francesa y alemana, que implantan una legislación especial sobre las convenciones colectivas de trabajo, no otra finalidad persiguieron que la derogación de los efectos típicos de los contratos, sustituyendo la clásica eficacia obligacional por una eficacia imperativa.

La comprensión de las relaciones entre el derecho del trabajo y el derecho civil en los términos descritos va a experimentar, sin embargo, cambios significativos, en buena medida ocasionados por la acción combinada de dos factores: la definitiva maduración del derecho del trabajo como derecho autónomo y la progresiva aparición en el ordenamiento laboral de una pluralidad de estatutos especiales. Para la moderna doctrina laboralista, los problemas de construcción del ordenamiento laboral no transitan ya por la afirmación de su particularismo frente al derecho civil<sup>131</sup>; los problemas se centran en cómo armonizar, integrar y coordinar las fuertes tensiones que se dan en su interior entre unidad y diversidad. En otras palabras, el derecho del trabajo ya no se concibe como un derecho especial del derecho civil sino, y ello es bien diferente, como un nuevo derecho común en cuyo seno habitan normas especiales<sup>132</sup>.

Las anteriores y bastantes elementales observaciones no han tenido otra finalidad que la de definir el escenario metodológico desde el que, a mi juicio, recomponer la tradicional disociación entre garantía constitucional y garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

20. Ya se ha hecho notar que nuestra doctrina científica, de manera mayoritaria, y nuestra jurisprudencia ordinaria, de manera unánime, califican la legislación sobre negociación colectiva y convenios colectivos establecida en el ET como una ley especial, respecto del derecho común de la contratación. Es esta una tesis que en modo alguno se puede compartir. En primer lugar por razones de método. La atribución al derecho codificado de la condición de norma aplicativa de primer grado para un negocio jurídico dotado de una extrema singularidad y una extremada sustantividad cual es el convenio colectivo, con independencia de cual sea su eficacia personal, niega de raíz cualquier espacio de autonomía al ordenamiento laboral. El convenio colectivo es, desde luego, un acuerdo de voluntades; un contrato. Pero de ahí a afirmar, como con notable ligereza manifiesta de reciente nuestro TS, que un convenio colectivo de trabajo de eficacia limitada se sitúa al mismo nivel y rango que el contrato de trabajo<sup>133</sup> media un salto en el vacío o, mejor aún, un giro

<sup>131</sup> Es esta una aseveración que también puede comprobarse con rudimentarios empirismos, bastando con cotejar la atención que al problema de las relaciones entre derecho del trabajo y derecho civil dispensaban los tratados más clásicos (por ejemplo, *vid.* DURAND, P./JAUSSAUD, R., *Traité de Droit du Travail*, t. I, Paris (Dalloz), 1947, págs. 250-262) y la práctica nula atención que ahora se dispensa.

<sup>132</sup> Cfr. DEXPAX, *Negotiations, conventions...*, cit., 126.

<sup>133</sup> Sentencias TS de 18-2-2003, Ar. 3372 y 11-9-2003, Ar 9030.

parabólico que sitúa las relaciones laborales colectivas en la fase inmediatamente anterior a la propia formación del derecho del trabajo. Pero aquella tesis es objetable, sobre todo, por razones de fondo.

Antes que ley de desarrollo del art. 37.1 CE, el ET es, por expreso mandato constitucional, la ley encargada de ordenar y regular el trabajo por cuenta ajena (art. 35.2 CE); es decir, de juridificar el propio objeto del derecho del trabajo, en el que —y es afirmación no necesitada de fundamentación— se integra el conjunto de relaciones laborales, individuales y colectivas<sup>134</sup>. El constituyente encomienda al legislador ordinario la articulación, en el plano de la legalidad ordinaria, de los valores sociales que la propia Constitución consagra; de unos valores que aspiran a traducir jurídicamente esa feliz noción de síntesis en que consiste el Estado Social y Democrático de Derecho y que, en el campo de las relaciones laborales, condensa la acumulación progresiva de las instituciones, reglas, principios, técnicas e instrumentos destinados, en su mayor y mejor medida, a proteger a la persona del trabajador y a recomponer o reequilibrar la asimetría de poder que, al trabajador, le depara la libertad contractual. En suma, el ET se configura, desde el propio texto constitucional, como la ley común de las relaciones laborales.

Esta calificación del ET como ley común rige, desde luego, para el contrato de trabajo; pero también tiene vigencia para la negociación colectiva y los convenios colectivos. De ello, ya empieza a hacerse eco la jurisprudencia laboral más reciente para la que, además del derecho común de las obligaciones y contratos, a la negociación colectiva celebrada al margen de las reglas estatutarias y al convenio colectivo de eficacia limitada les resulta también de aplicación, «en su dimensión básica», las reglas y los principios generales del propio ET<sup>135</sup>. Cuáles son esas reglas y principios contenidos en el ET, constitutivos del derecho común laboral de la negociación colectiva y de los convenios colectivos, es interrogante que puede despejarse de manera razonable mediante el recurso al canon de la interpretación finalista o teleológica.

Pese a que el Título III del ET se abre con la rúbrica «De la negociación colectiva y de los convenios colectivos», no son los arts. 82 a 92 los únicos preceptos legales de los que se ocupa el texto estatutario. A lo largo y ancho de su articulado, las referencias a la actividad contractual colectiva y a los productos de ella nacidos (convenio o acuerdo colectivo) son constantes. Sin entrar en un análisis fino de su contenido, las que en otro lugar denominé referencias extrasistemáticas del ET a los convenios colectivos, para aludir a aquellas ubicadas fuera del Título III<sup>136</sup>, forman parte, de seguro, del derecho común laboral de los convenios colectivos. Pero en esta categoría también han de integrarse bastantes de las reglas establecidas en el Título III; en principio, todas, salvo aquellas que enuncian las condiciones de validez para la suscripción y vigencia del convenio de eficacia general. En tal sentido y por ilustrar la conclusión con ejemplos, es evidente que las prescripciones de los arts. 87, 88 y 89.3 ET cobran sentido en el marco de una negociación estatutaria. Y es de igual evidencia que los arts. 82.1 y 2, 83.1 y 85.1 formulan reglas y principios de direc-

<sup>134</sup> Dada la condición de ley ordinaria, de ese conjunto hubo de desgajarse aquellas manifestaciones de la autonomía colectiva constitucionalmente reservadas a ley orgánica (art. 81.1 CE).

<sup>135</sup> Entre otras, sentencias TS 11-3-2003, Ar. 3351 y 17-11-2003, Ar. 9094.

<sup>136</sup> Cfr. *Configuración y eficacia...*, cit., 80.

ta aplicación para la negociación colectiva y el convenio colectivo, sin más adjetivación. La pertenencia de estos principios a un derecho común laboral de los convenios colectivos puede confirmarse con el fácil recurso al enunciado de preguntas retóricas: ¿puede calificarse, con un mínimo de fundamento, como privativa del convenio de eficacia general la definición de convenio colectivo que surte el art. 82.1 ET?; configurado el derecho a la negociación colectiva *ex* art. 37.1 CE como un derecho de libertad ¿puede negarse, sin incurrir en un grueso reproche de inconstitucionalidad, que la determinación del ámbito aplicativo de cualquier convenio o acuerdo colectivo corresponde a la libre decisión de las partes?; ¿puede pasar el menos exigente test de razonabilidad jurídica la tesis de que sólo los convenios colectivos de eficacia general han de cumplir su función económico-social típica «dentro del respeto a las leyes»?

21. Como se ha señalado en muy reiteradas ocasiones a lo largo del presente estudio, el contenido esencial de la garantía de la fuerza vinculante asegura a la función económico-social típica del convenio colectivo una vinculabilidad que se sustancia en los tan citados efectos automático e imperativo<sup>137</sup>. La tesis que aquí defiende, y que ya sostuve hace algún tiempo en otro lugar, es que el ET ha desarrollado en plenitud el mandato que enunció el art. 37.1 CE, confiriendo a todo acuerdo de voluntades nacido de la autonomía colectiva los efectos propios de esa vinculabilidad más fuerte frente a la autonomía individual en que consiste la eficacia real. En concreto, son los apartados b) y c) del art. 3.1 ET los preceptos que han procedido a desarrollar ese mandato constitucional.

Si bien «con lamentables imperfecciones técnicas»<sup>138</sup>, el art. 3.1.b ET califica los convenios colectivos como actos normativos; esto es, como actos que imponen reglas de conducta dirigidas a regular las relaciones laborales, a crear derechos y obligaciones, a innovar, en suma, el orden jurídico existente. En cuanto actos normativos o, si se quiere, actos jurídicamente relevantes dotados de un valor normativo («fuentes de la relación laboral»), las reglas establecidas por los convenios colectivos se imponen directa e inmediatamente (efecto automático) sobre las relaciones individuales de trabajo sin necesidad de esperar un acto de recepción o incorporación por las partes del contrato de trabajo ni precisar acto de adhesión de los destinatarios, que serán todos los empresarios y trabajadores incluidos en la unidad de contratación, en el supuesto de haberse pactado el convenio con las exigencias de forma y fondo establecidas legalmente, o sólo los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias, caso de que el convenio o acuerdo colectivo no se hubiere concertado de conformidad con esas exigencias. Pero el art. 3.1.b ET no es la única norma estatutaria que instrumenta, en el plano de la legalidad ordinaria, el efecto automático de la garantía constitucional de la fuerza vinculante. También el primer párrafo del art. 82.3 de este mismo texto legislativo consagra el mencionado efecto inmediato. De una interpretación a contrario de este pasaje legal se deduce que, «si los convenios regulados por esta *Ley obligan* a todos los empresarios y trabajadores (...)), los no regulados por el Título III obligan, pero con otra extensión subjetiva: sólo a los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación y representados por las partes signatarias. La obligatoriedad de todo convenio constituye un principio jurídico básico del derecho laboral co-

<sup>137</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 82 y ss.

<sup>138</sup> Cfr. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho...*, cit., pág. 122.

mún sobre negociación colectiva<sup>139</sup>, obligatoriedad ésta que, en el contexto del reseñado precepto y aunque sea de «forma solapada»<sup>140</sup>, consagra la eficacia inmediata de todo convenio (o acuerdo) colectivo; esto es, la aplicación directa sin necesidad de actos de incorporación al contrato individual.

Además del efecto automático, los convenios y acuerdos colectivos —todos ellos, sin adjetivación alguna— también tienen reconocida una eficacia imperativa, al decretar el art. 3.1.c ET la nulidad de las estipulaciones contractuales, procedentes de la autonomía individual, desfavorables o contrarias a las reglas contenidas en aquellos. Este precepto legal prohíbe, en suma, las derogaciones *in peius* del contenido normativo del pacto, salvo que la propia autonomía colectiva hubiera removido esta restricción, consintiendo a las partes del contrato disponer del tratamiento colectivo. Una interpretación sistemática de los arts. 3.1.c y 3.5 ET permite configurar la eficacia inderogable (relativa) de los convenios colectivos como una medida promocional del interés colectivo a la efectiva aplicación de la parte normativa de carácter *half-mandatory*.

La atribución por el art. 3.1 ET, apartados b) y c), a los convenios colectivos, sea cual fuere su ámbito personal, de una eficacia real en su doble vertiente de eficacia inmediata y eficacia imperativa desarrolla en plenitud la garantía constitucional de la fuerza vinculante. Con la interpretación de aquellos preceptos como la que aquí se propone, el tradicional divorcio entre legalidad constitucional y legalidad ordinaria queda reconstruido; entre una y otra legalidad no hay ni fisuras ni cesuras. Pero esta reconstrucción, que también facilita la reconciliación de la realidad jurídica con la realidad social, instala la diferencia entre los convenios (o acuerdos) estatutarios y los que no acceden a esta condición en el único terreno que en verdad corresponde.

La diferencia no estriba ni en su origen, que en ambos casos es uno y el mismo, el poder de autonomiación social del que disponen los grupos sociales organizados de representación de intereses de empresarios y trabajadores, ni en el tipo de mutaciones que despliegan en el mundo de las relaciones laborales individuales; el modo de aplicación de uno y otro sobre éstas es idéntico, sustanciándose en una eficacia automática e imperativa o inderogable. Tampoco consiste su diferencia en una distinta naturaleza jurídica. En la medida en que el art. 37.1 CE y el ET garantizan la función económico-social típica de cualquier acto nacido del ejercicio de la libertad contractual colectiva, y al que la Constitución identifica con el *nomen* más clásico y tradicional con el que viene universalmente reconocido, las *arbeitsnormen* de todo convenio colectivo pueden ser calificadas como normas jurídicas, siempre y cuando se tenga claro que para que un pacto colectivo sea calificado como tal no es preciso que sea una fuente de Derecho que cree derecho objetivo; basta que modifique el orden jurídico y que sus disposiciones se impongan sobre las relaciones laborales individuales de manera automática e imperativa<sup>141</sup>. Pero la eficacia real constitucio-

<sup>139</sup> Sobre el concepto de principio jurídico y sus diferencias con la regla jurídica, *vid.*, por todos, MARTÍN VALVERDE, A, «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos», *REDT* 2002, núm. 114, págs. 813 y ss.

<sup>140</sup> Cfr. GARCÍA MURCIA, J., «Comentario al artículo 82», en Monereo, J.L. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares) 1998, pág. 872.

<sup>141</sup> Nuevamente me remito a mi obra *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 85 y ss. Recientemente, es ésta la tesis aceptada por RIVERO LAMAS, «Las relaciones entre la Ley...», cit., pág. 116.



nalmente garantizada a los convenios colectivos no transforma su radical naturaleza, que en un sistema de libertades no puede ser otra que la propia del contrato<sup>142</sup>. Desde esta perspectiva, creo que el carácter híbrido al que se refiere la metáfora carneltutiana no reside en la naturaleza del convenio colectivo, en el cuerpo del convenio, que responde siempre a la estructura de los negocios jurídicos contractuales; es su eficacia (su alma) la que es mestiza, ya que, en atención a las funciones que el convenio cumple, dicha eficacia puede ser a veces meramente contractual y en ocasiones, en cambio, desplegar los efectos propios de una norma cogente. En suma, convenios (o acuerdos) colectivos estatutarios y convenios (o acuerdos) no estatutarios desarrollan con la misma e idéntica intensidad la función normativa históricamente asociada a las expresiones de la autonomía negocial. Unos y otros comparten una común naturaleza contractual; y ambos, igualmente, tienen constitucional y legalmente asegurados unos efectos automático e imperativo en la aplicación de sus cláusulas normativas<sup>143</sup>.

La diferencia jurídica primera y esencial entre uno y otro tipo de convenio colectivo termina residiendo, lisa y llanamente, en la extensión subjetiva de su eficacia jurídica. Mientras los convenios intraestatuto alcanzan a todos los trabajadores y empresarios incluidos en la unidad de negociación, los convenios extraestatuto utilizan como criterio de aplicación la relación afiliativa o asociativa; en definitiva, el principio de representación.

<sup>142</sup> Por consiguiente, no comparto en modo alguno la tesis de quien (cfr. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., págs. 122 y ss.) entiende que la naturaleza del convenio como fuente formal de derecho constituye el estadio superior en el proceso de evolución de la eficacia del convenio colectivo. Una tesis semejante se nutre de una visión extremadamente formalista y binaria del universo jurídico; una visión en la que entre la norma jurídica, como fuente formal del Derecho, y el contrato, dotado de una eficacia meramente contractual, se encuentra el reino de la nada. Sin embargo y gracias a los esfuerzos doctrinales de algunas generaciones de ilustres juristas (entre los cuales Kelsen brilla con luz propia) y a las iniciativas de legisladores audaces y socialmente reformistas, ese reino se encuentra hoy habitado por una notable serie de actos jurídicos con valencia normativa o, si se prefiere, contratos con eficacia normativa. El convenio colectivo se halla, afortunadamente, entre esos habitantes.

<sup>143</sup> La equiparación de los convenios colectivos a las normas estatales a ciertos y limitados efectos (por ejemplo, a efectos de publicación en los Boletines Oficiales o de acceso al recurso de casación por violación por la sentencia de instancia del convenio colectivo) no transmuta la naturaleza del convenio estatutario.





## LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA AL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA \*

JUAN GARCÍA BLASCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Zaragoza

### EXTRACTO

Desde que el Tribunal Constitucional se creó ha elaborado una jurisprudencia trascendental para la aplicación e interpretación de los derechos colectivos y de la autonomía colectiva. Esta doctrina se ha proyectado sobre la libertad sindical y, en particular, sobre la negociación colectiva, de forma que este último derecho dispone hoy de una visión y referente constitucional trascendental para el conocimiento de su contenido y alcance. La correcta interpretación de la negociación colectiva exige así el conocimiento de la jurisprudencia constitucional que se proyecta sobre distintas manifestaciones del ejercicio de este derecho y que constituyen la base y fundamento para la identificación y resolución de distintas cuestiones y problemas en su dimensión constitucional. Esa jurisprudencia responde a cuestiones relacionadas con el propio contenido esencial de la libertad sindical y su integración por la negociación colectiva, la actuación del sistema de fuentes, los límites constitucionales, el carácter jurídico de lo pactado, su relación con la autonomía individual, el contenido negocial o el papel regulador de la norma legal, entre otras.

\* La presente aportación tiene su origen en la Ponencia sobre esta misma materia expuesta en el Encuentro sobre Derecho del Trabajo y Constitución Española: 25 años de convivencia, organizada por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en septiembre de 2003, en Sevilla. Se ha optado por una aproximación sintética e identificativa de la jurisprudencia constitucional sobre negociación colectiva, poniendo de relieve la doctrina fundamental en la materia, dejando para otro momento una valoración crítica de su contenido y alcance.

## ÍNDICE

1. LAS VÍAS PARA LA ELABORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
2. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD SINDICAL
  - 2.1. Los titulares del derecho
  - 2.2. Negociación colectiva por sujetos extrajudiciales
  - 2.3. Negociación colectiva y tutela en amparo
3. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 3.1. El papel de la ley y la fuerza vinculante del convenio colectivo
  - 3.2. El convenio colectivo en el sistema de fuentes
  - 3.3. Cobertura constitucional de la negociación colectiva y experiencias de eficacia limitada de los convenios colectivos
4. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 4.1. Negociación colectiva y principio de igualdad
  - 4.2. Negociación colectiva y conducta antisindical
5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATUTARIA Y EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO
  - 5.1. La eficacia jurídica normativa
  - 5.2. Negociación colectiva, autonomía individual y poder empresarial
6. EJERCICIO DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REGULACIÓN LEGAL
  - 6.1. Legitimación negocial y representación de intereses
  - 6.2. Negociación colectiva y proceso negociador
7. CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LÍMITES A LA EXTENSIÓN MATERIAL DEL CONVENIO COLECTIVO
  - 7.1. Algunos contenidos del convenio colectivo
  - 7.2. Extensión de la negociación colectiva y ejecución de la legislación laboral
8. ESTABILIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROYECCIÓN JURISDICCIONAL

## 1. LAS VÍAS PARA LA ELABORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Frente a lo que se pudiera pensar, puede deducirse y afirmarse que la doctrina constitucional en estos casi veinticinco años en materia de negociación colectiva no ocupa una posición modesta, aún cuando, como se sabe, el derecho a la negociación colectiva no es, por su ubicación sistemática en la CE (art. 37.1), un derecho fundamental.

Las vías o fórmulas a través de las cuales el TC ha tenido oportunidad de examinar y abordar la relevancia y el significado constitucional del derecho a la negociación colectiva han sido fundamentalmente tres:

- 1) A través de la interposición y de la correspondiente resolución de recursos de amparo por lesión del derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 CE. De esta forma, la negociación colectiva ha logrado filtrarse hasta donde no le permitía su pertenencia a la Sección Segunda del Capítulo II de la CE. Ello ha dado lugar así a lo que doctrinalmente se ha denominado una jurisprudencia lenta y suave sobre negociación colectiva.
- 2) Por la vía de la interposición y de la resolución de recursos de amparo por lesión de otros derechos fundamentales, especialmente los derechos reconocidos en los artículos 14 (igualdad y no discriminación), 24.1 (tutela judicial efectiva) y 28.2 (huelga) de la CE. A través de esta fórmula se ha procedido a un control y revisión constitucional del resultado y del ejercicio de la negociación colectiva, no exenta, en ocasiones, de confusión con cuestiones de legalidad ordinaria.



- 3) Por medio de los recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad o conflictos positivos de competencia en los que queda afectada la negociación colectiva, si bien en menos cantidad que por las vías anteriores.

Se trata, por tanto, de una jurisprudencia casi siempre en conexión con el ejercicio de otros derechos constitucionales que ha llevado a la doctrina a hablar de una jurisprudencia algo incompleta, irregular en su aparición y, sobre todo, condicionada por el análisis de otros derechos fundamentales alegados en amparo. Desde mi punto de vista esta conclusión puede matizarse, sobre todo, una vez valorada esa jurisprudencia a la altura del año 2004. Como ha resaltado la doctrina, las sentencias constitucionales han sentado doctrina sobre la interpretación «constitucionalmente correcta» de las normas infraconstitucionales lo que materialmente implica una cierta función nomofiláctica, que ha tenido lugar así, entre otras materias, en la referida a la negociación colectiva.

A modo de síntesis o balance de esa producción jurisprudencial, intensa y extensa, en materia de negociación colectiva, puede decirse que abarca siete grandes bloques temáticos, que se examinan a continuación.

## **2. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD SINDICAL**

### **2.1. Los titulares del derecho**

Una jurisprudencia pionera del Tribunal Constitucional ha reconocido así que el derecho a la negociación colectiva por parte de los sindicatos se integra dentro del contenido esencial de la libertad sindical (SSTC 10/82; 23/83, entre otras), como una de las facultades así de la propia libertad sindical (STC 80/2002), aunque en otros casos habla de contenido adicional de la libertad sindical. De este modo, los derechos de actividad del sindicato, entre ellos la negociación colectiva, se incorporan al contenido esencial del Derecho (STC 121/2001), constituyendo el núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical. Al conformar el contenido esencial de este último derecho fundamental, determinadas lesiones del contenido de la negociación colectiva, cuando se dan frente a un sindicato y, por su entidad y trascendencia, suponen una radical y arbitraria eliminación o desconocimiento del mismo y de la actuación colectiva, pueden propiciar el amparo constitucional por deducirse de esa conducta una lesión directa del derecho de libertad sindical (STC 208/93).

La libertad sindical comprende también, de esta manera, aquellos medios de acción que contribuyen a que el sindicato pueda desarrollar la actividad a que está llamado desde la CE (art. 7), incluyéndose entre ellos la negociación colectiva. Sin esta última, el sindicato no puede desarrollar las funciones de dicho precepto constitucional (STC 145/99). Se trata además de un derecho (con la huelga y los conflictos) que forma parte del núcleo mínimo e indispensable sin el cual la libertad sindical no sería reconocible (STC 39/86). La negociación colectiva alcanza así al sindicato en cuanto representación institucional al que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses (SSTC 3/82; 18/94).

Por el contrario, del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no se puede derivar como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos

vinculantes (STC 57/82). Confirma así el TC, en un primer momento, que la CE no reconoce expresamente a los funcionarios públicos el derecho a la negociación colectiva. Mas recientemente, sin embargo, ha reconocido que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical (SSTC 80/2000, 224/2000, 85/2001), aunque sigue siendo una de las cuestiones pendientes desde esa perspectiva, pues la doctrina elaborada por el TC se ha referido exclusivamente al ámbito laboral donde sí está reconocido expresamente el derecho a la negociación colectiva, sin que se haya trasladado automáticamente esa conclusión al ámbito de la relación funcionarial. En consecuencia, es el legislador el que reconoce el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos siendo la ley la que fija y delimita los cauces a través de los cuales se ha de desarrollar su ejercicio, siendo en el plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva laboral y funcionarial y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido de la libertad sindical (STC 80/2000).

## 2.2. Negociación colectiva por sujetos extrasindicales

Aunque las previsiones anteriores no impiden que actividades materialmente sindicales como la negociación colectiva puedan ser desarrollados por sujetos distintos de los sindicatos (representantes de trabajadores y empresarios a que se refiere el artículo 37.1 CE), aquellas no están cubiertas por la libertad sindical. Se alude así a otros representantes unitarios, de forma que la CE no reserva en exclusiva a los sindicatos la negociación colectiva (STC 134/94). Lo que no tienen constitucionalmente garantizado estas instancias es la libertad sindical.

No queda, por tanto, amparada bajo la libertad sindical la actuación de otros sujetos sindicales a quienes la legalidad pueda atribuir funciones de negociación colectiva (SSTC 134/94; 119/83). Son figuras así de creación legal, correspondiendo a la Ley ordenar sus competencias y funciones que quedan además a su libre disponibilidad.

Por consiguiente, los representantes de los trabajadores cuentan con un poder de actuar y afectar a las esferas jurídicas de otros (STC 57/89), ofreciendo el artículo 37.1 CE numerosas posibilidades de imputación subjetiva (STC 139/94)

## 2.3. Negociación colectiva y tutela en amparo

Consecuente con la naturaleza y la ubicación sistemática del artículo 37.1 CE, la negociación colectiva no es, en si misma, tutelable en amparo (STC 98/85).

Ahora bien, es susceptible de amparo cuando existan lesiones de ese derecho que impliquen una lesión de la libertad sindical (STC 208/93). Determinadas lesiones así de la negociación colectiva cuando se dan frente a un sindicato y suponen, por su entidad y trascendencia, un desconocimiento del mismo pueden lesionar la libertad sindical (STC 45/84).

Ello significa que las infracciones del artículo 37.1 CE no son siempre violación de la libertad sindical (STC 118/83). La libertad sindical no alcanza, por ejemplo, a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del Comité de Empresa (STC 74/96).



De conformidad con esta configuración, el recurso de amparo por violación de la libertad sindical ha sido la vía y el instrumento más utilizado para la elaboración de buena parte de la jurisprudencia constitucional sobre negociación colectiva.

### 3. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El derecho a la negociación colectiva es por lo dicho una facultad que no deriva de la Ley, sino propia de la CE en el artículo 37.1.

Es un derecho así de inmediata vigencia, que como derecho de libertad puede existir sin necesidad de intervención de la Ley. No es, por tanto, un derecho de naturaleza legal, sino constitucionalmente ejercitable, sin mayor apoyo normativo, por los representantes de empresarios y trabajadores titulares del derecho según el artículo 37.1 CE (SSTC 58/85; 92/92).

#### 3.1. El papel de la Ley y la fuerza vinculante del convenio colectivo

La afirmación anterior tiene evidentes consecuencias, a veces problemáticas, que plantean interrogantes no siempre resueltos por la jurisprudencia constitucional.

Así sucede con el papel de la Ley, que debe garantizar el ejercicio del derecho y la fuerza vinculante del convenio colectivo. De ahí que la intervención legislativa no carezca de trascendencia para el ejercicio y el disfrute de ese derecho constitucional.

El artículo 37.1 CE permite, de esta manera, al legislador ordinario realizar una opción normativa de selección de un tipo concreto de negociación caracterizada por una determinada legitimación negocial y por una eficacia particular de los convenios colectivos frente a ella (SSTC 4/83; 73/84; 57/89). La intervención normativa prevista en el precepto constitucional sirve así para crear un orden especial de convenios colectivos caracterizados por la selectiva legitimación y la particular eficacia jurídica que se les atribuye.

Sin embargo, esta opción legal no supone que con ella se agote la existencia de otros acuerdos colectivos con base en el artículo 37.1 CE. La legítima opción legislativa del convenio colectivo de eficacia general no agota, pues, la virtualidad del precepto constitucional en cuestión (SSTC 73/84; 108/89), de forma que el derecho a la negociación colectiva de eficacia reducida debe estar reconocido a todo sindicato (SSTC 98/85; 108/89).

De esta forma, la existencia de un doble orden de convenios colectivos, existiendo una Ley para uno de ellos, es una exigencia de la libertad sindical. El elemento clave es así la fuerza vinculante de los convenios colectivos o el plus de eficacia del que está dotado el convenio colectivo de la opción legislativa. El papel de la Ley no viene a ser otro que el de proporcionar eficacia especial a determinados convenios colectivos. Esta consideración es relevante, pues la tesis del Tribunal Constitucional acaba así reduciendo el alcance del artículo 37.1 CE (luego me referiré a los convenios colectivos extraestatutarios), ya que se le niega, por sí mismo, la actitud para conferir, sin mediación legal, a los convenios colectivos una eficacia más amplia.

En este contexto, la jurisprudencia constitucional se ha centrado, sobre todo, en la naturaleza y eficacia de los convenios colectivos estatutarios, afirmándose de ellos que tie-

nen valor normativo y una fuerza vinculante que se traduce en eficacia erga omnes (STC 4/83); en eficacia personal general (STC 73/84) al tratarse de una norma y no sólo de un contrato, que se integra en el sistema de fuentes (STC 58/85); o en una negociación de eficacia general que asegura su valor normativo (STC 57/79).

La garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica de esta manera, en una versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica, en cuya virtud el contenido normativo de aquellos se incorpora a las relaciones individuales de trabajo de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización, ni necesitar el complemento de voluntades individuales (STC 58/85, que es una de la más relevantes de la jurisprudencia constitucional sobre la negociación colectiva). Ello implica que no sea necesaria la aceptación individual de lo pactado (STC 177/88), que resulta así ajeno a la configuración constitucional de la negociación colectiva.

Las consecuencias de este planteamiento suponen que no cabe, a través de la aceptación individual de los trabajadores de una oferta formulada por la empresa, la modificación de lo establecido en el convenio colectivo (STC 105/92). Si prevaleciera la autonomía de la voluntad individual en ese supuesto, quebraría el sistema de la negociación colectiva conformado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios colectivos constitucionalmente garantizada (STC 208/93).

En consecuencia, el artículo 37.1 CE ampara igualmente a los convenios colectivos estatutarios y a los extraestatutarios (STC 189/89). Lo que sucede es que la fuerza vinculante equivale a eficacia normativa, real o inderogable, pero no así a eficacia personal general, que es competencia del legislador. Esta característica queda ligada al ámbito de aplicación del convenio, cuestión que corresponde ordenar, por lo dicho, al legislador ordinario cuando desarrolle la garantía constitucional, de manera que será, en su caso, el cumplimiento conjunto de varios requisitos legales lo que determine la más amplia extensión personal del convenio colectivo. Pero independientemente de que se cumpla o no con tales requisitos de origen legal, todo convenio tiene eficacia jurídica normativa, tenga alcance personal general o más limitado. La opción legal por el convenio de eficacia general o «erga omnes» (art. 82.3 LET) es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de la mayoría representativa que la LET exige para la regularidad del convenio colectivo (STC 108/89), si bien esta opción no es, a la postre, excluyente (STC 98/85).

### 3.2. El convenio colectivo en el sistema de fuentes

Aunque la jurisprudencia constitucional no ha operado un auténtico análisis sobre qué se debe entender como fuente del derecho, esto es, si lo es la autonomía colectiva, la negociación colectiva o el convenio colectivo, puede deducirse que este carácter se lo confiere al convenio colectivo (se deduce de la STC 151/94).

De esta forma, el convenio colectivo se integra en el sistema de fuentes del Derecho, lo que supone el respeto del derecho necesario establecido en la Ley, que ocupa una posición jerárquica superior, pudiendo despegar su virtualidad limitadora de la negociación colectiva a través de la reserva para sí de determinadas materias. La relación, por tanto, entre Ley y convenio colectivo, no es una relación entre norma delegante y delegada (STC 58/85). La fuerza vinculante no excluye así la subordinación de los convenios colectivos a las

normas de rango superior (STC 92/94). Y en la medida en que son normas jurídicas, los convenios colectivos están sujetos al principio de publicidad (STC 151/94).

La consecuencia de la subordinación del convenio colectivo a la Ley supone así que no vulneraría el artículo 37.1 CE el hecho de que una Ley entre en vigor inmediatamente y se imponga sobre los convenios colectivos vigentes (STC 210/90). Del artículo 37.1 CE no se deriva que lo establecido en el convenio colectivo permanezca inalterado, de forma que no se puede pretender, al amparo de dicho precepto, la postergación de la plena efectividad de la norma legal. Si esa intervención normativa ha alterado el equilibrio interno del convenio colectivo, lo que procederá será su renegociación.

Por otro lado, esta sujeción del convenio colectivo, que debe respetar, en todo caso, los derechos fundamentales de la CE (STC 117/98) al poder normativo del Estado no permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de sus disposiciones, pues ello es contrario a la fuerza vinculante de los convenios colectivos (STC 92/92). Es contraria así al artículo 37.1 CE una interpretación del artículo 41 de la LET que permita a la Administración autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previas y reguladas en un convenio colectivo.

Se trata, en definitiva, de asegurar un espacio vital para la negociación colectiva, que debe ser respetado por la Ley, de manera que quedará afectado si esta última asume un protagonismo tal que la negociación colectiva se reduce a una posición marginal. ¿Hasta dónde y con qué contenido y alcance? Es una cuestión toda ella pendiente desde la perspectiva constitucional.

Ahora bien, el respeto del convenio colectivo por la norma de derecho necesario establecida en la Ley puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva, pudiendo igualmente de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la negociación colectiva (58/85). Una manifestación clara de esta posibilidad la constituyen los límites salariales para la negociación colectiva en el ámbito público fijados en las Leyes de Presupuestos (SSTC 96/90; 62/2001; 24 y 67/2002).

### **3.3. Cobertura constitucional de la negociación colectiva y experiencias de eficacia limitada de los convenios colectivos**

Como se ha dicho, el artículo 37.1 CE otorga a la denominada negociación colectiva estatutaria y extraestatutaria (STC 73/84), de forma que la legítima opción del legislador a favor de un convenio colectivo dotado de eficacia personal general no agota la virtualidad del precepto constitucional.

Ahora bien, la negociación colectiva extraestatutaria no debe imposibilitar jurídicamente la negociación colectiva de eficacia general (STC 108/89). Por el contrario, la adhesión de trabajadores a un convenio colectivo extraestatutario no lesiona el eventual derecho a la negociación de un convenio colectivo de eficacia general del sindicato. Como tampoco viola el derecho a la negociación colectiva general el que un convenio colectivo extraestatutario surja en el contexto de una negociación de eficacia general (STC 108/89).

Carentes de una regulación legal propia, los convenios colectivos extraestatutarios se rigen directamente por lo dispuesto en el precepto constitucional que los ampara y por las reglas comunes del Derecho Civil de la contratación (STC 121/2001).

En consecuencia, la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado, pues, sobre el carácter de los convenios colectivos extraestatutarios. Cabe así deducir que no son normas jurídicas y que carecen de efecto imperativo y automático, teniendo eficacia personal limitada. La fuerza vinculante de los convenios colectivos no sería, por tanto, igual en todos los casos, aunque todo convenio colectivo está dotado de fuerza vinculante (la eficacia real del convenio colectivo).

#### 4. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva debe respetar, como se ha dicho, los derechos fundamentales (STC 187/88). De ahí que se impongan límites a esta fuente reguladora de condiciones de trabajo y empleo desde la protección de otros derechos constitucionales que pudieran verse afectados por ella.

No obstante, al ser la autonomía colectiva expresión también de la autonomía privada, según la propia jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales y las exigencias anudadas a su reconocimiento y ejercicio no tienen el mismo alcance que en otros contextos, sobre todo en el público. Su aplicación en el escenario de la negociación colectiva debe ser matizada, a fin de que se haga compatible con otros valores inherentes a la autonomía de la voluntad. La negociación colectiva así, aunque no puede sustraerse las exigencias de los derechos fundamentales y, en particular, a la prohibición de discriminación, ha de recuperar y atender, de otro lado, a las circunstancias que están presentes en la fuente autonómica, a la lógica de los compromisos y contrapartidas a los que responde su naturaleza consensual y negocial que les proporciona unidad y coherencia y a las implicaciones presentes y futuras de sus pactos siempre que resulten constitucionalmente admisibles (STC 27/2004).

La negociación colectiva puede, en consecuencia, regular, en tanto no contradiga lo ordenado por la Ley, las condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a aquéllos a la negociación colectiva (STC 58/85). Cuestión distinta es que la negociación colectiva tenga la obligación de «regular derechos fundamentales, pues no se comporta como una institución de garantía de estos últimos, sin perjuicio, eso sí, de observar y respetar su contenido.

Y en este contexto, la mayor parte de la jurisprudencia constitucional se ha proyectado sobre la conexión entre negociación colectiva y principio de igualdad, habida cuenta que la incardinación de la primera en el sistema de fuentes implica las exigencias derivadas del derecho a la igualdad y no discriminación (STC 117/89).

##### 4.1. Negociación colectiva y principio de igualdad

En consecuencia, el derecho reconocido en el artículo 14 CE vincula a la negociación colectiva (STC 177/88), de forma que la autonomía de las partes debe respetar el principio de no discriminación, al menos respecto de los convenios colectivos estatutarios por su integración en el sistema de fuentes. Cuestión distinta pudiera ser el caso de los convenios colectivos extraestatutarios, que no ha sido tratada por la jurisprudencia constitucional.

Esa sujeción al principio de no discriminación ha encontrado aplicación indiscutible en trabajos diferenciados basados en circunstancias o motivos ilegítimos expresamente mencionados en el artículo 14 CE. Es el caso del diferente trato salarial por razón de edad (STC 31/84) o las diferencias salariales indirectas por razón de sexo (STC 145/91).

En términos diferenciados se sitúa la conexión de la negociación colectiva con el principio general de igualdad de trato. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el artículo 14 CE prohíbe la discriminación, pero no obliga a una igualdad de trato (STC 34/84), y ello en base al principio de autonomía de la voluntad, aunque fuertemente limitada en el ámbito jurídico laboral.

La desigualdad de trato debe encontrar así, para su acomodo constitucional, una justificación objetiva y razonable. La diferencia debe ser así razonable, objetiva y proporcional (STC 177/88), exigencias que están permanentemente presentes en la jurisprudencia constitucional. Los convenios colectivos son así el ámbito de regulación prioritaria defensora por naturaleza de las condiciones de trabajo. Por ello, el derecho a la igualdad tiene aquí perfiles propios, limitaciones y matices y un diferente alcance, lo que obliga a examinar cada caso para deducir la justificación y razonabilidad de la diferencia establecida por la autonomía colectiva dentro de las circunstancias de la empresa o del sector (STC 171/89).

No toda diferencia de trato está, por tanto, prohibida o excluida, sólo la que carezca de una justificación objetiva y razonable, excluyendo el hecho de que por encontrarse recogida en un convenio colectivo ello justifique por sí la diferenciación (STC 52/87).

Este planteamiento ha estado presente en algunas decisiones constitucionales de relevancia como las siguientes:

- a) Las relacionadas con la exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de aplicación del convenio colectivo, que se considera arbitraria por conducir a condiciones de trabajo peyorativas. De esta forma, los principios de igualdad y no discriminación pueden actuar como límite para acordar el ámbito de aplicación personal de un convenio colectivo (STC 136/87).
- b) Las relativas al establecimiento en convenio colectivo de prestaciones salariales diferentes en su cuantía para los trabajadores fijos y eventuales, convirtiéndose aquí la desigualdad en discriminación (STC. 177/93). Si bien una jurisprudencia constitucional posterior ha entendido justificada la diferenciación por razón del esfuerzo físico y en el contexto de trabajo de distinto valor (STC 250/2000).
- c) Las referidas a la exigencia de retribuir con igual salario el trabajo de igual valor, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo (STC 161/91, entre otras muchas).
- d) Las situadas en el escenario de las denominadas escalas móviles de salarios por razón de la fecha de ingreso de los trabajadores, que ha merecido así una jurisprudencia reciente del TC en la que quedan, en su caso, algunas cuestiones todavía pendientes, pero que arroja ya algunas luces al debate jurisprudencial y doctrinal sobre esta materia. De conformidad así con la STC 119/2002, el principio de igualdad requiere en tales casos de dos presupuestos: 1) Que la diferencia de trato proceda de la medida normativa cuestionada (el convenio colectivo); 2) Que las situaciones subjetivas objeto de comparación sean homogéneas y equiparables. Si la consideración así de la fecha de ingreso como factor relevante para la determinación de los efectos retributivos no tiene en el convenio colectivo una finalidad selectiva o de discriminación de los trabajadores, ese tratamiento no merece re-

proche constitucional. (En el caso enjuiciado existía una progresión temporal de las categorías profesionales afectadas por la escala móvil.)

Pero ha sido la STC 27/2004 la que ha considerado, sin embargo, que se vulnera el derecho a la igualdad al fijar el convenio colectivo un plus salarial (de vinculación sustitutivo de la antigüedad) en cuantía diferente en razón, única y exclusivamente de la fecha de ingreso del trabajador en la empresa. En efecto, se concluye ahora en el caso enjuiciado, a diferencia de otros (SSTC 171/89 y 119/2002) la desigualdad de trato entre trabajadores que se encuentran en una misma situación de hecho y no simplemente entre colectivos que, aún perteneciendo a la misma entidad, realizan funciones distintas o poseen diversa caracterización profesional. Al fundarse la desigualdad que dispensa el convenio colectivo exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, ésta resulta contraria al artículo 14 CE en cuanto utiliza como criterios de diferenciación elementos que no pueden justificar tal desigualdad, al menos, «si no vienen completados por otros factores por sí mismos diferenciados o justificativos de las razones de la distinción de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad». Menciona así expresamente el TC, desde esta última perspectiva, que no consta en el presente caso pacto alguno que implique compromisos empresariales dirigidos efectivamente a compensar, favoreciendo a los trabajadores perjudicados por el trato salarial peyorativo al que se les somete, ni siquiera previsiones que con base en pautas de compensación o reequilibrio determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio asegurando su desaparición progresiva. Y esta es precisamente la circunstancia diferenciadora fundamental con el supuesto del que se ocupó la STC 119/2002.

- e) Las resueltas con ocasión de la prohibición de discriminación en el caso de recurrir a términos de evaluación sexualmente caracterizados, lo que exige el uso de criterios neutros basados en atributos igualmente predicables de ambos géneros. De esta forma, sólo con carácter excepcional puede ser considerado el esfuerzo físico como factor diferencial entre sexos (SSTC 58/94; 147/95). Puede ser así discriminatorio un convenio colectivo aparentemente neutro que recoja discriminaciones fácticas en la empresa a través de la subvaloración de tareas típicamente femeninas.

#### 4.2. Negociación colectiva y conducta antisindical

La conexión entre la libertad sindical y la negociación colectiva se pone también de manifiesto en comportamientos o conductas que, afectando a la negociación colectiva, persiguen una finalidad antisindical, lesionando, por tanto, uno y otro derecho. Existen así ejemplos en la jurisprudencia constitucional, como los relativos a la negociación al margen de la LET que haga jurídicamente imposible la negociación colectiva de eficacia general, como el resuelto en la STC 108/89.

Cabe deducir así que un rechazo injustificado de negociaciones puede lesionar la libertad sindical si la única finalidad es impedir al sindicato solicitante el desarrollo de la actividad sindical. Esto es, aunque no toda limitación de la capacidad de actuación de un sindicato determina una vulneración de la libertad sindical, tal lesión se produciría cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación (STC 107/2000).



A esta doctrina ha llegado la STC 107/2000, señalando que la libertad sindical comprende, de esta manera, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado a fin de lograr el desarrollo efectivo de las finalidades recogidas en el artículo 7 CE (STC 145/99). La primacía así, como se dirá más adelante, de la autonomía colectiva sobre la individual en lo que se refiere a la configuración del sistema normativo laboral (STC 74/96) impide desconocer la incidencia real de la decisión empresarial en derechos sindicales sobre los que se proyecta la efectividad de aquella condición (STC 107/2000).

Algo parecido ha sucedido en el supuesto de exclusiones o minoraciones de presencia sindical en las comisiones creadas por los convenios colectivos con facultades negociadoras (Comisión Paritaria que asume una verdadera negociación, SSTC 73/84, 9/86, 184/91 y 213/91). Es también el caso de la utilización de las mayorías legales para alcanzar un convenio colectivo estatutario con exclusión de otro sindicato legitimado para negociar (STC 137/91).

## **5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATUTARIA Y EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO**

### **5.1. La eficacia jurídica normativa**

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado también de analizar la eficacia jurídica del convenio colectivo y de las consecuencias anudadas a esa caracterización al hilo precisamente del artículo 37.1 CE.

De conformidad con su doctrina, el convenio colectivo es de aplicación automática a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito, consecuencia a su vez del ingreso de aquél en el sistema de fuentes del Derecho (STC 58/85). Por consiguiente, lo pactado en un convenio colectivo no se puede modificar por afectaciones individuales de los trabajadores a una oferta formulada por la empresa (STC 105/92). Lo contrario significaría la quiebra de la fuerza vinculante del convenio colectivo, con lo que el convenio colectivo tiene una virtualidad jurídica evidente que se impone a la autonomía individual.

Por otro lado, la eficacia personal «erga omnes» es consecuencia de la representatividad que asiste a las partes negociadoras del convenio (STC 108/89), si bien ésta última no ofrece relevancia constitucional (STC 124/87). Consecuencia de todos estos planteamientos es la imposibilidad de ningún tipo de interferencia administrativa en la determinación del ámbito funcional del convenio colectivo, pues vulneraría el artículo 37.1 CE.

### **5.2. Negociación colectiva, autonomía individual y poder empresarial**

La ampliación del papel regulador y normativo del contrato de trabajo en las condiciones de empleo de los trabajadores con la empresa repercute también sobre la negociación colectiva, dando lugar a una tensión evidente entre ambas autonomías negociales. También se ha ocupado la jurisprudencia constitucional de esta relación concluyendo, con base en fundamentos ya mencionados, la subordinación del contrato de trabajo al convenio colectivo (STC 105/92).

En consecuencia, la voluntad individual no puede modificar lo establecido en el convenio colectivo. No pueden utilizarse así pactos novatorios individuales en masa para alterar lo fijado en el convenio (SSTC 105/92 y 107/92), pues quedaría afectada la fuerza vinculante, así como la estabilidad del convenio colectivo. Cabe afirmar así el predominio de lo negociado colectivamente sobre lo pactado individualmente (STC 58/85).

Estas reglas se han elaborado con ocasión del análisis y estudio del valor y alcance del convenio colectivo estatutario, sin que esa vinculación quede clara si se trata de convenios extraestatutarios, lo que constituye una cuestión pendiente al menos desde la perspectiva constitucional.

No obstante, la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, que es también un valor protegible por la CE. La fuente autónoma individual puede actuar así en el espacio libre que le deja la negociación colectiva (STC 208/93). En particular, en una materia no regulada en la negociación colectiva, o en una materia regulada pero respetando la configuración y perfiles proporcionados por el convenio colectivo, esto es, la mejora de la regulación convencional. Sin embargo, el espacio dejado al ámbito de actuación de la autonomía individual no puede vaciar el contenido efectivo del convenio colectivo (STC 208/93). Hasta dónde se establece la frontera de una y otra actuación es también una cuestión pendiente desde el análisis constitucional.

Los planteamientos mencionados tienen conexión con la actuación unilateral del empresario. En efecto, el empresario puede incidir en la disciplina de las relaciones laborales, pero no lo puede hacer frente al derecho a la negociación colectiva del sindicato. Ello incluye el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente proceso de negociación y a su fuerza vinculante, a la vez que el respeto a los procedimientos de modificación convencional establecidos (SSTC 105/92 y 107/2000, esta última ya mencionada).

De conformidad con estas previsiones se produce una lesión de la libertad sindical cuando la actuación empresarial unilateral o convenida individualmente con sus trabajadores, amparada en el principio de facultades directivas de la libertad de empresa, afecta a la posición negociadora del sindicato, vaciando sustancialmente de contenido la libertad sindical (STC 208/93).

Se trata de una cuestión a la que se ha enfrentado la jurisprudencia constitucional en las SSTC 107/2000 y, sobre todo, 225/2001. Esta doctrina ha precisado los espacios (SSTC 105/92; 208/93 y 107/2000) de operación de la autonomía individual, tanto en aquellos en que puede actuar de forma ilimitada, como en los que su confluencia con la autonomía colectiva resulta ordenada por reglas de convivencia material o de exclusión conflictiva. Son contrarias así al artículo 28.1 CE las conductas individuales que busquen u ocasiones objetivamente, alterando la configuración y los perfiles de la regulación convencional, la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva por otro cualitativamente distinto. En tales casos, ni siquiera la pretendida mejora que pueda tratar de dar validez a la referida conducta podrá neutralizar la lesión que se produce con la modificación efectuada al margen de los sujetos que concertaron el convenio colectivo suplantado o de los procedimientos en él establecidos (STC 107/2000).

La utilización masiva de la autonomía individual para jugar sistemáticamente en detrimento y marginación de la autonomía colectiva se muestra, de esta manera, dudosamente compatible con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales. Con particular claridad, la STC 225/2001 entiende así que el empresario incurre en una lesión de la libertad sindical al fijar unilateralmente una condición laboral como el salario sin

intervención de los representantes de los trabajadores, aunque fuese mas beneficioso, perjudicando así la fuerza vinculante del convenio colectivo. En efecto, con la alteración producida en el caso enjuiciado por la STC 225/2001 se ha ocasionado un menoscabo de la posición institucional del sindicato, en su derecho a participar en la regulación de condiciones de trabajo, perjudicándose también la fuerza vinculante del convenio colectivo vigente en la empresa.

El riesgo de esta doctrina se encuentra en la extrapolación, en su caso, no matizada por los Tribunales ordinarios, pues se puede menoscabar el lícito ejercicio de la autonomía contractual que el propio TC ha avalado en otras Sentencias. La cuestión se centra así en saber cuando unas mejoras contractuales dejan de serlo y se convierten en una regulación suplantadora del convenio colectivo. Parece razonable atender para ello a datos objetivos que el TC pondera como elementos de valoración y que serían el alcance subjetivo de las mejoras, su incidencia sobre la regulación convencional en el tiempo en relación a la vigencia del convenio colectivo y la pretensión de las mejoras. Esto es, la suplantación y sustitución de la negociación colectiva dependerá del caso concreto, alcanzando a estos efectos relevancia el momento en que actúa la autonomía individual. Lo puede hacer así contra el convenio colectivo vigente, alterando o contrariando su contenido, en cuyo caso la autonomía individual aparece claramente limitada pues esa operación se debe hacer por los cauces legales establecidos (arts. 41 y 82.4 LET). Puede actuar también contra el derecho a la negociación colectiva, en cuyo caso el escenario de la autonomía individual es mas amplio pero no absolutamente libre, pues incluso respecto de materias reguladas en el convenio colectivo puede producirse una lesión de la libertad sindical si se elude la intervención de los representantes sindicales. Y ello sigue dependiendo de las circunstancias del caso: carácter de la materia, negociación previa fracasada, respeto al deber de negociar de buena fe, etc.

De otra parte, el convenio colectivo puede incidir en el terreno de los derechos individuales (STC 58/85). Se trata así de supuestos relacionados con la jubilación forzosa del convenio colectivo (sin entrar ahora en la posición del Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 9 de marzo de 2004 en esta materia) o la renuncia al ejercicio del derecho de huelga u otras acciones de conflicto durante la vigencia del convenio (SSTC 11/81 y 198/93). Lo contrario equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, pues la satisfacción de intereses individuales se obtiene, en muchos casos, por sus titulares a través de la negociación colectiva. En todo caso, esta incidencia sobre los derechos individuales requiere un análisis caso por caso, de forma que siguen existiendo cuestiones todavía pendientes desde el punto de vista constitucional, que requieren ese estudio individualizado.

## **6. EJERCICIO DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REGULACIÓN LEGAL**

El ejercicio por sus titulares del derecho a la negociación colectiva se ha revelado también como un derecho controvertido y polémico, que ha dado lugar a una jurisprudencia constitucional sobre ciertas manifestaciones o aspectos relacionados con aquél, en conexión, claro está, con el propio derecho fundamental a la libertad sindical. Es por ello que se ha

hablado por la doctrina de un velado control constitucional de la negociación colectiva que se proyecta fundamentalmente sobre las siguientes manifestaciones.

### 6.1. Legitimación negocial y representación de intereses

Es el supuesto relacionado con el fundamento de las reglas de legitimación en la LET vinculadas a la eficacia jurídica normativa y a la personal «erga omnes» del convenio colectivo. Los requisitos de legitimación traducen así el doble significado de constituir una garantía de la representatividad (STC 73/84). Por ello, estos requisitos no se requieren en los supuestos de convenio colectivo de eficacia limitada (STC 90/85).

La legitimación negocial de naturaleza estatutaria queda, de esta forma, vinculada a una representación institucional de intereses (SSTC 4/83 y 58/85). En base a esta consideración, las reglas de representación del artículo 87 LET no son disponibles (SSTC 73/84 y 184/91), de forma que esta indisponibilidad no se altera en los convenios colectivos de empresa, aunque la LET exige el reconocimiento de ambas partes como interlocutores. Se trata de reglas con propuesta cerrada, sin que se admitan fórmulas de apoderamiento de independientes a favor de los sindicatos acreditados (STC 12/83), sin que las reglas de legitimación del artículo 87 LET para la negociación colectiva supraempresarial atenten al derecho a la libertad sindical (STC 4/83).

Determinadas conductas ignorantes con ese derecho que asiste al sindicato a la negociación pueden ser lesivas de la libertad sindical, como la exclusión de aquel que tiene derecho a la negociación (STC 73/84). La condición de sindicato más representativo, tanto estatal como de Comunidad Autónoma, no necesita, por otro lado, acreditarse para cada ámbito concreto en que se proponga negociar, contando con el mínimo legal de representantes de los trabajadores (STC 57/87).

Las reglas de legitimación se aplican también a la revisión del convenio colectivo, pero no a su administración que está reservada sólo a los firmantes del convenio (STC 73/84). Ello es así siempre que se trate de vigilancia y control de lo pactado y no de una verdadera negociación material, esto es, con función de modificación o regulación de condiciones de trabajo que no se abre a otros sindicatos legitimados para negociar, fórmula de operar que sería, por tanto, lesiva de la libertad sindical (STC 184/91).

La ordenación reguladora de los cauces y de los órganos previstos en la negociación colectiva es, por lo dicho, indisponible. Esta imperatividad se manifiesta expresamente en el ámbito público, cuya negociación debe hacerse de acuerdo con las previsiones de la Ley 9/87, por lo que un sindicato no puede válidamente pretender obligar a la Administración a abrir un proceso negociador no previsto en esa Ley (STC 85/2001), sin que la negativa a una negociación lesione, por tanto, la libertad sindical. En tales casos, al sindicato no le asiste el derecho a disponer un proceso negociador al margen de los procedimientos y cauces establecidos legalmente, lo que refuerza el papel asumido por la Ley, particularmente en la negociación colectiva de los funcionarios públicos, al fijar expresamente por vía legal las unidades de negociación.

En este contexto de no disponibilidad y en el propio de la negociación colectiva pública, el TC ha señalado que se lesiona la libertad sindical de un sindicato al que se excluye de la negociación colectiva por no desconvocar una huelga (STC 80/2000). Fuese cual fuese la actitud del sindicato respecto del mantenimiento de una huelga y su apartamiento



de otros sindicatos respecto de la desconvocatoria, tal evento no puede incidir restrictivamente en el derecho a la negociación colectiva.

## 6.2. Negociación colectiva y proceso negociador

También el proceso negociador previsto legalmente para el ejercicio de la negociación colectiva ha sido objeto de análisis desde la perspectiva constitucional en un terreno de difícil deslinde, a veces, con la legislación ordinaria. Las manifestaciones más importantes alcanzan aspectos entre los que cabe distinguir lo referidos a las siguientes materias: a la autoridad laboral competente en la tramitación del convenio colectivo (SSTC 48/82 y 85/82); al porcentaje de representación unitaria de cada sindicato que debe reflejarse en la composición de la comisión negociadora (STC 137/91); a la imposibilidad de reducir el número de miembros de la comisión negociadora de manera injustificada (STC 137/91); al atentado a la libertad sindical que supone atribuir un menor número de puestos a un sindicato por una minoración injustificada de su representatividad o aumentar el número de miembros de otro sindicato (STC 187/87); así como a la posibilidad de adicionar a los resultados electorales obtenidos directamente por una federación, los obtenidos por los sindicatos vinculados orgánicamente a aquélla que se haya presentado a las elecciones sin las siglas de la federación.

De igual forma, el convenio colectivo adquiere el valor de norma, y como tal se publica. Por consiguiente, no puede el juez equiparar la norma con un hecho y la prueba de su existencia (STC 151/94).

## 7. CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LÍMITES A LA EXTENSIÓN MATERIAL DEL CONVENIO COLECTIVO

### 7.1. Algunos contenidos del convenio colectivo

La extensión material del convenio colectivo ha servido de base también para pronunciamientos constitucionales sobre el contenido de la fuente autónoma, sobre todo a través de su conexión con derechos como la igualdad (ya vista), la tutela judicial efectiva y la libertad sindical.

En efecto, se reconoce como punto de partida la existencia de una libertad negocial de los sujetos legitimados, si bien no tiene carácter absoluto ni es limitada, siendo la Ley la que puede fijar las fronteras. El TC ha acogido así, aunque de forma incidental, la distinción entre contenido normativo y obligacional del convenio colectivo (STC 184/91), centrandó su obligatoriedad a todos los afectados o sólo a los firmantes del convenio.

Ha reparado de esta forma en que el convenio colectivo carece de aptitud para alterar el contenido de las relaciones ajenas a las de trabajo (STC 187/94). Puede regular, como se ha dicho, el ejercicio de derechos fundamentales (STC 58/85), pero también debe respetarlos (STC 117/98). De esta forma, la consideración como inconstitucional de una parte del convenio colectivo por atentar a derechos fundamentales no puede combatirse por la vía de considerar el carácter unitario y orgánico del propio convenio colectivo (STC 189/93).

La Ley, por su parte, puede desplegar también en ocasiones una virtualidad limitadora de la negociación colectiva (STC 58/85). Por todo ello, el establecimiento en convenio colectivo de un plazo para recurrir internamente sanciones empresariales no interrumpe plazos procesales para la reclamación judicial (STC 136/96). El canon de negociación colectiva no es lesivo de la libertad sindical si es voluntario (STC 98/85). El contenido obligacional (cláusulas de paz) no se aplica a las relaciones individuales (STC 189/93).

## 7.2. Extensión de la negociación colectiva y ejecución de la legislación laboral

La pugna entre el Estado y las Comunidades Autónomas por el ejercicio de competencias también se ha proyectado sobre la negociación colectiva, particularmente en materia de extensión de convenios colectivos. Ello se ha traducido en una doctrina cuyos elementos fundamentales se manifiestan en el carácter reglamentario del acuerdo de extensión (STC 17/86), de forma que el acto de la extensión pertenece al ámbito de lo ejecutivo, pudiendo alcanzar el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma (SSTC 86/91 y 102/91). En consecuencia, la competencia para extender convenios colectivos dentro de los ámbitos territoriales corresponde, pues, a la Comunidad Autónoma de que se trate.

## 8. ESTABILIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROYECCIÓN JURISDICCIONAL

La necesidad de garantizar la eficacia vinculante del convenio colectivo y el propio resultado de la negociación colectiva ha merecido también una doctrina constitucional que se proyecta sobre la solución extrajudicial de los conflictos, las restricciones a la legitimación para impugnar el convenio colectivo y el derecho a la tutela judicial efectiva.

El interesado, aún pudiendo instar la puesta en marcha del proceso de oficio que corresponde a la autoridad laboral, carece de una acción propiamente dicha para exigir la remisión del convenio colectivo a la jurisdicción competente (STC 235/88). Ante una eventual negativa así de la autoridad laboral a esa solicitud, seguida de la publicación del convenio colectivo, el interesado debe intentar la defensa de sus derechos o intereses legítimos por otras vías, sin la medicación administrativa.

Se ajusta así a la Constitución la exclusión de la legitimación de los trabajadores individuales para controlar en abstracto los convenios colectivos, pues se trata de una limitación razonable y proporcionada (SSTC 4/87 y 47/88). Con ello se promociona la estabilidad del convenio colectivo evitando abrir vías que faciliten posturas obstruccionistas de aplicación de la norma, garantizando la fuerza vinculante del convenio. En la medida en que existen sujetos colectivos que encierran el interés común y que representan legalmente a los incluidos en el ámbito del convenio colectivo, los representados en dichos convenios pueden ver limitada su capacidad de impugnación de las normas pactadas (STC 12/96).

A los trabajadores siempre les queda abierta la posibilidad de defensa de sus derechos e intereses a través de la impugnación de los actos aplicativos del convenio colectivo (SSTC 56/2000 y 57/2002).

Es conforme así a la CE el art. 136.1 LPL, que excluye de los activamente legitimados para impugnar convenios colectivos a sujetos singulares. Se estima así que no consti-



tuye una lesión de la tutela judicial efectiva la declaración de falta de legitimación de jubilados para impugnar directamente la validez de un convenio colectivo (SSTC 10/96; 88, 89 y 90/2001).

No obstante, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de un sindicato si se inadmite una demanda por deducir del pacto que pone fin a la huelga una renuncia tácita al ejercicio de acciones judiciales.

Por último, el TC ha reparado también en el papel de las Comisiones Paritarias como instrumento de solución de conflictos, de forma que la intervención de esa Comisión no excluye el recurso a posteriores vías judiciales (STC 217/91). Este planteamiento encuentra plena justificación, al procurar una solución por medios autónomos, de forma que la intervención de la Comisión Paritaria es una manifestación de la propia autonomía colectiva (art. 37.1 CE) y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE) (STC 74/83).





## LOS ACUERDOS DE EMPRESA

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Oviedo

### EXTRACTO

Los acuerdos de empresa constituyen una modalidad de acuerdo colectivo potenciada por la legislación laboral de las últimas décadas para abordar la regulación de algunos aspectos muy particulares de las relaciones de trabajo y para hacer frente a necesidades de reestructuración o reajuste de la plantilla de la empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. No entrañan una transformación radical del sistema de negociación colectiva, pero le añaden un nuevo ingrediente que se caracteriza sobre todo por su mayor cercanía a los problemas de la empresa y sus menores exigencias formales. En conjunto, aportan mayores dosis de flexibilidad y capacidad de adaptación al ordenamiento laboral, y abren nuevas posibilidades de participación de los trabajadores en la gestión y organización de la empresa, con la consiguiente restricción (por vía de contractualización) de los poderes empresariales. A falta de un régimen jurídico específico, pueden asimilarse en términos generales a los convenios colectivos estatutarios, aunque sus funciones son mucho más singulares y limitadas, y su espacio de juego mucho más reducido. En buena medida están subordinados al convenio colectivo ordinario, respecto del que actúan normalmente en condiciones de supletoriedad y subsidiariedad, aunque en algunos casos están habilitados para apartarse expresamente del mismo («descuelgue»). Como modalidad de negociación colectiva expresamente respaldada por la ley, son vinculantes para los contratos de trabajo.

## ÍNDICE

1. LOS ACUERDOS DE EMPRESA COMO MANIFESTACIÓN SINGULAR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. LA APUESTA POR LOS ACUERDOS DE EMPRESA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES DE TRABAJO
3. OBJETIVOS Y FUNCIONES DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA
4. PARA UNA CLASIFICACIÓN Y TIPOLOGÍA DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA
5. LOS ACUERDOS DE EMPRESA EN EL CUADRO DE CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS
6. CONFIGURACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA
7. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFICACIA PERSONAL DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA
8. LOS ACUERDOS DE EMPRESA EN EL SISTEMA DE FUENTES DE LA RELACIÓN LABORAL

## 1. LOS ACUERDOS DE EMPRESA COMO MANIFESTACIÓN SINGULAR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva es, esencialmente, un procedimiento de carácter bilateral y compartido dirigido a la creación de reglas y a la composición de intereses entre las partes contendientes. Su objetivo habitual o preferente es la elaboración del típico convenio colectivo, entendido como conjunto de reglas y previsiones sobre las condiciones de empleo y de trabajo en el ámbito profesional correspondiente; convenio colectivo que, por cierto, puede estar en mayor o menor grado respaldado y acotado por la ley, y que puede elaborarse, por ello mismo, de acuerdo con determinadas exigencias y pautas legales (como ocurre entre nosotros con el convenio en sentido estricto o convenio «estatutario»), o, por el contrario, de una manera más informal, coyuntural o precaria (como suele ser el caso de los llamados, también entre nosotros, convenios «extraestatutarios»). Pero, más allá de esta formal distinción, lo cierto es que la negociación colectiva puede cumplir y cumple normalmente otras muchas funciones, y puede desembocar, en consecuencia, en otros variados instrumentos <sup>1</sup>.

Esas otras funciones tienen ya una dimensión mucho más aplicativa, por decirlo de algún modo. La negociación colectiva, en efecto, puede servir para la adopción de medidas concretas de gestión u organización del trabajo, puede contribuir a la solución de conflictos o tensiones, o a la apertura de cauces de diálogo, participación o consulta, puede asumir labores de adaptación o concreción de una norma pactada de carácter más general, o puede, en fin, limitarse a proveer a las partes de una regulación complementaria, accesoria o de contornos más precisos en determinadas parcelas de las relaciones de trabajo. Estos cometidos, mucho más delimitados y concretos, pueden desarrollarse desde luego a diferentes escalas, en distintos niveles y espacios, pero son propias sobre todo del ámbito empresarial, como la experiencia negocial pone de relieve. Es el ámbito de la empresa, en efecto, el más propicio y al mismo tiempo el más necesitado de ese tipo de intervenciones, por la sencilla razón de que constituye el espacio natural para la organización del trabajo y para la gestión de los correspondientes recursos humanos. Es en la empresa donde se toman las decisiones de contratación o de despido, donde es necesario precisar la forma de

<sup>1</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, «La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores», AAVV, *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial* (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), MTAS, Madrid, 2001, págs. 76 ss.

jornada o el calendario de trabajo, donde se deja notar el impacto de los costes salariales, donde puede practicarse en su sentido más genuino la participación de los trabajadores, o, por concluir, donde se suscita la mayor parte de las reclamaciones y demandas.

De ahí que en muchos casos esas otras funciones de la negociación colectiva sean abordadas mediante instrumentos de ámbito empresarial; de ahí también que, por su carácter complementario o periférico respecto de aquella otra función principal de regulación global de las condiciones de empleo y trabajo, tales funciones sean asumidas mediante formas de negociación menos aparatosas y formalizadas y dotadas de mayor agilidad y mayores reflejos. Es éste, a la postre, el escenario propio de los llamados «acuerdos de empresa», que se caracterizan sobre todo por su reducido ámbito (la empresa, o incluso un espacio inferior a la misma, como el centro de trabajo o el departamento empresarial) y por su carácter «monográfico», habida cuenta que por lo general se ciñen y limitan a un determinado asunto laboral o de empleo, ya sea para establecer reglas de aplicación general a la plantilla con pretensiones de cierta duración o permanencia (la ordenación de la jornada de trabajo, el sistema salarial, el protocolo de seguridad y salud en el trabajo, etc. ), ya sea para afrontar coyunturas concretas o especiales (procesos de reestructuración o reducción de plantilla, fenómenos de transmisión de empresa, conflictos o contenciosos de carácter colectivo, etc. ).

Negociaciones y acuerdos de este tipo siempre han existido —al margen ahora de que estuvieran o no previstos por la ley, o, como sucedió en nuestro país, de que tuvieran que desarrollarse en muchos momentos en condiciones de semiclandestinidad<sup>2</sup>—, tal vez porque son poco menos que imprescindibles para el adecuado desenvolvimiento de las organizaciones productivas. No puede extrañar, por lo tanto, que hayan constituido y sigan constituyendo un ingrediente importante tanto para la gestión empresarial como para la actividad sindical o representativa de los trabajadores, ni que conformen hoy en día, según todos los indicios, una parcela notable dentro del conjunto de la actividad de negociación colectiva desarrollada en nuestro país<sup>3</sup>. La negociación colectiva más típica o clásica, por decirlo de otra manera, no es en absoluto suficiente para abordar los problemas cotidianos de la organización del empleo y de la gestión de los recursos humanos en los recintos empresariales. La respuesta a esas necesidades, más concretas y limitadas pero igualmente perentorias, tiene que venir ineludiblemente de instrumentos más ligeros, más ágiles o incluso más espontáneos, y uno de ellos, quizá el primordial, es sin duda la negociación directa y permanente entre la dirección de la empresa y la representación de la plantilla. El acuerdo de empresa, desde esa perspectiva, es consecuencia de esa especie de reto al sistema de negociación colectiva.

Pese a su carácter histórico o tradicional, no cabe duda de que en los últimos tiempos se registra una creciente inclinación hacia ese tipo de negociación en el seno de las empresas y organizaciones productivas, lo cual es, al mismo tiempo, causa y resultado de algunas de las nuevas tendencias de la organización del trabajo y de la negociación colectiva,

<sup>2</sup> Vid. J. GARCÍA MURCIA, *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, págs. 58 ss. y bibliografía allí citada.

<sup>3</sup> Vid. S. DEL REY GUANTER y R. SERRANO OLIVARES, «Algunas consideraciones en torno a la experiencia negocial a nivel empresarial», AAVV, *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial* (XIII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), MTAS, Madrid, 2001, págs. 143 ss.

como viene mostrando, prácticamente sin excepciones, la experiencia comparada<sup>4</sup>. No cabe ninguna duda, por decirlo más claro, de que el acuerdo de empresa es, antes que nada, uno de los mejores exponentes de los procesos de descentralización y flexibilización que se vienen produciendo en la ordenación del factor trabajo dentro de las unidades productivas<sup>5</sup>. Ese tipo de acuerdos es, en verdad, el que permite tomar conciencia en mayor medida de las características y singularidades de cada empresa o cada ámbito de trabajo, y el que mejor puede aportar las adecuadas dosis de flexibilidad y versatilidad para hacer frente a las circunstancias, coyunturas o necesidades de cada momento. El acuerdo de empresa no es incompatible desde luego con una regulación de orden más general y de mayor estabilidad, con la que además tiene que convivir, pero con toda seguridad aventaja a ésta en capacidad de respuesta para aspectos concretos del trabajo, por su mayor cercanía y sus contornos más flexibles.

El acuerdo de empresa es asimismo manifestación de las nuevas formas de participación de los trabajadores en la organización y gestión de la empresa. Con carácter general supone, como ya hemos dicho, la apertura de nuevos cauces de diálogo y de consulta entre la dirección empresarial y la representación de la plantilla. Pero además entraña la contractualización de medidas o decisiones que de otro modo pertenecerían al ámbito de facultades propio de la titularidad o la dirección de la organización productiva. El acuerdo de empresa, en realidad, conjuga la típica función negociadora, presente en todo convenio o acuerdo colectivo, con los objetivos de participación en la toma de decisiones, más propia de los mecanismos de representación del personal y, concretamente, de los instrumentos de codecisión o codeterminación. El acuerdo vale desde luego para la creación de reglas pero también sirve, a veces mediante una misma operación, o respecto de un mismo asunto, para dar entrada a los trabajadores en la elaboración e implantación de medidas atinentes a la gestión de la empresa, especialmente cuando se refieren a la ordenación de sus recursos humanos. Bien puede decirse, por lo tanto, que los acuerdos de empresa constituyen un importante factor de limitación y modulación del poder de dirección empresarial<sup>6</sup>.

## 2. LA APUESTA POR LOS ACUERDOS DE EMPRESA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES DE TRABAJO

Como ya se ha dicho, el acuerdo de empresa es una realidad poco menos que ineludible en cualquier sistema de relaciones laborales, pues a la postre es fruto de una de las actividades que de forma más habitual y corriente se llevan a cabo en ese ámbito: la relación entre la dirección de la empresa y la representación del personal, con independencia de que tal relación esté más o menos institucionalizada o encauzada por la ley. De ahí que

<sup>4</sup> Vid. J. GARCÍA MURCIA, *Los acuerdos de empresa*, cit., págs. 25 ss.

<sup>5</sup> Vid. J. LÓPEZ LÓPEZ, «Acuerdos y pactos de empresa: ¿hablamos de ciudadanía social?», AAVV, *La eficacia de los convenios colectivos (XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 229 ss.

<sup>6</sup> Vid. R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 38 ss.

el acuerdo de empresa figure desde hace tiempo en la trayectoria de nuestro sistema laboral, aunque haya ido cambiando de faz y fisonomía a la par que ha cambiado la ordenación legal del sistema, y, más concretamente, a medida que se han ido institucionalizando la representación de los trabajadores y la negociación colectiva y se han ido ampliando las posibilidades o el campo de juego de una y de otra. En definitiva, si en sus primeros momentos el acuerdo o «pacto» de empresa no pudo ser más que el resultado más o menos ocasional de una «negociación colectiva informal», y no pudo lograr más que una existencia precaria, sobre todo por las estrecheces del marco legal<sup>7</sup>, paulatinamente fue abriendo sus contornos e incrementando su presencia, conforme recibía el pertinente reconocimiento y respaldo legal.

El acuerdo de empresa, en efecto, ha recorrido un largo periplo desde su mera emergencia en el contexto de las prácticas negociadoras en el ámbito de la empresa hasta su recepción expresa por parte de la ley. Con toda seguridad, lo que hoy conocemos como acuerdo de empresa tiene su raíz en los acuerdos impropios, atípicos o informales registrados en la experiencia negociadora de las décadas centrales del siglo pasado<sup>8</sup>, caracterizados, al igual que los actuales, por su desarrollo en el ámbito de la empresa, por la limitación de su contenido, por su fragilidad o precariedad desde el punto de vista formal, y por la variedad de sus objetivos y funciones. Fueron acuerdos que en determinados momentos históricos actuaron como alternativa o sucedáneo del convenio colectivo típico, pero que con el paso del tiempo, y el progresivo reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, fueron reduciendo su papel estructural para convertirse en instrumentos de colaboración o complemento del convenio, o en cauces de adaptación a la empresa, a veces mediante encargo expreso, de las reglas acordadas en ámbitos sectoriales, funciones todas ellas que, por cierto, recibirían el correspondiente marchamo legal con el paso del tiempo<sup>9</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con el convenio colectivo propiamente dicho, o, más genéricamente, con la negociación colectiva como fuente de regulación y de ordenación del trabajo, no cabía esperar para el acuerdo de empresa un papel protagonista dentro del ordenamiento jurídico, ni siquiera en un ordenamiento jurídico razonablemente desarrollado como el nuestro. Cabe decir, no obstante, que la normalización de nuestro sistema legal tras la transición política y la Constitución de 1978 supuso también una «juridificación» de los acuerdos de empresa, que dejaron de ser una mera experiencia práctica o, en su caso, un instrumento accesorio del convenio colectivo con vistas a su acomodación a la empresa, para adquirir sello propio en el ámbito de las relaciones de trabajo y asumir competencias y funciones singulares, directamente atribuidas por la ley. Sin perjuicio de alguna pre-

<sup>7</sup> Vid. M. ALONSO OLEA, *Pactos colectivos y contratos de grupo*, IEP, Madrid, 1955, págs. 138 ss. (reedición en Comares, Granada, 2000).

<sup>8</sup> Sobre esa interesante experiencia, J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, IELSS, Madrid, 1985, pág. 33; J. M. GOERLICH PESET, «Los pactos informales de empresa», SALA/GOERLICH/PÉREZ DE LOS COBOS, *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Acarl, Madrid, 1989, págs. 81 ss., y G. DIÉGUEZ CUERVO, «Nueva lección sobre negociación colectiva informal», VV. AA., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Prof. Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, págs. 258 ss.

<sup>9</sup> Vid. M. E. CASAS BAAMONDE, «Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses», *RL*, núm. 4 (1995).

visión anterior, más indirecta en cualquier caso<sup>10</sup>, este prácticamente proceso arranca con la primera versión del Estatuto de los Trabajadores (año 1980), donde se abrieron ya notables posibilidades de acción para los acuerdos de empresa y donde, a fin de cuentas, se trazaron los cauces básicos por los que iba a discurrir ese particular producto de la negociación colectiva: la regulación de determinadas condiciones de empleo o de trabajo en el ámbito empresarial<sup>11</sup>, la adopción de medidas o decisiones relativas a la configuración de la empresa pero con afectación directa a la plantilla de trabajadores<sup>12</sup>, y la ordenación de ciertas cuestiones atinentes a la representación y acción colectiva en los centros de trabajo<sup>13</sup>.

En todo caso, no fue ésa más que una primera fase en la recepción de la figura. La verdadera promoción de los acuerdos de empresa vino de la mano de la reforma del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo a través de la Ley 11/1994, con la que el acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación del personal dejó de ser una institución aislada u ocasional para convertirse en un procedimiento típico y corriente en la ordenación de las relaciones de trabajo dentro de la empresa, reforzando y ampliando aquellos primeros pasos<sup>14</sup>. Los acuerdos de empresa, en efecto, extendieron sus posibilidades de regulación a un mayor espectro de materias, pues, junto a la fijación de la fecha de abono de la segunda paga extraordinaria (art. 31 ET), que ya estaba prevista en la etapa anterior, pasaron a tener competencias en la determinación del sistema de clasificación profesional (art. 22. 1 ET) o del sistema de ascensos (art. 24. 1 ET), el establecimiento de reglas sobre documentación del salario (art. 29. 1 ET), la distribución anual de la jornada y a la determinación del tiempo diario de trabajo (art. 34. 2 y 3 ET), la modificación de condiciones establecidas en convenio colectivo (art. 41. 2 ET), o la fijación de un régimen económico especial en caso de descuelgue salarial (art. 82. 3 ET). El acuerdo de empresa, además, fue

<sup>10</sup> Se trata de los artículos 8 y 24 del RDL 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (DLRT), que hablaban ya del «acuerdo» o «pacto» como instrumentos para poner fin a la huelga o al procedimiento de conflicto colectivo, refiriéndose así, siquiera fuese implícitamente, a una modalidad de acuerdo de empresa (entre a representación de los trabajadores y la dirección de la empresa), puesto que en la concepción de esa norma legal la huelga o las medidas de conflicto no podían traspasar las fronteras del ámbito empresarial.

<sup>11</sup> Preceptos significativos a este respecto eran el art. 31 ET, que remitía la fijación de la fecha de abono de la segunda paga extraordinaria al «acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores», y el art. 38. 2. b) (ya desaparecido), que encargaba al «acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores» la tarea de optar entre la fijación de turnos rotatorios de vacaciones o la suspensión completa de actividades durante un periodo determinado.

<sup>12</sup> Sucedió así en los arts. 41, 47 y 51 ET, que sin emplear esa terminología, contemplaban a la postre procesos de negociación entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores en relación con los expedientes de regulación de empleo, a los que empezó a denominarse «acuerdos de reorganización productiva» (entre otros, F. PÉREZ DE LOS COBOS, «Los pactos de reorganización productiva», en Sala/Goerlich/Pérez de los Cobos, *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Acarl, Madrid, 1989, pág. 145).

<sup>13</sup> De cuestiones de este tipo se ocupaba, concretamente, el art. 78 ET, a propósito del momento de celebración de reuniones y asambleas en el centro de trabajo.

<sup>14</sup> Vid. A. OJEDA AVILÉS, «Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos», *AL*, núm. 17 (1995), pág. 253; J. RIVERO LAMAS, «Estructura y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa)», *DL*, núm. 43 (1994), págs. 55-56; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», *La reforma del mercado laboral* (coord. de F. Valdés Dal-Ré), Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 52 ss., y S. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La reforma de la negociación colectiva», *La reforma laboral de 1994* (coord. de M. R. Alarcón Caracuel), Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 394 ss.

contemplado de manera más clara como método para la adopción de aquellas decisiones relativas a la organización productiva pero con repercusión directa en la plantilla de trabajadores, como el traslado colectivo (art. 40 ET), la modificación de condiciones sustanciales de trabajo (art. 41 ET) o la suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo (arts. 47 y 51 ET)<sup>15</sup>. En el plano colectivo, en fin, el acuerdo de empresa mantuvo su tradicional competencia para determinar el momento de celebración de asambleas (art. 78 ET), y la amplió a la fijación del número de representantes legales de los trabajadores en caso de disminución significativa de la plantilla (art. 67. 1 ET). A este extenso campo de juego se unía alguna competencia anterior (como la de poner fin a una huelga o un procedimiento de conflicto colectivo, conforme a los arts. 8 y 24 DLRT), y se fue uniendo con posterioridad alguna función adicional, como la posibilidad de ampliar el número de delegados sindicales en la empresa o centro de trabajo (art. 10. 2 LOLS), o la determinación del régimen convencional aplicable en la empresa tras un cambio de titularidad de la misma (art. 44. 4 ET)<sup>16</sup>.

Dejando al margen ahora las remisiones genéricas que la ley hace en ocasiones a la «negociación colectiva», que, interpretadas en sentido amplio, también podrían dar paso a esa figura<sup>17</sup>, cabe decir que los acuerdos de empresa se prevén en la legislación laboral de nuestros días para tres grandes tipos de situaciones, bastante diferenciadas entre sí tanto por su función como por los efectos del correspondiente acuerdo de empresa: en buen número de casos, probablemente los más numerosos, el acuerdo de empresa se contempla como vía de regulación de aspectos concernientes a las relaciones individuales de trabajo; en otras ocasiones, el acuerdo figura entre los pasos que puede o debe dar el empresario para adoptar medidas concernientes a la organización del trabajo, ya sea para una mejor distribución de los recursos humanos de la empresa, ya sea para la determinación del contingente de trabajadores necesario para el desarrollo de la actividad empresarial; en algún caso, por último, el acuerdo se configura como el instrumento más apropiado para adoptar algunas medidas referentes a las relaciones colectivas de trabajo y, en particular, a la representación unitaria.

Esa diversidad de funciones y papeles es la causa, seguramente, de la ausencia de uniformidad o unanimidad en los textos legales que se refieren a esta figura. En la mayoría de las ocasiones el legislador se limita a trazar una remisión al «acuerdo» entre la empresa y

<sup>15</sup> Este uso del acuerdo de empresa cuenta en la actualidad con una versión muy peculiar dentro de la legislación concursal, pues en caso de que la empresa sea declarada en concurso los expedientes de regulación de empleo que eventualmente se pongan en marcha tienen una tramitación singular, en la que el proceso de negociación y, en su caso, el acuerdo resultante del mismo, pueden entablarse con el empresario o con la administración concursal, y en la que el juez del concurso tiene un papel esencial (art. 64 Ley 22/2003).

<sup>16</sup> Esta última previsión fue incorporada en la reforma llevada a cabo por la Ley 12/2001, de 9 de julio, y se incrusta en una serie de modificaciones del art. 44 ET que buscaban sobre todo una acomodación más explícita a las correspondientes directrices comunitarias. Vid. A. V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, «La sucesión de empresas tras la Directiva 2001/23 y la Ley 12/2001», AAVV, *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 181 ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ, «Las garantías colectivas en la transmisión de empresa», *RL*, núm. 11/12 (2002), págs. 206 ss., y L. LÓPEZ MELLA, «El nuevo artículo 44, número 4 del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa», *REDT*, núm. 111 (2002), págs. 368 ss.

<sup>17</sup> Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», cit., págs. 59-60.

los representantes de los trabajadores para la regulación de una determinada materia, normalmente junto a una remisión, preferente o alternativa, a otras posibles fuentes de regulación, como el convenio colectivo (arts. 22, 29. 1, 31, 34. 2 y 67. 1 ET). A veces sólo se hace referencia al «acuerdo colectivo» (art. 24 ET), expresión que, por el contexto en que se inserta y por los fines con que se utiliza, debe equipararse sin duda a la de acuerdo de empresa o acuerdo de ámbito empresarial. En otros casos, en fin, el precepto legal correspondiente se limita a establecer la obligación del empresario de abrir un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, bien es verdad que con la condición de que durante dicho periodo las partes negocien de buena fe, con vistas a «la consecución de un acuerdo» (arts. 40. 2, 41. 4 y 51. 4 ET).

Como puede apreciarse, y aunque pudiera resultar sorprendente, la ley en ningún momento utiliza de forma literal la expresión «acuerdos de empresa», que pertenece más bien al ámbito de la dogmática; la ley se remite a los «acuerdos» que se alcancen entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o, a lo sumo, a los «acuerdos colectivos» que se consigan en el ámbito de la empresa. Al fin y al cabo, la expresión «acuerdos de empresa» parece tener su origen en una especie de convención doctrinal, sustentada sobre todo en los usos tradicionales del lenguaje, en la práctica jurisdiccional y en su indudable capacidad para identificar un producto de la negociación colectiva sustancialmente distinto del convenio colectivo típico. En cualquier caso, la falta de decisión del legislador en el terreno terminológico se ha dejado notar también en el plano conceptual o sustantivo, pues, pese a sus continuas remisiones a los acuerdos de empresa, apenas ha proporcionado datos para trazar sus contornos, su naturaleza, su particularidad en el seno de la negociación colectiva o su régimen jurídico. Muy preocupado al parecer por impulsar la figura, el legislador ha olvidado pronunciarse sobre cuestiones tan básicas para una fuente de regulación y de toma de decisiones en la empresa como las que atañen a su naturaleza jurídica, su modo de elaboración, su eficacia jurídica y personal, o su articulación con los restantes cauces que conforman el sistema de fuentes de la relación laboral, todo lo cual comporta, como es fácil de comprender, enormes dificultades para el análisis jurídico de la renovada institución<sup>18</sup>.

### 3. OBJETIVOS Y FUNCIONES DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA

La notable difusión de los acuerdos de empresa a partir de la Ley 11/1994 no fue casual. Si bien se mira, la promoción de esa figura entronca a la perfección con buena parte de los objetivos que perseguía aquella profunda reforma legal<sup>19</sup>. El primero de ellos era sin duda la dotación al ordenamiento laboral de un mayor grado de flexibilidad y de una mayor capacidad de respuesta y adaptación a las circunstancias cambiantes de la producción y el trabajo. El segundo, la configuración de la negociación colectiva como principal

<sup>18</sup> Un primer aviso sobre estos problemas en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», cit., págs. 53 ss., y R. PRADAS MONTILLA, «Negociación colectiva en la nueva Ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores», *DL*, núm. 43 (1994), págs. 21 ss.

<sup>19</sup> Acerca de esos grandes objetivos, J. MATÍAS PRIM, «Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral», *La reforma del mercado laboral* (coord. de F. Valdés Dal-Ré), cit. págs. 15 ss., y T. SALA FRANCO, *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Valencia, 1994, págs. 3 ss.

fuente de «gobierno» de las relaciones de trabajo, con el consiguiente arrinconamiento de otras fuentes de regulación sectorial (como el reglamento) e, incluso, con la atribución en muchos casos de un papel supletorio a la norma de rango legal. El tercero, la recuperación de la empresa como microcosmos o centro de imputación de la norma laboral, para prestar mejor atención a sus problemas y necesidades específicas<sup>20</sup>. Por último, la apertura de nuevos cauces de participación y nuevas posibilidades de intervención a los representantes de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo, especialmente en las decisiones del empresario de especial impacto en la plantilla. Si bien se mira, el mayor y más exacto reflejo de todos esos objetivos se encuentra en los acuerdos de empresa, en los que se conjugan las notas de flexibilidad, capacidad de adaptación, atención a la empresa y participación de los trabajadores a través de sus representantes.

La flexibilización de las reglas aplicables a la empresa, y la mejor adaptación a sus condiciones o circunstancias (y, en particular, a su situación económica), es seguramente la primera aportación de los acuerdos de empresa al ordenamiento del trabajo, o, al menos, la que se presenta con una dimensión más general y constante<sup>21</sup>. Su carácter flexible deriva en primer término de su origen negociado, pero su capacidad de adaptación tiene que ver sobre todo con su proximidad al ámbito de la empresa, a sus problemas específicos y a los intereses presentes en la misma<sup>22</sup>. Esta aportación puede apreciarse, ciertamente, en la generalidad de supuestos en que la ley remite al acuerdo de empresa, pues en todos ellos se busca, en efecto, una regulación más apropiada para el ámbito empresarial, pero destaca sobre todo en aquellas previsiones legales abren la posibilidad de desplazar, mediante dicho acuerdo, reglas más generales, como ocurre en los llamados «acuerdos de descuelgue» (arts. 41. 2 y 82. 3 ET), que permiten modificar condiciones de trabajo establecidas con carácter general en el convenio colectivo correspondiente.

El acuerdo de empresa contribuye, asimismo, al propósito de la moderna legislación laboral de propiciar alternativas a la regulación estatal de orden general, con el fin, en el fondo, de profundizar en esos objetivos de flexibilidad y adaptabilidad. Esta aspiración global del ordenamiento del trabajo se ha buscado, como es sabido, mediante una sofisticada y compleja operación en la que se pudo conjugar la derogación de buen número de normas reglamentarias (incluido todo el acervo de reglamentaciones y ordenanzas laborales) con un significativo repliegue de la normativa de carácter estatal (hasta el punto de autocalificarse en muchos casos de norma supletoria respecto de la regulación pactada), todo ello con la finalidad de favorecer la regulación de carácter autónomo<sup>23</sup> y, particular-

<sup>20</sup> Vid. S. DEL REY GUANTER, *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 37 y 85.

<sup>21</sup> En verdad, es una aportación concurrente con la de algunas tras reformas introducidas en el marco legal de la negociación colectiva, que han buscado asimismo una mayor y mejor acomodación entre la regla y la realidad objeto de regulación. Vid. En este sentido M. E. CASAS BAAMONDE, «La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de los convenios colectivos», AA.VV., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1994, pág. 299, y J. MATÍA PRIM, «Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral», cit., pág. 27.

<sup>22</sup> Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», cit., págs. 52 ss.

<sup>23</sup> En este repliegue se ha querido ver también una cierta disposición a favorecer el espacio propio del contrato de trabajo o del pacto individual como fuente de regulación de las condiciones de empleo y de trabajo, pero probablemente esta otra dimensión no haya tenido la envergadura que en una primera aproximación pudo

mente, la regulación procedente de la negociación colectiva, ampliando el espacio disponible y las posibilidades de intervención<sup>24</sup>. Este reto, obviamente, no estaba dirigido en exclusiva hacia los acuerdos de empresa, pero no cabe duda de que este cauce de regulación, como manifestación posible de la negociación colectiva, también quedaba emplazado en la consecución de aquellos objetivos, con un doble encargo: el de proporcionar reglas alternativas a la tradicional regulación de orden estatal, y el de actuar como vía de paso transitoria a la espera de una regulación convencional más estable o asentada, que tendría que proceder del convenio colectivo<sup>25</sup>.

Como puede apreciarse, la llamada a los acuerdos de empresa constituía también una nueva forma de potenciar la negociación colectiva, otro de los grandes objetivos de la reforma laboral del año 1994<sup>26</sup>. De nuevo se requería, para alcanzar este objetivo, la conjunción de diversas iniciativas, que debían encaminarse no sólo a la ampliación del terreno de negociación, sino también a facilitar el encuentro de los representantes de trabajadores y empresarios, a dotar al proceso negociador de la agilidad y el ritmo necesarios<sup>27</sup> y, al fondo de todo ello, a fomentar las distintas posibilidades de la autonomía colectiva. En este último aspecto se enmarca la promoción de los acuerdos de empresa, que no son la mani-

---

sospecharse. La bibliografía sobre esa hipotética tendencia del ordenamiento laboral contemporáneo, y sobre la incidencia que ello haya podido tener en el espacio de la autonomía colectiva, es abundantísima. *Vid.*, por ejemplo, J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, CES, Madrid, 2000, y literatura allí citada.

<sup>24</sup> *Vid.* S. GONZÁLEZ ORTEGA, «La reforma de la negociación colectiva», *La reforma laboral de 1994* (coord. de Alarcón Caracuel), Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 340, y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral» (I), *AL*, núm. 6 (1995), págs. 87 ss.

<sup>25</sup> Esta función de suplencia transitoria de lagunas, por derogación de la correspondiente norma estatal y a la espera de una regulación convencional de mayor fortaleza, está prevista de manera muy clara para el tratamiento de diversas materias muy típicas de la tradicional normativa reglamentaria, como la clasificación profesional, los ascensos o la configuración del salario. En otros casos se desarrolla de forma más indirecta, en la medida en que el acuerdo de empresa no viene a cubrir exactamente una laguna legal, sino a proporcionar, si las partes interesadas así lo convienen, una regulación supuestamente más favorable o apropiada que la brindada directamente por la ley, como ocurre, por ejemplo, a propósito de la ordenación y distribución del tiempo de trabajo. *Vid.* M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral» (I), *AL*, núm. 6 (1995), págs. 94 ss.

<sup>26</sup> Según el preámbulo de la Ley 11/1994, «la reforma de la normativa reguladora de las principales instituciones del mercado de trabajo tiene como una de sus principales orientaciones el potenciar el desarrollo de la negociación colectiva», hasta el punto de que «el segundo gran hilo conductor» de la misma «es el relativo a la potenciación de la negociación colectiva y la mejora de sus contenidos». La nueva legislación laboral, en definitiva, quería procurar una regulación más ágil y más adaptada o adaptable a las condiciones de cada ámbito profesional o laboral. *Vid.* M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo», AA.VV., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, la Ley, Madrid, 1994, págs. 247 ss., y S. GONZÁLEZ ORTEGA, «La reforma de la negociación colectiva», cit., págs. 335 ss.

<sup>27</sup> De hecho, fueron muchos los cambios introducidos en la legislación laboral y, concretamente, en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, con ese horizonte a la vista, desde los relativos a la legitimación para negociar y a la composición de la comisión negociadora hasta los que afectaban al contenido posible o necesario de los convenios colectivos, pasando por las reglas sobre duración y sucesión de las normas pactadas. *Vid.* L. M. CAMPS RUÍZ, *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 31 ss., y F. VALDÉS DAL-RÉ, «Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva», *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 1994, págs. 233 ss.

festación más típica de la negociación colectiva, pero que indudablemente emanan de ésta, poniendo de relieve su versatilidad y su capacidad de amoldarse a las exigencias de cada momento. Podría decirse que el acuerdo de empresa es la respuesta más veloz y más ajustada que la negociación colectiva puede dar a las necesidades concretas de la empresa. Un sistema dinámico y maduro de negociación colectiva tiene que ser capaz de proporcionar también esa clase de productos.

Un cuarto objetivo de los acuerdos de empresa es naturalmente el de facilitar la participación del personal en la dirección y gestión de la empresa<sup>28</sup>. Ciertamente, todo proceso de negociación colectiva abre o entraña posibilidades de participación de los trabajadores en el ámbito correspondiente, pero no cabe duda de que esta dimensión cobra singular relevancia en la negociación de empresa, sobre todo cuando las partes tienen que enfrentarse de manera inmediata a situaciones o problemas concretos de gestión u organización del personal, que son justamente las circunstancias presentes en el acuerdo de empresa. Desde luego, esa dimensión participativa no alcanza la misma temperatura en todos los supuestos de negociación empresarial, pero aflora en todo su esplendor en algunas de sus modalidades, precisamente en los acuerdos llamados «de reorganización productiva», que justamente tienen por objeto la preparación o adopción de decisiones empresariales de repercusión directa en la plantilla<sup>29</sup>. En este sentido, el acuerdo de empresa hace una vez más de metáfora de las nuevas orientaciones de la legislación laboral, en la medida en que propicia y permite mayores posibilidades de participación del personal en un contexto caracterizado por la progresiva relajación de los límites legales al poder empresarial. El acuerdo de empresa, por decirlo de otra forma, es el punto de encuentro de dos corrientes de distinto signo: la que empuja hacia una progresiva liberalización de las decisiones de gestión empresarial, y la que se empeña en ampliar los derechos de participación de los representantes de los trabajadores. El acuerdo de empresa es en cierto modo liberalizador, pero también exige, como contrapartida, la participación del personal.

Las funciones o aplicaciones concretas de los acuerdos de empresa se corresponden, como no podía ser de otro modo, con esos grandes objetivos. La primera de esas funciones, por orden de aparición pero también, seguramente, por orden de importancia, puede cifrarse en la regulación, dentro de aquellas coordenadas, de aspectos concretos de las relaciones de trabajo en la empresa. Una segunda función, igualmente destacada, es la adopción concertada o negociada de decisiones relativas a la gestión de recursos humanos. A partir de ahí pueden identificarse otras muchas aplicaciones, que en buena medida actúan como especificación o complemento de las anteriores: la adaptación a las circunstancias o

<sup>28</sup> Vid. C. SÁEZ LARA, «Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico», *RL*, núm. 11 (1995), págs. 64 ss.

<sup>29</sup> De ahí que este tipo de acuerdos (previstos sobre todo en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET) no entrañen exactamente una negociación sobre condiciones de trabajo, sino más bien una negociación sobre decisiones empresariales relativas a la gestión de recursos humanos. No por casualidad, con la reforma legal de 1994 pasaron de ser un mero trámite en el procedimiento formal de validez de la decisión empresarial, que podía ser suplido por la intervención administrativa, a un supuesto de negociación en sentido estricto, presidido por el deber de negociar con vistas a obtener un acuerdo. En la actualidad, se intensifica el grado de participación de los representantes de los trabajadores, y se incrementan las posibilidades de prevención del conflicto. Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 323.

características de la empresa de una regulación pactada de ámbito superior, la determinación del régimen aplicable en la empresa tras un cambio en su titularidad, la ordenación de algunas cuestiones relativas a la representación y acción colectiva en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo, o, en fin, la solución de controversias o la conclusión de situaciones de conflicto colectivo mediante la correspondiente composición de intereses. Esas son, de todas formas, las funciones que cuentan con algún tipo de soporte legal explícito, pero de ninguna manera agotan ni pueden agotar la virtualidad o funcionalidad de los acuerdos de empresa, que, como manifestación de la autonomía colectiva, siempre podrá actuar en interés de las partes, aunque sus efectos jurídicos sean más inciertos o difusos cuando falte previsión o respaldo legal expreso.

#### 4. PARA UNA CLASIFICACIÓN Y TIPOLOGÍA DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA

La noción de «acuerdo de empresa» es un tanto precaria e imprecisa, no sólo por aquellos problemas terminológicos a los que ya se hizo referencia, sino también por su incapacidad dar una orientación mínimamente clarificadora acerca del contenido y de la configuración jurídica de esas manifestaciones de la negociación colectiva. En realidad, como ya vimos, no se trata propiamente de una denominación de origen legal, sino más bien de una expresión acuñada en la doctrina para referirse a determinadas prácticas de negociación entre la dirección de la empresa y la representación del personal expresamente acogidas o aludidas por la legislación laboral. No puede extrañar por ello que tampoco sea una noción unitaria. Vale, en efecto, para supuestos muy variados, que responden a circunstancias muy diversas y que están llamados a cumplir diferentes fines y funciones<sup>30</sup>. Más que de acuerdo de empresa debería hablarse —y así se hace habitualmente— de acuerdos en plural, pues son muchas sus modalidades. Hay que tener en cuenta, además, que junto a los casos expresamente contemplados por la ley pueden aparecer otros muchos, bien sea por la propia dinámica de la negociación colectiva, que es más rica de lo que el legislador puede prever, bien sea por encargo del convenio colectivo propiamente dicho. Resultaría muy difícil, por consiguiente, elaborar una clasificación completa y exhaustiva de los acuerdos de empresa, comprensiva de todas sus posibilidades y clases<sup>31</sup>. Por la misma razón, pueden ser muchos los criterios o puntos de referencia para una hipotética clasificación<sup>32</sup>.

En todo caso, partiendo de las correspondientes previsiones legales, y de la experiencia negocial acumulada, cabe hacer una primera y básica distinción entre «acuerdos de regulación» y acuerdos de carácter técnico u organizativo, también llamados «de reorganiza-

<sup>30</sup> Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva», *RL*, núm. 5 (1995), pág. 37.

<sup>31</sup> Vid. M. APILLUELO MARTÍN, «Los convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa. Algunas precisiones de la jurisprudencia y la nueva LET de 1994», *AL*, núm. 9 (1995), págs. 140 ss.

<sup>32</sup> Vid. por ejemplo J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 69 ss., F. ELORZA GUERREO, *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, CES, Madrid, 2000, págs. 31 ss., y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 79 ss.

ción productiva». Los primeros tienen por objeto la regulación de un determinado aspecto de las condiciones de empleo o de trabajo<sup>33</sup>, normalmente como fuente supletoria y subsidiaria respecto del convenio colectivo típico (o respecto de la «negociación colectiva», como impropriadamente dicen algunos preceptos legales), en la medida en que, por lo general, sólo pueden entrar en juego en defecto del mismo o en los términos en que éste lo disponga, aunque formalmente aparezcan como regulación alternativa o paralela. Podría decirse que si la regulación global de las condiciones de empleo y de trabajo corresponde al convenio colectivo en sentido estricto, la regulación de algún aspecto concreto puede ser asumida por este cauce de negociación más limitado y más próximo a la organización empresarial. Por ello mismo, estos acuerdos de regulación pueden coexistir en hipótesis tanto con un convenio colectivo supraempresarial como con un convenio de empresa, habida cuenta que su razón de ser no estriba exactamente en el carácter del convenio colectivo por el que se rige la empresa, sino en la existencia de ciertas cuestiones relativas a las condiciones de trabajo que pueden merecer una negociación *ad hoc* o monográfica.

El segundo tipo de acuerdos de empresa (acuerdos técnicos, organizativos o de «reorganización productiva»), en el que puede incluirse a su vez una amplia gama de supuestos, se caracteriza básicamente por tener como destino la adopción de decisiones o medidas ligadas de manera muy íntima a la producción o a la organización del trabajo, y con repercusión directa en el volumen, la adscripción funcional o territorial o las condiciones de trabajo de la plantilla de trabajadores<sup>34</sup>. Normalmente tendrán como punto de partida una propuesta o iniciativa empresarial, sobre la que, por imposición de la ley, habrá que desarrollar las correspondientes negociaciones. El acuerdo se prevé, así, como soporte, respaldo o fuente habilitante de la pertinente decisión empresarial, aunque en la mayor parte de los casos el empresario podrá actuar aun sin llegar a ese tipo de compromisos, sin perjuicio de las consecuencias que ello tenga desde el punto de vista de la paz social en la empresa. Por ello, son instrumentos convencionales encaminados sobre todo a prevenir o evitar el conflicto, mediante la procedimentalización y contractualización de los poderes empresariales de dirección y organización del trabajo; constituyen, a fin de cuentas, una nueva forma de limitar o constreñir los poderes empresariales<sup>35</sup>. Todo ello, indudablemente,

<sup>33</sup> Están legalmente previstos, en concreto, para tres tipos de materias: en primer término, la de clasificación profesional, ámbito en el que el acuerdo está habilitado para establecer la clasificación correspondiente, por medio de categorías o grupos profesionales (art. 22. 1 ET), así como el sistema de ascensos dentro de la misma (art. 24. 1 ET); en segundo lugar, la materia salarial, en la que el acuerdo puede utilizarse para establecer el modelo de recibo de salarios en la empresa (art. 29. 1 ET), así como la fecha de abono de la segunda paga extraordinaria (art. 31 ET), y en tercer lugar, la relativa al tiempo de trabajo, dentro de la cual el acuerdo puede establecer una distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año (art. 34. 2 ET) o una distribución diaria del tiempo de trabajo que eventualmente supere el número de horas que como máximo dispone la ley (art. 34. 3 ET).

<sup>34</sup> Son, en definitiva, los acuerdos que se contemplan en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET, a propósito de las decisiones empresariales sobre traslado, modificación sustancial de condiciones de trabajo, y suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo. *Vid.* E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 345, y PÉREZ DE LOS COBOS, «Los pactos de reorganización productiva», AA.VV., *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, cit. págs. 145 ss.

<sup>35</sup> Sobre el alcance de dichos poderes, y los mecanismos de limitación de los mismos, J. RIVERO LAMAS, *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, 1986, págs. 118 ss., y M. D. ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, págs. 395 ss.

les otorga un toque muy singular, al menos en comparación con el acuerdo de regulación, con independencia de que el acuerdo de reorganización, como sucederá en muchos casos, también pueda incluir reglas sobre el trabajo<sup>36</sup>.

Si se quisiera sintetizar, en estos dos grupos podrían quedar englobados los diferentes supuestos de acuerdo de empresa previstos a lo largo de la legislación laboral, sin perjuicio de que cada uno de ellos pueda mostrar a su vez alguna nota o característica singular. A los acuerdos de regulación podrían asimilarse, por ejemplo, los «acuerdos de descuelgue», llamados así porque están concebidos y habilitados, precisamente, para modificar parte de las condiciones establecidas en el correspondiente convenio colectivo sectorial; se trata, ciertamente, de acuerdos muy singulares, pero su finalidad última también es proporcionar las reglas aplicables a la empresa en las pertinentes materias, una vez excluido el régimen jurídico de aplicación general<sup>37</sup>. También podrían incorporarse a esa categoría los acuerdos de empresa sobre cuestiones relativas a la representación de los trabajadores (conforme a las previsiones de los arts. 67. 1 y 78 ET, y 10. 2 LOLS), que de nuevo juegan como fuente aparentemente alternativa al convenio colectivo pero realmente supletoria y subsidiaria del mismo para la ordenación de esos problemas.

Cerca de los acuerdos de reorganización productiva parecen estar, por su parte, los acuerdos que eventualmente se alcancen entre la representación de los trabajadores y la dirección de la empresa para la solución de las divergencias surgidas con ocasión del correspondiente periodo de consultas<sup>38</sup>, cuya finalidad más inmediata será la ratificación o el rechazo de la correspondiente propuesta o iniciativa empresarial, pero que, como aquellos otros, también podrán proporcionar algunas reglas sobre las condiciones de trabajo o, en general, sobre los derechos y obligaciones de los trabajadores afectados, una vez resuelto el conflicto. En sus proximidades se sitúan, asimismo, tanto los acuerdos adoptados con ocasión de una transmisión de empresa (y, en particular, el acuerdo sobre determinación del convenio colectivo aplicable), como los acuerdos que pongan fin a una huelga o a un procedimiento de conflicto colectivo, desde el momento en que su primer cometido no es exactamente la regulación de las condiciones de empleo y de trabajo sino la solución de un contencioso, con independencia de que también puedan cumplir aquella otra función.

<sup>36</sup> La sentencia TS de 27 de diciembre de 1994 (A. 10508) nos ofrece un ejemplo de ello, al examinar la validez, por supuestos problemas de concurrencia, de «un pacto colectivo singular, vinculado a acuerdo logrado en periodo de consulta, con el que se atienden situaciones extraordinarias y concretas derivadas de dicho despido colectivo».

<sup>37</sup> Esta ruptura puede producirse, concretamente, en materia de horario, trabajo a turnos, sistema de remuneración o sistema de trabajo y rendimiento (a través del art. 41. 2 ET), o en el régimen salarial (art. 82. 3 ET). Vid. A. P. BAYLOS GRAU, «Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva», *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coord. Casas/Valdés), La Ley, Madrid, 1994, págs. 327 ss.; S. GONZÁLEZ ORTEGA, «La reforma de la negociación colectiva», cit., págs. 345 ss.; Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Madrid, 1996, y W. SANGUINETI RAYMOND, *La inaplicación parcial del contenido del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

<sup>38</sup> A través de los procedimientos previstos en el art. 85. 1 ET o en la disposición adicional décimotercera del ET.

## 5. LOS ACUERDOS DE EMPRESA EN EL CUADRO DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS

El acuerdo de empresa es un producto singular de la negociación colectiva. Pertenece, desde luego, al género de los acuerdos colectivos, esto es, de los acuerdos resultantes de un proceso de negociación entre representantes de trabajadores y empresarios acerca de sus intereses laborales y de empleo. Pero no es un convenio colectivo en el sentido ordinario de la expresión, sencillamente porque su finalidad, su objeto y, en definitiva, su razón de ser, no es la regulación global de las condiciones de empleo y de trabajo en el ámbito profesional correspondiente. Su función, como ya hemos visto, es mucho más limitada, pues se concentra en un determinado asunto laboral, que muchas veces será ocasional o transitorio, aunque también puede tener carácter estable o, cuando menos, cierta continuidad en el tiempo. Por su origen (la autonomía colectiva) y por su carácter contractual (con el consiguiente intercambio y la correspondiente composición de intereses) se aproxima mucho al convenio colectivo, pero por su limitado alcance de ningún modo podría cumplir las funciones de éste.

El acuerdo de empresa, por definición, no es un convenio colectivo. Eso quiere decir que no puede equipararse ni al convenio colectivo estatutario ni al convenio colectivo que nuestra experiencia se viene conociendo como extraestatutario<sup>39</sup>. Podría decirse, ciertamente, que no es el convenio colectivo típico, y que por ello mismo habría de asimilarse a esos convenios *extralegem* o al margen del Estatuto. Pero, en realidad, los argumentos que sirven para distinguirlo del convenio estatutario valen también para separarlo del convenio extraestatutario. Si bien se mira, esta otra figura es un convenio colectivo en sentido estricto u ordinario, con la única particularidad de que se negocia y entra en escena al margen de los cauces expresamente previstos por la ley para la negociación colectiva, circunstancias que, por cierto, tampoco concurren en el acuerdo de empresa. El acuerdo de empresa, en efecto, ni es un producto al margen de la ley, pues está recogido y tipificado de manera clara y expresa en los propios textos legales, ni está concebido para proporcionar el conjunto de reglas y previsiones que es propio de un convenio colectivo, a diferencia de lo que pretenden hacer tales convenios extraestatutarios.

El acuerdo de empresa es, a la postre, un producto *sui generis*, que se añade a las restantes manifestaciones de la negociación colectiva, entrando a formar parte de la amplia tipología de convenios y acuerdos colectivos; el uso de la denominación «acuerdo» en lugar de la de «convenio» ya es expresiva de dicha singularidad<sup>40</sup>. Como parte de la nego-

<sup>39</sup> Vid. C. ALFONSO, A. PEDRAJAS y T. SALA, «Los pactos y acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico», *RL*, núm. 4 (1995), págs. 115 ss.; R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los convenios colectivos irregulares*, CES, Madrid, 1999, págs. 143 ss., y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, cit., págs. 50-51.

<sup>40</sup> La terminología, en efecto, tiene alguna relevancia para aproximarse a la naturaleza jurídica de los distintos productos de la negociación colectiva. Si la marca «convenio colectivo» suele reservarse para el producto más típico y habitual de la negociación colectiva, las expresiones «pacto», «acuerdo» o «acuerdo colectivo», también generalizadas, se utilizan más bien para las manifestaciones de la negociación colectiva que revisten alguna singularidad respecto del anterior, por su manera de negociarse, su contenido o su función. La legislación actual, concretamente, utiliza la denominación de «acuerdo» (y no la de convenio) para referirse a los «acuerdos interprofesionales» o a los «acuerdos sobre materias concretas» (art. 83. 2 y 3 ET), a los «acuerdos de adhesión»

ciación colectiva, es lógico que presente puntos de contacto con el resto de acuerdos o convenios colectivos, y que participe en alguna medida de las características propias de unos u otros. Por ejemplo, cabe acercarlo al convenio estatutario en la medida en que está previsto expresamente por la ley, y cabe aproximarle, asimismo, al convenio extraestatutario desde el momento en que la ley guarda silencio acerca del proceso de negociación, de su manera de obligar o de muchas otras cuestiones<sup>41</sup>. Por lo limitado de su función y de su objeto cabría conectarlo también con aquellas otras manifestaciones de la negociación colectiva que cumplen papeles muy específicos en nuestro sistema, como el acuerdo de adhesión referido en el art. 92. 1 ET, o, sobre todo, el acuerdo sobre materias concretas previsto en el art. 83. 3 ET. Al fin y al cabo, el acuerdo de empresa es un acuerdo sobre una determinada materia o cuestión laboral, aunque también son claras sus diferencias con esa otra figura, tanto por su ámbito (pues se ciñe a la empresa) como por los sujetos negociadores (pues se negocia siempre por la representación del personal y la dirección empresarial) como por su función o razón de ser (que en muchos casos es la respuesta a un problema laboral muy concreto).

En esas notas diferenciales se encuentra, precisamente, la identidad, la naturaleza y la caracterización jurídica del acuerdo de empresa. Por lo pronto, es un acuerdo que ciñe sus contornos y sus efectos al ámbito de la empresa (o, en su caso, a una parte de la misma). Como su propia denominación pone de relieve, no está prevista esta figura para ámbitos supraempresariales, donde la actividad negociadora, aunque sea factible y jurídicamente viable (y aunque pueda tener también un contenido limitado), discurre por otros derroteros. A diferencia de otros posibles acuerdos o convenios colectivos, el acuerdo de empresa está diseñado para hacer frente a problemas o situaciones concretas de la empresa, y en algún caso, incluso, para dar respuesta específica a las especiales condiciones o circunstancias de una empresa dentro del correspondiente sector de actividad (como sucede en los acuerdos de descuelgue). Que su ámbito sea la empresa no es en principio ninguna novedad (pues también el convenio colectivo puede ser convenio de empresa), pero que esté previsto en todo caso para ese ámbito sí es una característica digna de relieve.

La segunda nota característica de los acuerdos de empresa reside en la legitimación para negociar, que en todo caso recae en la representación del personal de la empresa (o, en su caso, del correspondiente centro de trabajo), ya sea la de carácter unitario, ya sea, eventualmente, la de naturaleza sindical. Esta segunda característica, aunque derive también del reparto general de competencias de negociación entre los sindicatos y las representaciones de los trabajadores en la empresa existente en nuestro sistema, pone muy

---

(art. 92. 1 ET), a los compromisos logrados a través de un proceso de mediación para la solución de conflictos de interpretación o aplicación de convenios (art. 91 ET), y a los acuerdos o pactos que ponen fin a una huelga o a un procedimiento de conflicto colectivo (ats. 8 y 24 DLRT). Para la experiencia histórica, A. GALLART FOLCH, *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y las legislaciones extranjeras y española*, Bosch, Barcelona, 1932, págs. 8 ss., y C. MESA LAGO, «En torno a la denominación de convenios colectivos», *RDT*, núm. 47 (1961).

<sup>41</sup> Vid. T. SALA, C. ALFONSO y A. PEDRAJAS, *Los acuerdos y pactos de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 23.

bien a las claras que el acuerdo de empresa está muy ligado a las atribuciones de participación y consulta de los representantes del personal. A la postre, los acuerdos de empresa son en gran medida cauces de intervención de los trabajadores en la organización del trabajo y en la adopción de decisiones empresariales, como ya tuvimos ocasión de comprobar.

La tercera particularidad de los acuerdos de empresa, dentro de la constelación de convenios y acuerdos colectivos, se encuentra en su objeto y contenido. Los acuerdos de empresa no se contemplan como fuente de regulación completa y «general» de las condiciones de trabajo dentro del correspondiente ámbito territorial y funcional, sino, más bien, como un cauce de regulación singular, destinado a cubrir parcelas concretas de las relaciones de trabajo en la empresa. Como ya dijimos, el acuerdo de empresa tiene por objeto proporcionar reglas sobre un determinado aspecto de la prestación de servicios o de su contraprestación salarial, llevar a cabo cambios o modificaciones en la organización del trabajo, o prestar apoyo a propuestas empresariales ligadas a la conformación o reasignación de la plantilla; pero en ningún caso es su pretensión acometer la regulación general de las condiciones de trabajo en la empresa. Desde ese punto de vista puede decirse que el acuerdo de empresa tiene contenido limitado o monográfico.

Un cuarto rasgo puede predicarse aún de los acuerdos de empresa, siempre en contraste con el convenio colectivo ordinario o con otras manifestaciones de la negociación colectiva. Los acuerdos de empresa tienen por objeto en la mayor parte de los casos dar respuesta rápida y ágil a situaciones transitorias o coyunturales de la empresa. Vienen a ser la vía dispuesta por la ley para que las partes hagan frente, en uso de su autonomía colectiva, a determinadas exigencias, situaciones o coyunturas de la empresa. Mientras que el convenio colectivo constituye por hipótesis la regulación estable y ordinaria de las relaciones de trabajo en el ámbito correspondiente (en principio para un periodo determinado, pero normalmente con renovación periódica), el acuerdo de empresa es primordialmente un instrumento de respuesta a vicisitudes o situaciones de difícil tratamiento, al menos de manera adecuada y ágil, por parte de una regulación dotada de las notas de estabilidad y permanencia propias de los convenios colectivos.

Los acuerdos de empresa se caracterizan, en fin, por su carácter relativamente informal. A diferencia de los convenios colectivos ordinarios, los acuerdos de empresa, aunque estén tipificados en la ley, no cuentan con reglas expresas sobre procedimiento, forma o tramitación. La ausencia de regulación específica puede acercarle, como dijimos, al convenio colectivo extraestatutario, pero con la particularidad de que el acuerdo de empresa forma parte del engranaje legal de la negociación colectiva, y goza del respaldo expreso de la ley. Esa misma ausencia de regulación, por otra parte, distingue al acuerdo de empresa de otras manifestaciones particularizadas de la negociación colectiva, como el acuerdo de adhesión o el acuerdo sobre materias concretas, desde el momento en que éstas otras cuentan con un mínimo régimen jurídico, aunque esté constituido en buena medida a base de remisiones.

De cualquier modo, no sería correcto insertar el acuerdo de empresa en el incierto y nebuloso mundo de la negociación colectiva informal, por la sencilla razón de que no es un acuerdo resultante de una negociación espontánea o ajena al diseño legal, sino, más exactamente, de una negociación que tiene lugar en los casos y para los fines que el legislador se ha encargado de prever. Por otra parte, tampoco es equiparable el acuerdo de empresa a los acuerdos que tienen por objeto complementar, desarrollar o especificar las pre-

visiones o cláusulas de un convenio colectivo<sup>42</sup>; aunque pueda desempeñar eventualmente este tipo de funciones, el acuerdo de empresa de raigambre legal no nace del ejercicio de la autonomía colectiva (aunque cuente con la misma para poder tomar cuerpo), sino de un encargo directo de la ley. El acuerdo de empresa, en fin, se ha de distinguir asimismo de los preacuerdos y acuerdos para negociar, desde el momento en que presupone un compromiso cerrado, apto para su aplicación y susceptible de exigencia<sup>43</sup>.

## 6. CONFIGURACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA

Como manifestación de la negociación colectiva, es claro que los acuerdos de empresa se benefician también de la cláusula general de garantía del art. 37. 1 CE, que, según entiende mayoritariamente la doctrina, se proyecta sobre el conjunto de la actividad negociadora y sobre la generalidad de acuerdos y convenios colectivos que pueden resultar de la misma, sin prejuzgar su modalidad o su naturaleza jurídica<sup>44</sup>. El acuerdo de empresa cuenta, además, con respaldo legal expreso, desde el momento en que, como ya tuvimos ocasión de ver, está previsto a lo largo de la legislación laboral para el cumplimiento de determinadas funciones. No obstante, es un producto de la negociación colectiva que, a diferencia del convenio colectivo propiamente dicho, carece de reglas legales sobre su elaboración, su alcance material y temporal o sus efectos jurídicos. Es un acuerdo colectivo tipificado y acogido por la ley (a diferencia del convenio extraestatutario), pero prácticamente ayuno de regulación legal o de «régimen jurídico» (a diferencia del convenio estatutario).

Salvo en muy contadas ocasiones, y en relación con aspectos muy concretos, las previsiones laborales de referencia se limitan, en efecto, a efectuar las oportunas llamadas o los pertinentes encargos al acuerdo de empresa, sin explicar cuál es su naturaleza o alcance, sin precisar sus efectos o su manera de obligar, y sin especificar los pasos necesarios para su elaboración y tramitación. Como regla general, la ley sólo deja constancia de que dichos acuerdos derivan de una negociación que debe desenvolverse en el ámbito de la empresa y que debe ser abordada entre los representantes de los trabajadores (unitarios o sindicales) y la dirección de la empresa, dando así, ciertamente, algunas pautas elementales sobre la unidad de negociación y la legitimación para negociar, pero eludiendo una respuesta cabal y precisa sobre otras muchas cuestiones que, inevitablemente, se plantean en torno a este tipo de negociación<sup>45</sup>. Es verdad que respecto de algunos de estos acuerdos —

<sup>42</sup> Vid. R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, cit., pág. 60.

<sup>43</sup> Vid. J. GARCÍA MURCIA, *Los acuerdos de empresa*, cit., págs. 105 ss.

<sup>44</sup> Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ *et aleri*, *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, IMPI, Madrid, 1982, pág. 19, y M. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1997, págs. 203 ss.

<sup>45</sup> Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», cit., págs. 53 ss.; A. OJEDA AVILÉS, «Acuerdos de empresa en la estructura de la negociación colectiva», *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Sevilla, 1995, y R. PRADAS MONTILLA, «Negociación colectiva en la nueva Ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores», *DL*, núm. 43 (1994), págs. 21 ss.

los que han dado en llamarse acuerdos técnicos o de reorganización productiva, concretamente— se proporcionan algunos datos suplementarios (sobre el objeto o el tiempo de la negociación, sobre los requisitos de validez de los acuerdos, sobre los medios de solución de las posibles discrepancias), pero incluso en estos casos nada se dice en la ley acerca de aspectos tan cruciales como la constitución de la comisión negociadora, el ritmo o proceder de la negociación, la forma y tramitación del acuerdo, o la naturaleza jurídica y la eficacia personal de lo pactado.

Desde luego, la ausencia de previsiones legales al efecto tiene como primera consecuencia que los acuerdos de empresa presenten unos contornos menos formales o formalistas que los convenios colectivos regulados en el Título III del ET<sup>46</sup>. Tal característica parece estar justificada por la especial función y finalidad de esos acuerdos (que ante todo tratan de dar respuesta a situaciones concretas, transitorias o coyunturales de la empresa), aunque, como es fácil de imaginar, puede provocar algunos problemas a la hora de proceder a su negociación o de darles aplicación. De ahí que insistentemente se haya buscado para ellos algún soporte legal más completo o más clarificador, ya sea dentro de la propia legislación laboral (en el Título III del ET, en definitiva), ya sea, en su caso, dentro del Derecho común (en las reglas que el Derecho civil dedica a las obligaciones y contratos, concretamente), al que se suele volver la vista cuando se quieren marcar mayores distancias respecto del convenio estatutario<sup>47</sup>. Cada uno de estos segmentos normativos tiene por supuesto sus ventajas e inconvenientes, que en el primero se cifran en su especialización pero al mismo tiempo en su rigidez o encorsetamiento, y que en el segundo se manifiestan en su carácter abierto pero también en su excesivo distanciamiento de esta clase de problemas.

Así las cosas, parece evidente que, a falta de un instrumental más apropiado, habrá que operar con estos frentes normativos, seguramente otorgando al Título III del ET la condición de paradigma o primer punto de referencia, por tratarse precisamente de reglas sobre negociación colectiva<sup>48</sup>, y relegando a la normativa civil a una posición decididamente supletoria. En todo caso, la aplicación de ese conjunto de reglas (y con más razón cuanto más distanciadas se encuentren) deberá ser matizada, atenta siempre a las particularidades del acuerdo de empresa, e incluso a la singularidad de cada una de sus modalidades<sup>49</sup>, y tratando de combinar en todo caso la pertenencia de esa figura al ámbito de la negociación colectiva con sus fines específicos y, sobre todo, con su inevitable dimensión de instrumento de participación en la gestión de la empresa<sup>50</sup>. Con estos filtros habrá de ponderarse, así pues, la eventual traslación al acuerdo de empresa de las reglas sobre negociación colectiva o, en su caso, de las que conciernen con carácter general a las obligaciones y contratos.

<sup>46</sup> Vid. A. OJEDA AVILÉS, «Acuerdos de empresa en la estructura de la negociación colectiva», cit., págs. 16 ss.

<sup>47</sup> Vid. ALBIOL MONTESINOS, «Los acuerdos de empresa», *Tribuna Social*, núm. 58 (1995), pág. 13.

<sup>48</sup> Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva», *RL*, núm. 5 (1995), pág. 37.

<sup>49</sup> Vid. J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, cit., pág. 151.

<sup>50</sup> Vid. R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, cit., págs. 94 ss.

Pocos problemas ofrece, por lo pronto, la proyección a los acuerdos de empresa de las reglas sobre legitimación para negociar previstas en el Título III del ET. Estas reglas, comprendidas en el art. 87. 1 ET en lo que se refiere a la negociación de ámbito empresarial, son trasplantables sin mayores riesgos a este otro terreno, no sólo porque contemplan los dos tipos de representación en la empresa previstos en nuestro sistema (unitaria y sindical), sino también porque prácticamente coinciden con las pautas marcadas por buena parte de los preceptos legales que se ocupan de la negociación de acuerdos de empresa, que cuando se refieren específicamente a esta cuestión aluden, por el lado de los trabajadores, a los representantes legales o sindicales (arts. 40, 41 o 51 ET). Similares consideraciones podrían hacerse, en principio, a propósito de las reglas sobre composición y constitución de la comisión negociadora, recogidas en el art. 88 ET.

Otro precepto legal que, al menos en parte, puede actuar como paradigma para la negociación de los acuerdos de empresa es el art. 89 ET. La obligación de negociar de buena fe, el mantenimiento de posturas leales y no violentas durante la negociación, el nombramiento de mediadores, la adopción de acuerdos por mayoría, e incluso la obligación de responder afirmativamente cuando no haya causa legal o convencional que impida la negociación, parecen reglas aplicables sin dificultad alguna a los acuerdos de empresa<sup>51</sup>. Algunas de las previsiones legales que tratan expresamente de estos acuerdos recogen, precisamente, reglas similares; por ejemplo, la que obliga a negociar de buena fe o la que prevé la suspensión de los trámites en caso de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art. 51 ET). En cualquier caso, también es preciso ajustar la aplicación de aquel precepto legal a esta peculiar actividad de negociación; parece claro, por ejemplo, que no es precisa en los acuerdos de empresa una solicitud de negociaciones tan formal como la que rige para los convenios estatutarios, y que no existen aquí las causas obstativas previstas en aquel precepto legal.

También pueden tener alguna utilidad en el ámbito de los acuerdos de empresa, siempre con las debidas matizaciones y salvedades, los preceptos legales que se ocupan de la vigencia y duración de los convenios colectivos (art. 86 ET) y, seguramente como mayores cautelas aún, de los requisitos de forma y tramitación que condicionan su validez (art. 90 ET). En todo caso, en este contexto habrá que hacer las oportunas distinciones en función del tipo de acuerdo, ya que si los acuerdos de regulación tienen vocación de permanencia (sin perjuicio de su carácter subsidiario respecto del convenio colectivo), y por ello mismo merecen algún tipo de soporte formal, para su adecuada difusión, los acuerdos técnicos o de procedimiento normalmente revestirán carácter coyuntural u ocasional, y por consiguiente requerirán trámites y formalidades distintas, asegurando de cualquier manera su conocimiento por parte de los interesados.

Hay reglas en el Título III ET, por otra parte, cuya aplicación a los acuerdos de empresa requiere un juicio aún más ponderado. Así ocurre, por ejemplo, con la prohibición general de concurrencia entre convenios colectivos del art. 84 ET, que puede valer en principio para resolver una eventual concurrencia entre diferentes acuerdos de empresa (pues no parece admisible la existencia de dos o más acuerdos de empresa sobre un mismo ám-

<sup>51</sup> Vid. Y. VALDEOLIVAS, *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Madrid, 1996, págs. 130 ss.

bito y con un mismo objeto, ni la «afectación» de uno por otro), pero que adquiere un papel menos decisivo en los supuestos de concurrencia entre acuerdo de empresa y convenio colectivo, dado que en tal hipótesis (y con excepción de algunos tipos de acuerdo, como los de descuelgue) la propia ley atribuye a los acuerdos de empresa un carácter supletorio y subsidiario respecto de los convenios colectivos. Con esta regla, más específica, se da prioridad al convenio sobre el acuerdo de empresa y se prohíbe, a la postre, una eventual concurrencia «conflictiva» entre esas distintas manifestaciones de la negociación colectiva, haciendo innecesaria pues la aplicación estricta del art. 84 ET, del que, por cierto, también podría derivarse una prohibición de concurrencia entre los convenios colectivos típicos y los restantes productos de la negociación colectiva, siempre que hubiera «afectación»<sup>52</sup>.

Otro ejemplo de máxima ponderación se encuentra en las reglas sobre contenido mínimo y posible de los convenios (art. 85 ET), que tienen sentido para el convenio colectivo típico u ordinario, pero no, al menos en todos sus términos, cuando se trata de un acuerdo de empresa, que habrá de precisar algunos aspectos (partes que lo firman, ámbito de aplicación, duración, etc. ), pero que por definición tiene un contenido muy limitado, y muy acotado por la ley. Su contenido es, pues, monográfico, y a veces hasta fugaz, pues se diluye una vez resuelto el problema (como sucede en los acuerdos sobre reorganización productiva). De cualquier modo, nada impide que dentro de un mismo acuerdo de empresa se aborden conjuntamente dos o más cuestiones (clasificación profesional y ascensos, por ejemplo), ni tampoco que en un mismo «acto» se negocien todas aquellas que, estando previstas por la ley, puedan ser de interés para la empresa, o que se dé respuesta al mismo tiempo a un problema de estructura (dimensión o ubicación de la plantilla) y a un problema de regulación (distribución de la jornada de trabajo, por ejemplo). No parece, sin embargo, que el acuerdo de empresa pueda tener un contenido abierto: en caso de salirse de los temas previstos por la ley perdería su carácter de acuerdo de empresa típico o tipificado por la ley, para pasar al terreno de la negociación colectiva informal.

A la vista de todo ello, quizá haya que llegar a la conclusión de que los acuerdos de empresa deben discurrir por un régimen jurídico que partiendo de las reglas del Título III del ET, presenta notables singularidades en su aplicación. Aunque los acuerdos de empresa pertenezcan claramente al sistema de negociación colectiva «estatutaria» (en el sentido, amplio, de negociación prevista en el Estatuto de los Trabajadores), también es cierto que no pueden regirse, por sus especiales características, por una aplicación estricta y automática de lo dispuesto en el Título III ET<sup>53</sup>. Como posición de principio, tales acuerdos podrían ser asimilados a los convenios colectivos típicos, en razón de esa dimensión «estatutaria», pero en buen número de cuestiones habrá que salvaguardar su singularidad y, en particular, su carácter esencialmente dinámico, coyuntural y participativo. Desde ese punto de vista, podría decirse que los acuerdos de empresa ocupan una posición interme-

<sup>52</sup> Vid. A. MARTÍN VALVERDE, «Concurrencia de convenios colectivos de trabajo», *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (dir. E. Borrajo Dacruz), Tomo XII, Vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1995, pág. 43.

<sup>53</sup> Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva», cit., pág. 37.

dia entre el convenio estatutario y la negociación informal; si en algunos aspectos pueden seguir sin dificultad lo dispuesto en el Título III del ET (legitimación para negociar), y en algunos otros son merecedores de los atributos del convenio estatutario (eficacia personal, por ejemplo), en otros muchos habrán de caminar por sendas menos rígidas y estrictas<sup>54</sup>.

## 7. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFICACIA PERSONAL DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA

Las aporías sobre el régimen jurídico de los acuerdos de empresa vuelven a reproducirse, con una dimensión especial, a propósito de algunos aspectos concretos, como los relativos a su ámbito de aplicación y a su eficacia desde el punto de vista personal. En relación con estas otras cuestiones existen importantes indicios sobre el sentido de la ley, pero faltan, una vez más, indicaciones legales explícitas o determinantes. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, en principio hay que decir que tanto la unidad de negociación como el ámbito funcional de estos acuerdos es por definición «la empresa». Así se desprende de su propia denominación, así se especifica para alguna modalidad de acuerdo (por ejemplo, en el art. 82. 3 ET para los acuerdos de descuelgue en materia salarial), y así se da a entender, por lo demás, cuando se hace referencia a los sujetos negociadores, a la índole de los temas objeto de negociación o al «escenario» de la actividad negociadora. Pero aunque la empresa, en su sentido más estricto, sea el ámbito natural de negociación y el destino formal del acuerdo, cabe hacer algunas precisiones al respecto.

Cabe señalar, en primer término, que el acuerdo de empresa puede ceñirse también a una unidad inferior a la organización empresarial en su conjunto, como puede ser el centro de trabajo, u otros posibles compartimentos empresariales (departamento, sección, etc.)<sup>55</sup>, no sólo porque cuando se alude a la empresa en el ámbito de la negociación colectiva se suele hacer referencia a todas esas posibilidades, sino también porque la razón de ser del acuerdo de empresa (el establecimiento de reglas, o la adopción de medidas, en definitiva) puede presentarse tanto en el conjunto de la empresa como en alguno de esos niveles inferiores. Hay que reseñar, por otra parte, que, aunque el acuerdo de empresa está diseñado especialmente para ese contexto, ningún motivo definitivo hay para excluir su uso en determinados ámbitos supraempresariales, siempre que concurra una mínima identidad de razón; tal es el caso, señaladamente, de los grupos de empresas, donde pueden existir problemas comunes que reclamen una actuación única o coordinada, y donde, como es sabido, se ha admitido la negociación colectiva, pese al silencio de la ley. Y cabe añadir, finalmente, que puede quedar algún espacio para el acuerdo de empresa en la modalidad de «acuerdo franja», siempre que tal unidad esté claramente delimitada, que las circunstancias detonantes del acuerdo tengan esa dimensión y que la introducción de estas reglas de

<sup>54</sup> Vid. C. ALFONSO, A. PEDRAJAS y T. SALA, *Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, cit., pág. 119.

<sup>55</sup> Con dudas, I. ALBIOL MONTESINOS, «Los acuerdos de empresa», AA.VV., *La estructura de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 1996, págs. 86-87.

afectación parcial no perturbe la organización del trabajo o de la actividad productiva en su conjunto<sup>56</sup>.

En relación con la eficacia personal de los acuerdos de empresa pueden presentarse dudas razonables en un plano meramente formal o especulativo, pero en realidad la respuesta no debe ser muy complicada. Aunque la atribución de eficacia limitada pudiera parecer la solución más correcta cuando falta una declaración legal expresa en otro sentido (que es precisamente lo que ocurre a propósito de los acuerdos de empresa), la tesis de la eficacia general tiene sin duda mayor fundamento en este caso, por varias razones. En primer lugar, porque nuestro sistema de negociación colectiva pivota de manera básica sobre ese tipo de eficacia, de tal manera que la limitación de efectos del convenio o acuerdo colectivo es más bien la excepción a la regla general. En segundo lugar, porque la llamada de la ley al acuerdo de empresa tiene lugar con ocasión de reglas o medidas que afectan, en principio, a la generalidad de los trabajadores dentro del ámbito correspondiente<sup>57</sup>. En tercer lugar, porque esa llamada se prevé en muchos casos a la par que la remisión al convenio colectivo estatutario de eficacia general, hasta el punto de que el acuerdo entra en juego en defecto de convenio, y para cumplir la misma función que éste<sup>58</sup>. Por último, porque la ley exige con frecuencia la ratificación mayoritaria del acuerdo, requisito que sólo tiene sentido cuando el acuerdo está dotado de eficacia general.

Conviene distinguir, en todo caso, entre la eficacia general de los acuerdos y el ámbito de aplicación de los mismos. Que el acuerdo esté dotado de eficacia general no significa que deba dirigirse o destinarse al conjunto de la empresa, o al conjunto de trabajadores de la misma. Por sus propios fines o por las circunstancias concurrentes, el acuerdo de empresa puede tener unos contornos más limitados. Así ocurrirá en un hipotético acuerdo franja, pero así ocurre también, habitualmente, en los llamados acuerdos de reorganización productiva, que son desde luego acuerdos con validez y efectos en el conjunto de la empresa, pero que pueden afectar a toda la plantilla (por ejemplo, en los casos de traslado completo de la empresa, de suspensión total de la actividad empresarial o de cierre definitivo de la empresa) o a una parte de la misma (traslado de un centro de trabajo, despido parcial, etc.). En esta segunda hipótesis, el acuerdo no deja de tener eficacia general, pero por su propia naturaleza tan sólo afecta a un grupo de trabajadores<sup>59</sup>.

Por otra parte, la atribución a los acuerdos de empresa de eficacia general no impide, en principio, la firma de acuerdos de eficacia limitada en el contexto empresarial, negociados, por ejemplo, por una organización sindical para sus afiliados, lo mismo que pueden firmarse convenios colectivos de eficacia limitada; puede tener sentido, por decirlo de ma-

<sup>56</sup> Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Unidad y pluralidad de los acuerdos de empresa», AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 191; J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y M. R. MARTÍNEZ BARROSO, «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41. 2 párrafo tercero del Estatuto de los Trabajadores», *La Ley*, núm. 3779 (1995), págs. 10-11, y J. GORELLI HERNÁNDEZ y A. VALVERDE ASENSIO, «Los acuerdos de empresa», *RL*, núm. 22 (1995), pág. 40.

<sup>57</sup> Vid. M. R. ALARCÓN CARACUEL, «La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos», cit., págs. 65 ss.

<sup>58</sup> Vid. C. ALFONSO MELLADO, «La negociación colectiva tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores», cit., págs. 97 ss.

<sup>59</sup> Vid. SANTOS FERNÁNDEZ y TORRENTE GARI, «Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas en procedimiento de despido colectivo», *AL*, núm. 10 (1995), págs. 156 ss.

nera más clara, que las representaciones sindicales pacten condiciones de trabajo más propicias o favorables para sus componentes (como un determinado régimen de distribución de la jornada a la largo del año), siempre que lo admita la organización de la empresa. Pero, verdaderamente, el campo de actuación de este otro tipo de acuerdos parece ser bastante restringido. En parte, porque la ley ya lo ha adjudicado, al menos en sus parcelas más relevantes, a los acuerdos de empresa en sentido estricto, esto es, a los que se conciben como acuerdos de eficacia general. Y en parte, porque muchas de las funciones que se asignan a esa modalidad de negociación colectiva tienen trascendencia general para la empresa o la plantilla de la empresa; afectan, por decirlo de otro modo, a cuestiones sustanciales o estructurales de la misma (clasificación profesional, documentación del salario, expedientes de regulación de empleo, etc. ), en las que no caben aquellas distinciones de tipo subjetivo. En todo caso, los hipotéticos acuerdos de eficacia limitada no pertenecerían al mismo bloque que los estrictos acuerdos de empresa; formarían parte, más bien, de ese otro terreno, más incierto e indeterminado, de la negociación colectiva informal.

## 8. LOS ACUERDOS DE EMPRESA EN EL SISTEMA DE FUENTES DE LA RELACIÓN LABORAL

Todo acuerdo o convenio colectivo, como es sabido, tiene una naturaleza híbrida, por cuanto, naciendo de un proceso contractual, tiene como objetivo principal la creación de reglas de carácter objetivo para la profesión correspondiente, destinadas a imponerse a los contratos de trabajo vigentes en su ámbito. El acuerdo o convenio colectivo, por consiguiente, necesita estar dotado no sólo de la fuerza vinculante propia de todo contrato (que, normalmente, se ciñe a los sujetos firmantes), sino también de una fuerza o virtualidad «normativa», para extender sus efectos a las relaciones de trabajo comprendidas en su ámbito. A falta de esta cualidad, difícilmente puede cumplir la función que le es propia; no pasaría de ser un mero contrato entre las partes. Eso es, seguramente, lo que pretende evitar el art. 37. 1 CE al exigir a la ley que garantice «la fuerza vinculante de los convenios».

Para el convenio colectivo propiamente dicho, esa fuerza normativa está garantizada, siquiera sea de forma indirecta, por el art. 82. 3 ET, al decir que «los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia»; también lo está, a fin de cuentas, por el art. 3. 1 ET, en la medida en que incluye a «los convenios colectivos» en el sistema de fuentes de la relación laboral y preserva su vigencia frente a la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, que no podrá contradecir a los mismos. Sin embargo, para los acuerdos de empresa no existe previsión similar. Ni cuentan con una declaración comparable a la del art. 82. 3 ET, ni se identifican dentro del cuadro de fuentes de la relación laboral del art. 3. 1 ET. Es verdad que en algunos casos el acuerdo ha sido asimilado al convenio colectivo típico desde el punto de vista de su efectos<sup>60</sup>, pero no hay

<sup>60</sup> Así sucede, concretamente, para los acuerdos de finalización de la huelga o del procedimiento de conflicto colectivo (arts. 8 y 24 DLRT; art. 154 LPL si se adoptan en fase de conciliación previa al proceso judicial de conflicto colectivo), y para los acuerdos de solución de conflictos de interpretación y aplicación de un convenio logrados a través de un procedimiento de mediación (art. 91 ET).

regla alguna que con carácter general despeje las incógnitas relativas a la naturaleza jurídica y a la manera de obligar de esta peculiar manifestación de la negociación colectiva, dando lugar así a las consiguientes dudas interpretativas<sup>61</sup>.

Para adentrarse en ese contexto es necesario atender, una vez más, a las singulares características y, sobre todo, a la específica función y razón de ser de los acuerdos de empresa. Dejando al margen algunos supuestos más particulares, esa función, como ya sabemos, se resume o bien en la regulación de condiciones de empleo y de trabajo (a veces, «descolgándose» de la regulación más general establecida por convenio colectivo), o bien en la adopción de medidas de reorganización productiva o de gestión del personal de la empresa. Para los acuerdos de regulación, la eficacia normativa parece ser una nota consustancial y una condición imprescindible, habida cuenta que de otro modo se verían imposibilitados de cumplir el encargo que directamente les viene impuesto por la ley<sup>62</sup>. Es evidente, además, que aunque no puedan equipararse a él por completo, estos acuerdos comparten con el convenio colectivo típico la tarea de proporcionar reglas objetivas para el correspondiente ámbito de trabajo, hasta el punto de que en algunos casos lo sustituyen y en otros muchos cubren sus ausencias o retiradas. La regulación proporcionada por el acuerdo de empresa sólo tiene sentido, a fin de cuentas, si, al igual que la del convenio colectivo, está capacitada para imponerse a los contratos de trabajo, esto es, si está dotada de las cualidades de obligatoriedad e inderogabilidad propias del convenio colectivo «estatutario»<sup>63</sup>.

Los acuerdos de reorganización productiva quizá merezcan una reflexión adicional. Su función, como ya sabemos, está más ligada a la toma de decisiones relativas a la gestión de la empresa y a la ubicación, adscripción funcional o volumen de sus recursos humanos. Su contenido, por ello mismo, se detiene normalmente en la adopción de compromisos o reglas de procedimiento, sin entrar propiamente en las condiciones de empleo; en principio, no vienen a proporcionar reglas sobre el trabajo, sino a canalizar o respaldar medidas de reestructuración o reajuste de plantilla<sup>64</sup>. Podría decirse, pues, que su contenido tiene más parte obligacional que normativa, en el sentido de que prácticamente se resume en la imposición de deberes a las partes. De todas formas, no puede olvidarse que tales acuerdos también tienen trascendencia para los contratos de trabajo incluidos en su ámbito, afectando a su situación (en caso de suspensión), a su vigencia (en caso de extinción), a

<sup>61</sup> Vid. J. RIVERO LAMAS, «Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994», cit., pág. 56.

<sup>62</sup> Vid. C. ALFONSO, A. PEDRAJAS y T. SALA, «Los pactos o acuerdos de empresa», cit., pág. 119; F. VALDÉS DAL-RÉ, «Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva», cit., pág. 37; M. R. ALARCÓN CARACUEL, «La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos», cit., págs. 65 ss., y M. APILLUELO MARTÍN, «Los convenios extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa», cit., págs. 140 ss. Particularmente, para los acuerdos de descuelgue, W. SANGUINETI RAYMOND, *La inaplicación parcial del contenido del convenio colectivo*, cit., págs. 188 ss., y para los de modificación, Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., págs. 27-28.

<sup>63</sup> Vid. J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, cit., págs. 105 ss.

<sup>64</sup> Vid. SANTOS FERNÁNDEZ y TORRENTE GARI, «Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas en procedimiento de despido colectivo», *AL*, núm. 10 (1995), págs. 156 ss.

sus términos (cuando se modifican el lugar de trabajo o las funciones asignadas) o a las condiciones de realización del trabajo (como ocurre, señaladamente, en los acuerdos de modificación, que por definición han de dar alguna alternativa a la regulación que les precede). Por tal motivo, también les resulta necesario estar dotados de eficacia normativa, para ir más allá del estricto ámbito de los sujetos firmantes. Prueba de ello es que el incumplimiento de lo acordado puede justificar no sólo acciones colectivas, sino también impugnaciones o demandas de carácter individual.

De cualquier manera, pese a esas importantes funciones, a su importante papel institucional y a su indudable capacidad de vinculación, los acuerdos de empresa no han sido incorporados formalmente al sistema de fuentes de la relación laboral diseñado por el art. 3 ET. ¿Quiere ello decir que no alcanzan la condición de fuente en sentido propio? La respuesta debe ser claramente negativa. La aparente ausencia de ese listado de fuentes no puede impedir que el acuerdo de empresa rija en el ámbito profesional correspondiente, ni tampoco que despliegue sobre el mismo la fuerza o capacidad normativa que indudablemente le atribuye la ley a lo largo de sus preceptos<sup>65</sup>, como acabamos de ver. La lógica no puede conducir, pues, más que a la conclusión de que el acuerdo de empresa también forma parte del conglomerado de fuentes por el que se rigen los contratos de trabajo, incrustándose en el mismo a través del art. 3. 1. b) ET. Aun siendo conscientes de las dificultades interpretativas que ello entraña<sup>66</sup>, debe entenderse en la actualidad que dicho precepto actúa como cláusula o referencia general para los acuerdos alcanzados a través de la negociación colectiva<sup>67</sup>.

Dentro del sistema de fuentes de la relación laboral, el acuerdo de empresa goza en principio de la posición jerárquica del convenio colectivo, que, como es sabido, se encuentra sometido a las «disposiciones legales y reglamentarias del Estado» (incluida, por supuesto, la Constitución), pero se impone a «la voluntad de las partes» expresada en el contrato de trabajo (párrafos 1. c y 5 del art. 3 ET)<sup>68</sup>, y a «los usos y costumbres locales y profesionales» (párrafos 1. d) y 4 del art. 3 ET). La relación del acuerdo de empresa con las citadas «disposiciones legales y reglamentarias del Estado» discurre por cauces similares a la relación ley/convenio colectivo, esto es, se rige en primer término por el principio

<sup>65</sup> Vid. M. CORREA CARRASCO, *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 189 y 219.

<sup>66</sup> Para un primer contraste de opiniones, M. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 121-123, y L. E. DE LA VILLA GIL, G. GARCÍA BECEDAS e I. GARCÍA-PERROTE, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 1991, pág. 183.

<sup>67</sup> Para un mayor desarrollo, J. GARCÍA MURCIA, *Los acuerdos de empresa*, cit., págs. 189 ss.

<sup>68</sup> La relación entre el acuerdo de empresa y el contrato de trabajo es, naturalmente, más rica y compleja de lo que puede deducirse en una primera aproximación a esa regla general. Por un lado, el acuerdo de empresa parece ceder en aquellos casos en que la ley remite directamente a la autonomía individual la regulación de una determinada materia, aunque sea en defecto de convenio colectivo (art. 26. 3 ET, a propósito de la estructura del salario). Por otro, el acuerdo de empresa viene a jugar, aunque sea de forma implícita, una cierta función de contención de la autonomía privada en la regulación de las condiciones de trabajo, evitando vacíos de regulación que de otro modo podrían ser aprovechados por la parte más fuerte del contrato, sobre todo en un contexto de progresiva retirada de la ley. El acuerdo de empresa, de ese modo, viene a proporcionar un nuevo bloque de reglas colectivas que se interpone entre la ley y el contrato, y que en su caso cubre las espaldas al convenio colectivo. Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «El sistema español de relaciones laborales. Una aproximación», *RL*, núms. 1-2 (1996), págs. 56-57.

de jerarquía pero queda matizada, al mismo tiempo, por aquellos otros criterios que tratan de garantizar un espacio vital o suficiente para la autonomía colectiva<sup>69</sup>. En el seno de esa relación, el acuerdo de empresa cumple esencialmente fines de colaboración con la ley, a través de las pertinentes llamadas o remisiones, que, dicho sea de paso, suelen manifestarse en términos amplios y escasamente condicionados. Con todo, también juega en ocasiones con arreglo al criterio de supletoriedad, que entra en escena, precisamente, cuando la ley, tras llamar al acuerdo de empresa, aguarda en un segundo plano para la eventual regulación de la correspondiente materia (arts. 29 o 34 ET).

En todo caso, la incorporación del acuerdo de empresa al sistema de fuentes entraña también un nuevo factor de complejidad en el interior del sistema de negociación colectiva, en la medida en que da vida a nuevas relaciones, y en su caso tensiones, entre sus distintos ingredientes. Aunque no existen reglas generales sobre esa nueva situación, es claro que el acuerdo de empresa mantiene en principio una posición subsidiaria y supletoria respecto del convenio colectivo, que se ve dotado así de mayor capacidad de maniobra, de una clara prioridad en el momento de actuar y, a la postre, de una especie de rango superior, en la medida en que no podrá ser desconocido ni perturbado por el acuerdo de empresa<sup>70</sup>. Es factible, de todas formas, que una y otra fuente colaboren en la regulación de una determinada materia o en el tratamiento de un determinado asunto laboral, especialmente cuando se desarrollen a distinta escala<sup>71</sup>, y cabe a veces la posibilidad, asimismo, de que el acuerdo de empresa se «descuelgue» de la regulación aportada con carácter general por el convenio colectivo, aunque para esto último es necesaria la pertinente habilitación legal (presente, como sabemos, en los arts. 41. 2 y 82. 3 ET). Más indeterminada, incierta e impredecible es la relación del acuerdo de empresa con la negociación colectiva de carácter informal y, en particular, con el convenio colectivo extraestatutario. Por su marchamo legal, el acuerdo de empresa debe prevalecer en principio sobre estas otras manifestaciones de la negociación colectiva, aunque la regulación procedente del convenio extraestatutario pudiera hacerle frente en determinadas circunstancias<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Vid. F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, «Nuevas relaciones ley-convenio colectivo», AA.VV., *Reforma laboral y negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 1995, págs. 35 ss.

<sup>70</sup> Vid. M. Correa Carrasco, *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, cit., pág. 275.

<sup>71</sup> Es claro que en aquellas empresas que cuenten con convenio colectivo propio queda muy limitado el espacio para este tipo de acuerdos, que se ven relegados prácticamente a un papel de ejecución o aplicación del convenio, previo encargo de éste. Vid. ALARCÓN CARACUEL, «La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos», AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva*, Pons, Madrid, 1995, págs. 70 ss.

<sup>72</sup> Vid. F. ELORZA GUERRERO, *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., págs. 335 ss.





## LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACION COLECTIVA

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Carlos III de Madrid

### EXTRACTO

La estructura de la negociación colectiva mantiene, en la actualidad en nuestro país, gran parte de los rasgos fisonómicos que la vienen caracterizando desde los años setenta: elevado grado de atomización y dispersión de unidades de negociación que, además, refleja un modelo convencional estático y con mínimos cambios en el entramado de las propias unidades de negociación. El anterior resultado no se ha visto alterado esencialmente a pesar de los numerosos intentos de introducir dosis de racionalidad en el tejido negocial. Ni las reformas legales, ni la intervención de la autonomía colectiva a través de instrumentos como el AINC que incorpora fórmulas de descentralización centralmente coordinada, han ayudado a transformar el citado modelo. En los últimos tiempos, han venido siendo objeto de debate diversas fórmulas que apuestan por un nuevo marco que ayude a introducir orden en tan inarmónico panorama. Variadas son las soluciones propuestas: desde las radicalmente descentralizadoras, que sitúan en el convenio de empresa el centro de gravedad del modelo, hasta las que inciden en el papel protagonista que en esa operación deben tener los convenios sectoriales. En el presente artículo se valoran unas y otras pero se apuesta por un modelo en el que se exploren los posibles equilibrios entre la función integrativa y gestora del convenio de empresa, adecuando sus funciones a un modelo bipolar en el que progresivamente desaparezcan los disfuncionales niveles intermedios de negociación y, típicamente, el anacrónico convenio provincial.

**INDICE**

1. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ¿PASADO O PRESENTE CONTINUO?
2. FACTORES DETERMINANTES DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. RADIOGRAFÍA DE LA ESTRUCTURA CONVENCIONAL: DATOS PARA LA REFLEXIÓN
4. ESTRUCTURA Y ORDEN: ¿RAZONES PARA LA ESPERANZA?
  - 4.1. La coordinación como razón ordenadora
  - 4.2. Orientaciones normativas y direcciones convencionales en la racionalización de la estructura negocial
5. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: ALGUNOS POSIBLES MODELOS DE ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONVENCIONAL
  - 5.1. Balance
  - 5.2. Perspectivas
    - 5.2.1. ¿Es posible la racionalización de la estructura convencional desde la empresa? La promoción de la función gestora y autónoma del convenio de empresa
    - 5.2.2. El dirigismo sectorial de la negociación de empresa: «la descentralización centralmente coordinada»
    - 5.2.3. Por un equilibrio entre la función integrativa y gestora del convenio de empresa

## 1. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ¿PASADO O PRESENTE CONTINUO?

Tras uno de los encuentros más significativos de Hans Castorp durante su estancia en el hospital de Davos, abre el narrador el siguiente capítulo con una reflexión sobre el significado del tiempo —«¿Qué es el tiempo. Un misterio sin realidad propia», dice—, introspección que es concluida señalando: «el entonces se repite sin cesar en el ahora, y el allá se repite en el aquí»<sup>1</sup>. Esta suerte de presente continuo, esta narración permanente en la que se hace difícil distinguir el pasado del presente y en el que ambos terminan fundidos en una inescindible unidad, cobra una especial significación en el tema objeto del presente estudio: la estructura de la negociación colectiva.

Quien abandonara a mediados de los años 90 del siglo pasado el estudio de esta institución, referente esencial para comprender el devenir de cualquier sistema de relaciones laborales, y decidiese años más tarde se acercase de nuevo a la misma, sufriría, casi con seguridad, una extraña sensación. En un momento cultural caracterizado por lo que se ha denominado por Lipovetsky «la sociedad de lo efímero», caracterizada por la volatilidad del tiempo y la variación de las modas<sup>2</sup>, el analista observaría con sorpresa que pocas cosas han cambiado en el balance de resultados existente en esta materia. Si hace más de una década decíamos que «el tejido negocial de nuestro país sigue manifestando una cierta atomización, llegándose con frecuencia a contradicciones internas entre los convenios que lo componen en ausencia de una política de articulación de los mismos», por la misma razón «sigue resultando de plena validez la calificación que de la estructura negocial de nuestro país se hacía a finales de los sesenta. Ciertamente, el estilo anarquizante y atomístico sigue siendo definitorio de la actual realidad negocial»<sup>3</sup>. La lectura de la Memoria del Consejo

<sup>1</sup> T. MANN, *La montaña mágica*, Barcelona, Edhasa, 2001, pág. 481.

<sup>2</sup> G. LIPOVETSKY, *L'Empire de l'éphémère. La mode et son destin dans les sociétés modernes*, París, Gallimard-Folio, 1987.

<sup>3</sup> J.R. MERCADER UGUINA, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 129.

Económico y Social para el 2003, lejos de proyectar sobre nosotros un significativo cambio concorde, en todo caso, con las profundas transformaciones vividas en nuestra realidad económica y social, viene a consolidar tan singular visión. Dice el referido informe: «como ya hemos apuntado en anteriores ediciones de esta Memoria en los últimos años apenas se ha producido evolución en la estructura de la negociación colectiva española. En este sentido, nuestra negociación colectiva sigue caracterizada por un elevado grado de atomización y dispersión de unidades de negociación que, además, refleja un modelo convencional estático y con mínimos cambios en el entramado de las propias unidades de negociación»<sup>4</sup>.

Las preguntas surgen de inmediato: ¿cuáles son las razones de esta congelación en el tiempo de nuestra estructura convencional?; ¿qué motivos explican que, pese a los reiteradamente manifestados deseos de los interlocutores sociales por transformar esta situación, la realidad permanezca invariable?; ¿es el dirigismo convencional la única solución racionalizadora? Las respuestas no son, desde luego, sencillas, como tampoco lo es aislar los plurales componentes que inciden en dicha realidad. Como es bien sabido, las estructuras de negociación evolucionan en respuesta a ciertas variables, tales como los factores económicos o de mercado y los intereses de los grupos sociales atentos siempre a los cambios y sucesos que proporciona la realidad social. Por lo general, todos ellos resultan factores de larga duración, consecuencia del dilatado período necesario para su consolidación. Su cambio sólo es posible de forma lenta y gradual, y ello porque la noción de estructura reenvía a su vez a las de organización y coherencia y, en suma, a relaciones suficientemente fijas entre realidades y masas sociales. La estructura es, indudablemente, un ensamblaje, una arquitectura, pero, más aún, es una realidad que el tiempo tarda enormemente en desgastar y transportar. Como gráficamente se ha dicho, las estructuras son «los arrecifes de coral de las relaciones humanas»<sup>5</sup>.

## 2. FACTORES DETERMINANTES DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La estructura de la negociación colectiva, entendida ésta como el cuadro en el que la negociación colectiva se desarrolla, constituye la red de órganos y procedimientos de negociación que se extiende dentro del sistema de relaciones laborales de un país, aplicándose tal expresión, en particular, a las divisiones y subdivisiones horizontales y verticales que deslindan, a veces con superposiciones parciales, los sectores y unidades dentro de los cuales se celebran las negociaciones, a esas unidades y a sus relaciones recíprocas, así como a las reglas que determinan la distribución de competencias entre los diversos niveles<sup>6</sup>. De forma más inmediata, es el conjunto de convenios colectivos de distinto ámbito vigentes en un momento determinado: viene a ser una «radiografía» del resultado global de la negociación colectiva, en la que aparecen los acuerdos alcanzados y sus mutuas relaciones.

<sup>4</sup> CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, *Memoria para el 2003*, Madrid, CES, 2004, pág. 314.

<sup>5</sup> I. WALLERSTEIN, *El nuevo sistema mundial*, Madrid, Siglo XXI, 1984, I, pág. 7.

<sup>6</sup> J.P. WINDMULLER, *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados*, Madrid, MTSS/OIT, 1989, pág. 125.

La escurridiza definición de este concepto juridificado por el art. 83.2 LET plantea numerosos problemas a la hora de hallar su recto significado. En cualquier caso, la noción de estructura negocial resulta, así, ciertamente compleja y deviene la suma o adición de una pluralidad de heterogéneos componentes. Los elementos fundamentales que definen la sintaxis convencional constituyen el resultado y son, por ello, efecto acumulativo de una serie de factores determinantes que definen las características y singularidades propias de que aquélla aparece dotada. El contexto productivo y tecnológico, el marco jurídico, el entorno político, la composición y dimensión del mercado de trabajo, la forma de organización de las partes sociales —su grado de democracia interna, el liderazgo efectivo existente en el seno de las mismas, la importancia de las presiones e influencia de la base o el particular modelo de representación a nivel de empresa empleado— constituyen, todos ellos, datos de enorme incidencia sobre la extensión, dimensión, grado de centralización, coordinación o descoordinación existente entre los diferentes niveles contractuales.

Estructura de la negociación y organización de los sindicatos y las asociaciones empresariales manifiestan una recíproca interrelación, de modo que los cambios en la distribución interna del poder en las organizaciones pueden resultar de los cambios legales orientados a cambiar la estructura de la negociación colectiva<sup>7</sup>. La característica básica de la representación sindical en la negociación colectiva de 2003 es, como en años anteriores, la presencia mayoritaria de los sindicatos más representativos a nivel estatal en los correspondientes procesos de negociación. CCOO ha participado en el 65,6 por 100 de las mesas negociadoras que han firmado y registrado sus convenios a 31 de diciembre de 2003 y, en términos muy similares, la participación de UGT ha sido de un 64,9 por 100. El porcentaje de trabajadores afectados por convenios negociados por estos sindicatos, sobre el total del colectivo cubierto por la negociación colectiva del año, se eleva al 97,7 por 100 en el caso de UGT y al 95,8 en el de CCOO.

La concepción de la negociación colectiva como una institución política y económica destinada a reglamentar y ordenar el mercado de trabajo constituye el presupuesto ineludible del que se debe partir a la hora de abordar cualquier aspecto relacionado con la misma. La negociación colectiva significa hoy día el medio de establecer la democracia industrial como condición esencial para la democracia política. Ciertamente, la negociación colectiva se concibe como una institución política destinada a regular las relaciones de poder entre las organizaciones en conflicto, siendo su finalidad, desde esta perspectiva, garantizar lo que se ha denominado la «paz industrial».

Precisamente por ello cualquier intento de abordar con valor de generalidad el estudio de esta materia y, en especial, tal y como ocurre en el presente caso, de definir con exactitud los rasgos identificadores de su fenomenología debe partir, necesariamente, de lo jurídico. Y ello es así, pese a los enormes problemas que plantea el estudio de las interacciones convencionales desde la perspectiva jurídico-formal. Como explicara Vardaro, el estudio del convenio colectivo ha estado imbuido por el «prejuicio positivista» que ha venido identificando el concepto lógico teórico de fuente con las formalmente asumidas por el propio Estado<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La estructura de la negociación colectiva*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

<sup>8</sup> G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, Lavoro e Diritto, 1987, I, págs. 229 a 287, espec., pág. 229.

Igual prejuicio, pero, esta vez, de corte sociologista supondría el actuar desconociendo la significación jurídica y el alcance directivo que poseen las intervenciones del Estado en esta materia pues, en última instancia, ello supondría incurrir en un tipo de formalismo tan perverso como el jurídico por nosotros conocido. Primero, porque no es posible construir una teoría general de la estructura de la negociación colectiva que, basada en una pretendida generalidad de los resultados obtenidos, obvie radicalmente el papel del Derecho en esta materia. Segundo, porque no es posible en realidades industriales como las que caracterizan nuestro entorno más cercano desconocer la función conformadora y, en numerosas ocasiones, «promocional»<sup>9</sup> que cumple el ordenamiento jurídico a la hora de orientar el diseño y definición del modelo de negociación colectiva ni considerar la intervención legal en esta materia como meramente neutra. La reforma operada en 1994 sobre el art. 84 ET o el más reciente Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva han servido para marcar pautas netamente dirigistas en esta materia.

De igual modo, es evidente que la estructura y, más genéricamente, la conducta de los agentes sociales en esta materia tienen un impacto sobre los comportamientos macroeconómico y microeconómico. Se ha señalado, de este modo, que existen cuatro elementos fundamentales de la negociación colectiva que influyen de forma evidente en la relación existente entre las instituciones del mercado de trabajo y los resultados económicos<sup>10</sup>: la cobertura de la negociación, la importancia relativa de los diferentes niveles en los que tiene lugar la negociación, el grado de coordinación en la negociación (tanto entre las partes como en el interior de cada parte) y, en fin, como antes señalábamos, el papel del Estado.

Pese a que el criterio conceptual utilizado típicamente para medir la referida variable (índice de centralización o descentralización de dicha estructura), es «un corsé excesivamente descriptivista»<sup>11</sup>, lo cierto es que economistas, juristas y sociólogos recurren a él a la hora de valorar las tendencias de dicha ordenación. Tal distinción, que en modo alguno resulta diacrónica, sino que, antes bien, es manifestación de un continuo a lo largo del cual se sitúan los sistemas estatales o subregionales de negociación, constituye una opción que, sin caer en reduccionismos, posee trascendentes efectos económicos. En términos macroeconómicos, se ha demostrado que los mejores resultados los obtienen aquellos países que se encuentran en los extremos, es decir, los que tienen los niveles más altos de centralización y los que los tienen más bajos. La paz social, la respuesta coherente y conjunta al ciclo económico y la más equitativa distribución de la renta que genera la centralización de la negociación colectiva parecen generar externalidades capaces de superar a la

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *La función promocional del Derecho*, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres Ed., 1980, págs. 367-381.

<sup>10</sup> S. MILNER, D. METCALF, *Relaciones laborales y resultados económicos en España*, Moneda y Crédito, 1995, núm. 201, pág. 23.

<sup>11</sup> En expresión de F. MIGUELEZ y O. REBOLLO, «Negociación colectiva en los noventa», en F. MIGUELEZ, C. PRIETO (Dir.), *Las relaciones de empleo en España*, Madrid, Siglo XXI, 1999, págs. 325-346, espec., pág. 332. En la misma línea se ha señalado que «los debates con descentralización y centralización como términos únicos y contrapuestos son intelectualmente empobrecedores y analíticamente ajenos a la realidad», en R. JAUREGUI, J.I. MOLTÓ GARCÍA, F. GONZÁLEZ DE LENA, *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 232.

ineficiencia de su ajuste de productividades. Mientras tanto, el ajuste entre productividad y salario, atribuible en teoría a esquemas de negociación descentralizada, genera buenos resultados en términos de progreso económico. Los países con mayores grados de desigualdad salarial son los que cuentan con esquemas de negociación más descentralizados. En el punto intermedio, como pudiera ocurrir en nuestro caso, combinaciones de negociación centralizada y descentralizada parecen someter a altos grados de incertidumbre a la determinación salarial, que no es capaz de asumir de manera fehaciente unos patrones de comportamiento eficientes<sup>12</sup>.

En suma, los factores que intervienen en la conformación del tejido negocial son plurales y los resultados de ese proceso de acción racional<sup>13</sup> son, como hemos visto, también relevantes a la hora de producir resultados que afectan tanto a los comportamientos sindicales, como a los económicos de sus participantes.

### 3. RADIOGRAFÍA DE LA ESTRUCTURA CONVENCIONAL: DATOS PARA LA REFLEXIÓN

Nuestra estructura negocial se caracteriza por varias notas esenciales: un excesivo número de convenios y de ámbitos de negociación, una paulatina homogeneización de las condiciones de trabajo, debido a la centralización de la negociación colectiva en torno a los convenios sectoriales (nacionales y provinciales), y un papel exiguo de la autonomía individual.

La extensión o grado de cobertura de la negociación colectiva constituye un primer factor que posee indudable importancia a la hora de comprender la estructura de la negociación colectiva. De prácticamente 80% de trabajadores afectados por convenios colectivos de otro ámbito con respecto al total de empleados vinculados a convenios, que se registraron en 1989, se ha pasado a cerca del 90% en los últimos años. En España, durante el año 2000, estaban vigentes 4.726 convenios que afectaban a 8.736.000 asalariados y a 1.123.000 empresas. La tasa de cobertura de la negociación colectiva, por lo tanto, fue del 95,3 por 100, para los asalariados del sector privado. Es decir, las condiciones salariales y de trabajo de 19 de cada 20 asalariados del sector privado estuvieron directamente marcadas por la negociación colectiva. Durante la última década ha tendido a crecer la tasa de cobertura. Esta es más alta en la agricultura y en la industria y menor en el sector servicios y en la construcción. Los convenios de empresa representaron el 72,5% del total de convenios colectivos, pero afectaron sólo al 10,6% de los asalariados del sector privado<sup>14</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación funcional de los convenios, del total de unidades de negociación registrados a 31 de diciembre de 2003, el 74,8% son de empresa. El resto son

<sup>12</sup> L. CALMFORS y J. DRIFFILL, *Bargaining structure, corporatism and macroeconomic policy*, Economic Policy, 1988, VI, págs. 13-47.

<sup>13</sup> Una interesante reflexión sobre el alcance de la acción colectiva en la elección de los modelos centralizados y descentralizados de negociación puede verse en J. ELSTER, *El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social*, Barcelona, Gedisa, 1991, págs. 178-194.

<sup>14</sup> Los datos pueden hallarse en S. RUESGA (Dir.), *Economía del trabajo y política laboral*, Madrid, Pirámide, 2002, pág. 171.

convenios negociados en ámbitos distintos al empresarial, con predominio de los del sector provincial, que representan al 81,4% de este tipo de convenios y al 20,5% sobre el total de la negociación colectiva del año. En cuanto a trabajadores cubiertos, los convenios de empresa acogen al 11,1%, con un ligero repunte respecto al año anterior, lo que supone una ruptura de la tendencia decreciente del porcentaje de efectivos afectados por este tipo de convenios, observada en los últimos años. Por otra parte, son, asimismo, los convenios sectoriales provinciales los que agrupan a un mayor número de trabajadores, un 55,6% del total y un 62,6% si atendemos únicamente al conjunto de convenios supraempresariales. En cuanto al porcentaje de empresas afectadas, un 69% del total lo están por convenios de sector provincial.

Los convenios sectoriales de ámbito estatal representaron en 2003 un 1,5% del total de convenios registrados, vinculando, no obstante, al 22,2% de trabajadores y al 13,2% de las empresas. Por su parte, los convenios sectoriales de ámbito autonómico representaron en 2003 un 1,3% del total, afectando a un 10,1% de trabajadores. Al respecto cabe significar el constante crecimiento de esta tipología de convenios, así como de la población laboral cubierta por los mismos. Los convenios de grupo de empresa suponen un 1,6% del conjunto de convenios registrados hasta el 31 de diciembre de 2003, afectando a un 0,8% de trabajadores. En definitiva, la estructura de la negociación colectiva española, como se ha comentado anteriormente, apenas ha sufrido, en los últimos años, variaciones significativas. Al respecto, cabría considerar el descenso en la población cubierta por la negociación colectiva sectorial nacional, en beneficio de los convenios colectivos sectoriales autonómicos y, en menor medida, de los de sector de ámbito provincial.

En lo que se refiere a la evolución de las ratios de trabajadores cubiertos por las distintas unidades de negociación, se observa una doble tendencia: en los convenios de empresa, las plantillas medias han descendido, debido, a su vez, a un doble fenómeno. De una parte, a la progresiva disminución de las plantillas de grandes empresas con convenio propio, y la aparición de unidades de negociación empresarial de tamaño más reducido. De otra parte, a la exclusión de determinados colectivos de trabajadores del ámbito de aplicación personal del convenio. En este sentido, la plantilla media en 1983, en este tipo de convenios, era 452 trabajadores, descendiendo a 348 en 1990, a 302 trabajadores en 1995 y a 278 en 2003. En los convenios supraempresariales, la tendencia es la contraria, el volumen de trabajadores afectados por estos convenios experimenta un continuo crecimiento debido, a su vez, al incremento de unidades empresariales acogidas a los mismos, así como al crecimiento de las plantillas medias de dichas empresas. Al respecto, en 1983, estos convenios cubrían de media a 4.028 trabajadores, en 1990 a 4.840 trabajadores, en 1995, 4.803 trabajadores y en 2003, 6.574 trabajadores. Distinguiendo el ámbito funcional dentro de los convenios supraempresariales y con datos de 2003, las ratios de empresas y trabajadores por convenio serían los siguientes: en los convenios estatales, 2.146 empresas y 27.796 trabajadores respectivamente; en los convenios sectoriales autonómicos 3.257 empresas y 14.699 trabajadores; y en los provinciales sectoriales, 815 empresas y 5.058 trabajadores.

La opción por la estructura funcional de la negociación de convenios en particular desde la constatación de la preeminencia del convenio sectorial provincial merece una reflexión. Es evidente que la opción por este ámbito «no refleja la realidad productiva o laboral de nuestro país, sino las exigencias administrativas de control que convenían al sindicato franquista (Organización Sindical Española)». Sociológicamente se ha puesto de relieve los

inconvenientes de esa opción para los trabajadores, pues se ha explicado que «los sindicatos de un determinado ramo —metalurgia, comercio, alimentación, etc.— pueden ser mucho más fuertes o débiles en una provincia que en otra» y, del mismo modo, «la patronal puede estar más o menos organizada» lo que influirá, se dice, «no sólo en el proceso de negociación y en sus resultados formales, sino también en la eficacia de las medidas negociadas»<sup>15</sup>.

Pero esta situación tampoco es, en modo alguno, neutra desde la perspectiva económica. Como han explicado Abellán, Felgueroso y Lorences<sup>16</sup>, las estructuras salariales pactadas en los convenios colectivos provinciales son más estrechas que las pactadas en los convenios interprovinciales, aunque los salarios efectivamente percibidos son superiores que los de convenio para las categorías más altas. De este modo, una estructura de negociación muy centrada en el ámbito provincial, como la existente en España, tiene como consecuencia inmediata un mayor encarecimiento de la mano de obra; y, en particular, de la menos cualificada, los llamados «puestos de entrada». Este encarecimiento puede tener consecuencias importantes sobre aspectos tan significativos como la formación profesional. Tan negativos resultados han llevado a los referidos autores a proponer, incluso, la eliminación del carácter automático de la eficacia general de los convenios provinciales, limitando a la vez su actividad convencional exclusivamente a la determinación de tarifas salariales y a desarrollar otras condiciones, delegadas por los convenios nacionales, como la distribución de la jornada y la adaptación a ese ámbito de las condiciones generales<sup>17</sup>.

A lo anterior abría que añadir, para completar la «radiografía» de nuestra estructura convencional, dos rasgos que, de alguna manera, introducen alteraciones en la estructura de la negociación colectiva de los últimos años, tal y como pone de manifiesto la *Memoria del Consejo Económico y Social para el 2003*. De una parte, la progresiva aparición de convenios sectoriales de ámbito autonómico. De otra parte, la emersión de unidades de negociación que responderían a las actuales realidades socioeconómicas de la actividad empresarial. En este sentido, el nuevo contexto productivo impulsa una doble tendencia: de un lado, una tendencia hacia la concentración empresarial en grupo de empresas; de otro lado, la extensión de la descentralización productiva y el incremento de los procesos

<sup>15</sup> Los entrecomillados pertenecen a F. MIGUELEZ y O. REBOLLO, *Negociación colectiva en los noventa*, cit., pág. 332.

<sup>16</sup> C. ABELLÁN, F. FELGUEROSO, J. LORENCES, *La negociación colectiva en España: un reforma pendiente*, PEE, 1997, núm. 72, págs. 254-256.

<sup>17</sup> La propuesta que realizan C. ABELLÁN, F. FELGUEROSO, J. LORENCES, *La negociación colectiva en España: un reforma pendiente*, cit., pág. 259, podría sintetizarse en la existencia de dos rondas de negociación: la primera estaría integrada por los convenios de carácter nacional, que se reservarían en exclusiva la regulación de las condiciones no monetarias de trabajo que pudiesen afectar a la movilidad territorial de los trabajadores, y por los convenios provinciales, donde se pactarían esencialmente las condiciones monetarias, con eficacia limitada a las organizaciones firmantes; en la segunda ronda, el resto de empresas decidiría libremente adherirse al convenio provincial, negociar otro acuerdo particular o revisar el convenio para adaptarlo a sus circunstancias, con intervención de la Administración. Evidentemente, el hecho de que los agentes ajenos a las organizaciones firmantes puedan *libremente* adherirse o no al convenio provincial supone una limitación del poder con que cuentan actualmente los negociadores, ya que el alcance de sus acuerdos quedaría sujeto al refrendo definitivo de los trabajadores y empresas no afiliados.



de subcontratación. Este doble proceso de expansión y desintegración empresarial<sup>18</sup> de «naturaleza *reconstructiva*»<sup>19</sup> conlleva la creación de unidades de negociación nuevas. Así, la descentralización productiva está generando nuevos convenios, fundamentalmente de empresa, caracterizados por incluir en su ámbito funcional una gran diversidad de actividades productivas que enmarcarían la organización del trabajo y las condiciones laborales en la red de empresas derivadas de ese proceso de descentralización productiva<sup>20</sup>. Además, aparecen también otras unidades de negociación constituidas por los grupos de empresas, aunque en un porcentaje notablemente inferior al que podría estimarse del número de grupos empresariales existentes en la realidad productiva española.

#### 4. ESTRUCTURA Y ORDEN: ¿RAZONES PARA LA ESPERANZA?

##### 4.1. La coordinación como razón ordenadora

Considerada la estructura como conjunto o grupo de elementos relacionados entre sí según ciertas reglas, o algún conjunto de elementos funcionalmente relacionados, «el conjunto o grupo es un todo y no una mera suma; precisamente por eso en la descripción de una estructura de esta índole salen a relucir vocablos como «articulación», «compentetración funcional» y, a veces, solidaridad»<sup>21</sup>.

El principio de coordinación implica que las relaciones entre los diversos niveles de negociación deben hallarse estructuradas de forma que sus actuaciones se potencien o se complementen y que no se incurra en actuaciones contradictorias o innecesarias. La finalidad específica de los instrumentos de coordinación convencional está constituida por el logro de la ordenación, regulación y armonización de la propia contratación colectiva, tratando las partes de estructurar esa contratación tanto desde una perspectiva jurídico-formal —estableciendo las posibles unidades de negociación, ordenándolas y regulando las relaciones entre ellas—, como jurídico-material —marcando los posibles contenidos sustantivos de las diferentes unidades o niveles de negociación, o señalando las materias susceptibles de negociación en cada una de ellas—.

El problema de la relación entre convenios colectivos de diferente nivel constituye, sin duda, una cuestión jurídica pero también un problema de política sindical. En la medida en que los diferentes núcleos de agregación de intereses sindicales buscan, a través de la negociación, sus propios espacios de poder, la formación de una red convencional orde-

<sup>18</sup> No obstante, ambas líneas no resultan contradictorias pues, como ha señalado LORD WEDDERBURN, «Consultation and collective bargaining in europe: success or ideology?», *ILJ*, 1997, v. 26, núm. 1, n. 67, «la “descentralización” a nivel de empresa no es contradictoria con la “centralización” a nivel europeo y ambas deben estar presentes en el ajuste de las relaciones de poder en cada sistema legal particular».

<sup>19</sup> La empresa se está haciendo y deshaciendo continuamente en el mercado. Detrás de todo proceso de construcción empresarial viene otro de *deconstrucción* para reconstruir el mercado, y así sucesivamente. Un juego dialéctico de naturaleza cíclica y acumulativa que se realimenta, como señala A. S. SUÁREZ SUÁREZ, *Nueva economía y nueva sociedad. Los grandes desafíos del siglo XXI*, Madrid, Prentice Hall, 2001, pág. 118.

<sup>20</sup> *In extenso*, sobre la idea de «redes empresariales», M. CASTELLS, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, Vol. 1, págs. 179-196.

<sup>21</sup> J. FERRATER MORA, *Voz Estructura*, en *Diccionario de Filosofía*, II, Barcelona, Ariel, 2001, pág. 1126.

nada depende, en gran medida, de la voluntad de los diferentes sujetos de adaptar sus decisiones y actuaciones a tal fin, adaptación que necesariamente conlleva cierta cesión de su soberanía. Por ello, los objetivos fundamentales a los que se destinan globalmente los esfuerzos de los agentes sociales a través del mecanismo de la coordinación resultan, de un lado, la búsqueda de 'transparencia', entendiendo por tal la distribución clara de competencias entre los niveles negociales y el respeto de los espacios convencionales alcanzados por los distintos sujetos colectivos; y, de otro, la «eficiencia» en la actuación de los distintos niveles, lo que se concreta en la *asignación* a cada ámbito de las materias que sean más apropiadas a su capacidad de gestión, buscando hallar el nivel óptimo de negociación. Se trata, en suma, de acuñar lo que resulta un valor preservado y perseguido por la propia normativa internacional. Es así que la Recomendación 163 OIT establece como pauta a seguir por las normativas internas de los diferentes Estados miembros que «en los países en que la negociación colectiva se desarrolla en varios niveles, las partes negociadoras deberán velar por que exista coordinación entre aquéllos» (art. 4.2).

#### 4.2. Orientaciones normativas y direcciones convencionales en la racionalización de la estructura negocial

El propósito de reconversión del tejido negocial constituye un objetivo reiteradamente manifestado por los agentes sociales desde los primeros acuerdos centralizados interconfederales. Así, en el emblemático ABI, de 1979, suscrito entre CEOE y UGT, auténtico precedente del Título III ET, ambas partes manifestaron expresamente la necesidad de tender, en el próximo futuro, a «reducir el número de unidades de negociación». Aún de forma más tajante se manifestó el apartado IX del AMI, de 1980, a cuyo tenor, 'analizada la estructura actual de la negociación colectiva en la totalidad del país, las partes ante la atomización de unidades de contratación manifiestan su deseo y coinciden en la necesidad de tender en el futuro a superar dicha situación». Deseo que pasó posteriormente a los artículos 7 y 8 del AI de 1983, y luego al propio AES de 1984, cuyo Capítulo V del Título II (art. 10), reiteró la necesidad de «propiciar el establecimiento de otra más adecuada (estructura negocial), atendiendo a las circunstancias que concurran en cada caso».

El ordenamiento jurídico español, en la inicial redacción de ET, se situó a caballo entre los sistemas estatales que establecen de forma absoluta e imperativa la ordenación del tejido negocial y aquellos otros que dejan las manos libres a la autonomía colectiva para efectuar tal operación. El ET impulsaba a los propios sujetos sociales para que sean ellos mismos los que, conscientes de sus particulares intereses, establecieran reglas específicas que facilitasen la deseada racionalización convencional. No obstante, dicha función de impulso no resulta meramente neutra sino que, antes al contrario, la intervención estatal en esta materia establece las reglas del juego fijando las directrices materiales fundamentales por las que habrá de discurrir la acción de los agentes negociadores. Así, el art. 83.2 LET previó la posibilidad de acuerdos sobre ordenación de niveles de negociación, sobre concurrencia de convenios y sobre articulación de niveles de negociación, identificando quiénes son los agentes negociadores capacitados para tal objeto y otorgando plena eficacia vinculante al resultado de dicha negociación. Por su parte, el art. 84 ET buscaba consolidar dos funciones básicas: la función de seguridad (avalando la vinculación del acuerdo) y la función de previsibilidad (garantizando la planificación de las operaciones económicas).

Funciones ambas expresamente subrayadas por la doctrina de nuestros Tribunales, que señalaron cómo el citado precepto sirve de garantía a los «intereses de los sujetos de las relaciones laborales, de un lado, al contractual de estabilidad normativa de las relaciones de trabajo, a la vez que como medio para la programación de su actividad y seguridad de los costes de personal»<sup>22</sup>.

La reforma de 1994 pretendió ampliar los contenidos de la negociación colectiva, permitiendo que condiciones laborales anteriormente reguladas por ley pudieran ser objeto de negociación. La misma trató de fomentar la descentralización de la negociación colectiva, estableciendo la obligación de incluir *cláusulas de descuelgue* en todo convenio de ámbito superior a la empresa (es decir, las condiciones bajo las que éste puede no aplicarse) y otorgó prioridad a los convenios de ámbito inferior, salvo los de empresa, frente a los de ámbito superior (excepto para una lista de materias no negociables en ámbitos inferiores), abriendo así la posibilidad de firmar convenios de ámbito autonómico que concurrieran con convenios de ámbito estatal. La referida reforma tuvo una doble significación, por una parte, las referidas normas vinieron a incrementar el grado de intervención de la norma estatal respecto de la estructura negocial y, de otro, la referida reforma «viene marcada por un objetivo de ahondar en las posibilidades de descentralización de la estructura y, en particular, de facilitar la flexibilización de las condiciones a los niveles más reducidos, empresa y centro de trabajo»<sup>23</sup>.

Por su parte, el AINC diseñó un modelo ideal de estructura a determinar por los propios negociadores en los ámbitos sectoriales, estableciéndose qué materias han de regularse en cada uno de los correspondientes niveles o unidades de negociación. El referido acuerdo vino a sentar unas pautas en torno a aquellas materias que han de quedar reservadas al convenio sectorial estatal (materias de directa aplicación), que no son únicamente las previstas en el art. 84 ET, sino también aquellas mencionadas en el propio AINC. Como solución, propugnaba primar el convenio estatal de rama de actividad y recomendaba una determinada distribución de materias por ámbitos de negociación, reservando al convenio estatal de rama un conjunto de materias, más amplio que el contemplado por el ET para los convenios de ámbito superior a la empresa. Como, con acierto, se ha señalado en el citado Acuerdo se contiene un intento de contribuir a «la conformación de un nuevo sistema de negociación colectiva», un proyecto que se materializa en torno a un «paradigma de estructura contractual»<sup>24</sup>. La finalidad del mismo se dirige, en actitud dirigista, si se me permite el juego de palabras, a reordenar el tejido negocial modulando el papel que dentro del mismo ocupa la negociación empresarial, situando el centro de gravedad en el ámbito estatal al convertir al mismo en unidad «dominante»<sup>25</sup>. La referida propuesta representa con

<sup>22</sup> Para un análisis en profundidad del significado de ambas normas desde la perspectiva de la estructura negocial, *vid.*, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva», *REDT*, 1987, núm. 30, págs. 187-205.

<sup>23</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *Comentario al art. 84, en Estatuto de los Trabajadores comentado*, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 1001.

<sup>24</sup> F. VALDÉS DAL-RÉ, «Reforma de la estructura contractual y autonomía colectiva», *RL*, 1999, núm. 15, pág. 3.

<sup>25</sup> M.E. CASAS BAAMONDE, «El Acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva: continuidad e innovación de contenidos y propuestas de reforma de la estructura de la negociación colectiva», en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M.E. CASAS, *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, Tecnos, 1998, pág. 202.

claridad, como agudamente ha puesto de relieve Casas Baamonde, la apuesta por la centralización de la negociación colectiva, «en la que la unidad estatal aparece ordenada desde arriba por los acuerdos interprofesionales, y completada, hacia abajo, por otros niveles de negociación sectoriales de ámbito infraestatal y, en último término, de empresa»<sup>26</sup>.

En cuanto al desarrollo de la negociación colectiva sectorial de ámbito nacional, y del modelo que pretende el AINC, se ha procedido tímidamente a la adopción de nuevos convenios de ámbito estatal, algunos en nuevas actividades, redefiniéndose también ámbitos sectoriales de negociación y se ha procedido a la sustitución de antiguas Ordenanzas Laborales<sup>27</sup>. A lo largo de los últimos tiempos, no obstante, se han venido observando un importante número de intentos de racionalización de la negociación que se añaden a aquellos que tradicionalmente se habían situado en la vanguardia en esta materia, tal es el caso del sector de la construcción, como ocurre en el caso de sectores como metal, madera, corcho, ETTs, telemarketing, etc).

En esta actuación hay una actitud reactiva frente a los cambios normativos operados en 1994 sobre la norma fundamental en la ordenación del tráfico convencional: el art. 84 ET. Como ha puesto de relieve Pérez de los Cobos, «ha sido justamente cuando el legislador ha despojado a los agentes sociales de su capacidad para ordenar y articular la negociación colectiva cuando los agentes sociales, primero a nivel intersectorial han negociado y firmado un acuerdo que versa monográficamente sobre la cuestión, en la que pretenden poner orden, y luego a nivel sectorial han multiplicado los intentos de estructuración y ordenación». Dicha línea de tendencia se pone de relieve en el hecho de que «salvo rara excepción (por ejemplo el convenio de centros de enseñanza de peluquería y estética, enseñanzas musicales y artes aplicadas, el de Colegios Mayores Universitarios o el de enseñanza privada), la articulación no se ha abordado partiendo de las limitaciones que el art. 84.2 y 3 ET representa respecto de lo previsto en el art. 83.2 ET»<sup>28</sup>.

La jurisprudencia ha ocupado un papel importante en la definición de este modelo ponderando los excesos centralizadores que se observaban en algunos convenios sectoriales de ámbito estatal. Significativo resulta, en este punto, el caso del convenio de la madera. Dicho convenio, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todas las empresas y trabajadores que llevan a cabo «las actividades de la industria de la madera», contenía en su articulado, al amparo de lo dispuesto en el art. 83.2 ET, cláusulas de estructuración de la negociación colectiva y reglas para resolver los conflictos de concurrencia que pudieran plantearse. Entre ellas, una «renuncia expresa al ejercicio, en las unidades de negociación de ámbito inferior al de este convenio, de lo previsto en el párrafo segundo del art. 84 ET, en relación con las materias» expresamente determinadas en el mismo.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre el particular en su STS 22 de septiembre de 1998 (RJ. 7576), doctrina que ha vuelto de nuevo a reiterar en la más reciente STS 26 de enero de 2004 (RJ. 1373). En la misma se pone de relieve que «no cabe duda que los mandatos que recogía y recoge el referido art. 83.2 han resultado afectados por la nueva redac-

<sup>26</sup> M.E. CASAS BAAMONDE, *El Acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva...*, cit.,

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, J. CRUZ VILLALÓN, «La estructura de la negociación colectiva y el Acuerdo Interconfederal de negociación colectiva de 1997», *TS*, 1998, núm. 89, págs. 21-46.

<sup>28</sup> Los entrecomillados pertenecen a F. PÉREZ DE LOS COBOS, *Conclusiones generales*, en *Experiencias de negociación colectiva articulada*, Madrid, MTAS, 2003, págs. 302-303.

ción del art. 84, párrafo segundo, pues éste ha reducido y limitado el alcance y extensión de aquellas disposiciones... Este art. 84.2 ha estatuido, por razones de carácter político, un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el art. 83.2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales de modo tal que en ámbitos inferiores al de estos convenios y acuerdos, pero superiores al de empresa, se pueden suscribir pactos colectivos «que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior». De modo que, «el mandato establecido en la norma comentada (párrafo segundo del art. 84) no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sean cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional», pues constituye «derecho necesario», lo que significa que no puede reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan».

La referida doctrina queda contundentemente resumida del modo siguiente: «a) La extensión y vigencia aplicativa del art. 83.2 ET han quedado sensiblemente reducidas por mor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 84, pues ya no alcanzan a aquellos convenios y acuerdos colectivos que, siendo de ámbito inferior a los pactos a que alude este art. 83.2, tienen un radio de acción superior a la empresa. b) Ahora bien, las reglas que se contienen en estos preceptos son de una marcada complejidad, lo que significa que no todos los convenios de ámbito superior a la empresa e inferior al de los contemplados en el art. 83.2 quedan fuera del alcance de este último artículo; puesto que para que tal exclusión se produzca es necesario además que el convenio cumpla los requisitos que determina el comentado párrafo segundo del art. 84, y también que la regulación contenida en el mismo no se refiera a ninguna de las materias que se reseñan en el párrafo tercero de dicho art. 84. c) Ello supone que las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las que tienen por objeto la solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, establecidas en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que alude el art. 83.2 tienen plena fuerza vinculante en relación con los siguientes convenios comprendidos dentro del ámbito de aquellos: los convenios de empresa o de ámbito inferior a la empresa; los convenios de ámbito superior a la empresa que no reúnan los requisitos que exige el párrafo segundo del art. 84; los convenios de ámbito superior a la empresa, aunque cumplan las exigencias de dicho párrafo segundo del art. 84, en cuanto traten de la regulación de las materias a que se refiere el párrafo tercero de tal precepto. d) En consecuencia, y por el contrario, las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios estatuidas en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2, carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios colectivos que, encontrándose en el radio de acción de los anteriores, son de ámbito superior a la empresa y cumplen los demás requisitos que impone el párrafo segundo del art. 84, siempre que sus normas no traten sobre las materias mencionadas en el párrafo tercero de este precepto».

La doctrina de suplicación ha seguido a la del Supremo y, por tanto, se modulan las finalidades expansivas perseguidas por los convenios supraempresariales que limitaban la actividad negociadora de los de ámbito inferior. Así ocurre en la STSJ Galicia de 31 de octubre del 2000 (AS 3745)<sup>29</sup>, que, en relación con la regulación de la jornada, afirma la

<sup>29</sup> Véase el interesante comentario de la misma de A. ARUFE VARELA, AS, 2000, núm. 18 (WESTLAW).

preferencia aplicativa del Convenio de la Pintura de la provincia de La Coruña frente al General de la Construcción; o el de la STJ País Vasco de 31 de octubre del 2000 (AS 3565), en la que se hace preferente aplicación del Convenio colectivo de oficinas y despachos de Vizcaya en la pugna con el Convenio colectivo nacional para empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos; o, en fin, la STJ País Vasco de 27 de febrero del 2001 (AS 4351) y, en la misma línea que la anterior, la STSJ País Vasco de 20 de mayo de 2003 (AS 2980), en las que se afirma la preferencia aplicativa del Convenio colectivo provincial de Vizcaya de oficinas y despachos en una situación de concurrencia con el convenio colectivo nacional de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable.

Pero si la indiferencia hacia la regulación legal ha sido la nota característica a la hora de definir el modo de actuar de los niveles centrales de la estructura contractual a la hora de proceder a establecer reglas racionalizadoras, no se puede decir que los niveles inferiores se hayan comportado con exquisito respeto tampoco hacia la regulación legal y se han desentendido de las imposiciones legales y de las reglas de imposición trazadas desde los convenios de ordenación. Como se pone de relieve en el informe sobre «*Experiencias de negociación colectiva articulada*», «la confrontación de las normas marco con la negociación de ámbitos inferiores no puede sino producir desazón, por cuanto si algo resulta verdaderamente notable del análisis es el alto nivel de incumplimiento, cosa que resulta especialmente sorprendente en aquellos sectores en los que las pretensiones centralizadoras del convenio estatal han ido muy lejos. El incumplimiento, en ocasiones, y es dato a tener en cuenta, ultrapasa las posibilidades que abre el art. 84 El y vulnera directamente la reserva material contenida en el mismo. En efecto, no es infrecuente que convenios colectivos de ámbito inferior al estatal no sólo entren a regular de nuevo las cuestiones que al amparo de lo prevenido en el art. 84.2 ET son susceptibles de su «afectación» sino que regulen asimismo materias que de acuerdo con lo prevenido en el art. 84.3 no pueden ser objeto de la misma». A ello se añade que «a menudo éstas dinámicas centrífugas que se producen en los convenios de ámbito inferior se abren por los mismos sujetos colectivos, si bien que de ámbito territorial menor, que negociaron el convenio de ámbito estatal, esto es, por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas»<sup>30</sup>.

## 5. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: ALGUNOS POSIBLES MODELOS DE ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONVENCIONAL

### 5.1. Balance

Como dijo Elster, «una razón por la que es tan importante la causalidad desde un punto de vista práctico es que, frecuentemente, el efecto no se produce sin una causa»<sup>31</sup>. La causa de nuestra anómica y autista realidad convencional es el resultado de la adición de los diversos elementos que hemos ido desgranando a lo largo de las páginas anteriores.

<sup>30</sup> Los entrecomillados pertenecen a F. PÉREZ DE LOS COBOS, *Conclusiones generales*, en *Experiencias de negociación colectiva articulada*, Madrid, MTAS, 2003, pág. 306.

<sup>31</sup> J. ELSTER, *El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social*, cit.,

Es evidente que la regulación legal no ha sido todo lo eficiente en términos ordenadores que hubiera cabido esperar. La reforma del art. 84 ET que efectuó la Ley 11/1994 fue vista por algunos como una posibilidad de dotar de orden al caótico sistema convencional entonces existente. Bien es verdad que en seguida se alzaron voces que pusieron en cuestión tan cándida visión. Es así que De la Villa manifestó de forma inmediata su escepticismo sobre los resultados de dicha reforma señalando con rotundidad: «me resisto a admitir que esta precipitada reforma vaya a resolver las disfunciones [...], mientras no se supere la contradicción insalvable que encallece la negociación colectiva de la democracia de los setenta; superación seguramente asequible por entonces y ahora poco menos que inviable, confortablemente escondidos todos en la trinchera del convenio colectivo erga omnes sin apenas esfuerzo, pero a costa de empobrecer la vida sindical y asociativa en su conjunto»<sup>32</sup>.

Tampoco parece que los propios actores sociales hayan confiado en su propia fuerza negociadora y que, trascendiendo de su espacio natural de negociación, hayan dado paso a sistemas articulados o, por mejor decir, coordinados de negociación. Como ha quedado expuesto, ni los niveles superiores se han mostrado respetuosos con los inferiores cuando se han embarcado en procesos de racionalización, ni parece tampoco que los inferiores hayan tenido especial respeto por las reglas legales diseñadas por el art. 84 y 83.2 ET. A ello debe añadirse que cuando los jueces han tratado de mediar en el referido conflicto de poderes lo han hecho de forma que, si bien debe, en conjunto, considerarse como respetuosa con el principio de autonomía colectiva, han limitado de forma tan rotunda el alcance de los instrumentos racionalizadores puestos a su disposición por la legislación estatutaria que los resultados obtenidos han sido doctrinalmente cuestionados. Línea crítica representada por Valdés que, al cuestionar el alcance de la comentada STS 22 de septiembre de 1998, señala: «la autonomía colectiva no dispone, en el contexto normativo instituido por la Ley 11/1994, de margen alguno de maniobra para ensayar fórmulas de articulación negocial distintas de las que prefigura el legislador mismo. El dirigismo contractual constituye, así, un obstáculo insuperable para que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas puedan ejercer, de manera real y efectiva, la facultad de gobierno del sistema de relaciones laborales»<sup>33</sup>.

La «autarquía relativa» de las distintas unidades de negociación, tal y como la definimos hace años, sigue siendo, a día de hoy, una realidad incuestionable. Cada ámbito negocial se ha convertido en feudal territorio numantinamente defendido por los representantes sindicales y patronales que allí moran, ayudados, en todo caso, por una regulación legal que, salvo en la excepción conocida y que representa el art. 84.3 ET, ha servido fielmente a los fines de estabilidad y consolidación de las unidades de negociación existentes. La ausencia de normas de conexión entre los distintos niveles de negociación o, cuando estas existen, los inevitables problemas de reconocimiento mutuo del poder convencional que esgrimen los sujetos colectivos que participan en la negociación, hacen de cada convenio una suerte de «rex in regno suo», impermeable a las posibles llamadas a la coordinación proce-

<sup>32</sup> L.E. DE LA VILLA GIL, «Prólogo», a J.R. MERCADER UGUINA, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, Civitas, 1994, pág. V.

<sup>33</sup> F. VALDÉS DAL-RE, *Reforma de la estructura contractual y autonomía colectiva* (II), cit., pág. 43.

dentes de otros niveles. La anterior realidad impulsa la conservación de ese particular «síndrome cantonal» que afecta a nuestra estructura de la negociación.

Esta situación de esclerosis convencional produce, en ocasiones, notables desajustes. La pervivencia en el tejido convencional de los rasgos maestros que sirvieron para definir la estructura de la negociación colectiva de los años 70 es buena muestra de lo anacrónico, del peso de la historia podría decirse, pero, sobre todo, de la dificultad de transformar los hábitos de nuestros negociadores. Mientras que en la realidad comparada los niveles intermedios de negociación languidecen, y se tiende a conformar un modelo bipolar de interacción negocial, nuestro sistema mantiene un sistema tripolar ineficiente en términos sociales y económicos, como ha quedado más arriba expuesto, al incorporar con plena conciencia al convenio provincial de sector<sup>34</sup>. Sin que el recurso a tal producto puede considerarse como «artificial», lo cierto es que el mismo constituye, por lo expuesto, una más que evidente distorsión a la hora de proceder a un ajuste racional de nuestra estructura de negociación.

Intereses sindicales y empresariales creados, ineficientes respuestas jurídicas, actuaciones jurisprudenciales desequilibradas y un largo etcétera de factores han contribuido al ya conocido resultado. Así las cosas, cabe plantearse de forma realista cuáles deben ser, si estos son posibles, los caminos por los que debería transitar una futura reforma del sistema de negociación colectiva en este punto. Una reflexión que busque alcanzar algún resultado debería partir de un análisis objetivo y no voluntarista de la realidad expuesta.

## 5.2. Perspectivas

### 5.2.1. *¿Es posible la racionalización de la estructura convencional desde la empresa? La promoción de la función gestora y autónoma del convenio de empresa*

Durante los frustrados intentos de reforma que se llevaron a cabo a lo largo del año 2001, varias fueron las hipótesis de reforma que se barajaron. Bajo la idea, unánimemente aceptada, de la necesidad de efectuar un cambio en profundidad de la estructura y del sistema legal, una de las primeras fórmulas barajadas fue la opción descentralizadora. Fundamentada en motivaciones netamente económicas, la referida idea se basaba en los perjuicios de la centralización de la negociación colectiva y en su tendencia a la inflación salarial. La apuesta por el fomento de la descentralización de la negociación colectiva se apoyaba en diversos factores: el acelerado proceso tecnológico, que eleva la demanda de trabajo cualificado; la intensificación de los intercambios comerciales entre Unión Europea y resto del mundo; el aumento de la competencia mundial, con otros países con costes laborales unitarios menores; la importancia de las pequeñas y medianas empresas o la gestión productiva de los recursos humanos; la movilidad internacional del capital a través de los flujos de inversión extranjera directa, lo que supone, en muchos casos, que las empresas

<sup>34</sup> Ejemplo de esta tendencia hacia la «bipolarización» es el modelo italiano, al respecto, *vid.*, B.VENEZIANI, «La negociación colectiva en Italia», en AA.VV., *La negociación colectiva en Europa*, Madrid, MTAS, 2004, págs. 173-174.

multinacionales prefieren contar con convenio colectivo propio, entre otros factores porque su poder de negociación en cada país se refuerza por su capacidad de modificar en cada momento las cuotas de producción asignadas a las plantas de producción. A ello se añaden en toda la Unión Europea factores que apuntan hacia una mayor descentralización de la negociación en el futuro. Entre ellos se cuentan la caída de la afiliación sindical y, en menor medida, de la cobertura de los convenios colectivos, que reduce las ventajas de la centralización; la creciente importancia de las empresas pequeñas y medianas, que eleva los costes de coordinar los niveles de negociación inferiores y los superiores; la tendencia hacia una gestión de los recursos humanos que permita reaccionar ágilmente a las condiciones de la demanda, o, en fin, la integración europea que implica que incluso las estructuras nacionales muy centralizadas se convierten de facto en descentralizadas cuando el ámbito de referencia es el mercado europeo unificado.

Las posibilidades de reforma desde esta perspectiva pasarían por la rotunda apuesta por el ámbito empresarial como nivel de negociación básico y, en un segundo plano, por una mayor coordinación entre los agentes sociales en el ámbito nacional<sup>35</sup>. Lo cierto es que esta vía requeriría, en primer término, un progresivo debilitamiento de los convenios de ámbito provincial o interprovincial a favor de los convenios de empresa y, en ciertas ocasiones, de los convenios estatales de rama de actividad. Para alcanzar dicho objetivo varias son las propuestas efectuadas.

En primer lugar, en materia de concurrencia se propone ampliar la posibilidad de la concurrencia conflictiva de los convenios colectivos, de forma que un convenio de empresa pueda afectar a lo dispuesto en los convenios 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. Medida que supondría, en último extremo, extender al ámbito de la empresa lo que ya establece el art. 84 ET para el ámbito superior a la empresa. En esta línea, la potenciación de los convenios estatales de rama debería pasar por la progresiva sustitución de los provinciales o interprovinciales y su contenido debería limitarse a las materias que el art. 84 ET fija como no negociables en ámbitos inferiores, es decir: el periodo 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.

Más rotundamente el impulso descentralizador debería suponer, si atendemos a estas líneas de reforma, la descentralización efectiva de la negociación colectiva, suprimiendo la eficacia general automática de los convenios de ámbito superior a la empresa. Esta medida implicaría que todo convenio de ámbito superior a la empresa sería de eficacia limitada con respecto a las empresas del ámbito del convenio: su contenido sería automáticamente aplicable sólo a los trabajadores de las empresas que estén formalmente representados en la negociación del convenio en cuestión. Los trabajadores de las restantes empresas pertenecientes al ámbito correspondiente podrían quedar cubiertos por el mismo si las empresas

<sup>35</sup> Las reflexiones contenidas en este apartado se extraen de S. BENTOLILLA, J.F. JIMENO, *Una propuesta de reforma del marco legal de la negociación colectiva en España*, Madrid, FEDEA, 2001 (Documento mecanografiado).

no representadas en la negociación aceptaran adherirse voluntariamente al mismo, mediante acuerdo entre el empresario y los trabajadores. Dado que la aplicación de distintos convenios a trabajadores homologables de la misma empresa podría devenir una fuente importante de conflictos, consideramos que tanto la aplicabilidad como la adhesión a los convenios de ámbito superior a la empresa deberían tomar la empresa como unidad de referencia. En caso de no adhesión, las empresas que no contasen con convenio propio se remitirían a la legislación laboral vigente. La supresión del principio de eficacia general acercaría el modelo español a los de la Unión Europea, pues hay muy pocos países que apliquen dicho principio de forma automática.

### 5.2.2. *El dirigismo sectorial de la negociación de empresa: «la descentralización centralmente coordinada»*

Una segunda dirección reformadora ha buscado lo que podría llamarse una descentralización coordinada de la negociación colectiva dirigida desde los convenios de sector. Buena muestra de esta línea de tendencia fue el «Documento de Reflexión» elaborado por el Gobierno a mediados de 2001 dentro del proceso iniciado por aquellas fechas de reforma de la negociación colectiva. En el mismo, se ponía de manifiesto que su objetivo se centraba en «favorecer el desarrollo de la negociación colectiva, mejorando su estructura a través de una mejor articulación entre los niveles de negociación. Y, al servicio de ello, buscar «fórmulas de atribución de materias concretas al ámbito que les es más apropiado» (I.1). El fundamento de la citada reforma se asentaba en que el «mantenimiento con carácter general de las facultades que poseen los sujetos de la negociación colectiva para ordenar la estructura de ésta es compatible con reformas legales orientadas a estas finalidades de mejor distribución de materias entre los niveles de negociación y tratamiento en el nivel de la empresa de las materias necesitadas de una regulación conforme a la situación económica y organizativa de ésta, siguiendo también los criterios generales del AINC» (I.2). Se señalaba, igualmente, que «las reglas legales sobre concurrencia contemplan exclusivamente la prohibición de ésta, con las excepciones indicadas, pero no resuelven cuestiones tales como los criterios para determinar la norma aplicable en los casos en los que la concurrencia se produzca legalmente. En general, no se tratan aspectos de las relaciones entre varios niveles de negociación, como son la articulación o el reparto de materias entre estos niveles, o las posibilidades de promoción de la negociación en nuevos ámbitos tras la terminación del periodo de vigencia pactada de un convenio, admitidas hasta ahora por la jurisprudencia» (I.3). Para concluir, con carácter general, que «las cuestiones planteadas deben dar lugar a una valoración general de las distintas posibilidades de relación entre la negociación colectiva en el nivel sectorial y en el de empresa».

Esta «descentralización centralmente coordinada»<sup>36</sup> ha sido ensayada en términos puramente propositivos durante el proceso de reforma, finalmente frustrado, antes apuntado.

<sup>36</sup> En la expresión de A. FERNER, R. HYMAN, «Introducción: Hacia unas relaciones laborales europeas?», en A. FERNER, R. HYMAN (Dir.), *La transformación de las relaciones laborales en Europa*, Madrid, MTAS, 1998, pág. 21.

La «descentralización organizada»<sup>37</sup> plantea, de este modo, un reajuste de la estructura de la negociación colectiva, orientada y controlada desde los niveles superiores, a través del reparto de tareas y capacidades negociadoras. Esta fórmula de descentralización es «el modelo por el que la Unión Europea se ha mostrado capaz de combinar la eficiencia económica y la cohesión social»<sup>38</sup> al conseguir un adecuado equilibrio entre una intervención centralizada que favorece la equidad y la homogeneidad en el tratamiento de las materias que afectan a la ordenación general de las relaciones laborales y la intervención de la negociación de empresa como instrumento de adaptación y ajuste a las peculiaridades de este ámbito.

Así, en la Propuesta presentada por CCOO, se apuntaba una posible reforma en este punto y, paralelamente, se efectuaba un reparto tentativo de las posibles competencias que deberían corresponder a los convenios sectoriales y de empresa a través de una propuesta de reforma del art. 83 ET<sup>39</sup>. De acuerdo con la misma, lo regulado en el convenio sectorial de ámbito estatal o, en su defecto, el de ámbito superior, debería resultar de aplicación preferente en las siguientes materias: «el periodo de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, así como fórmulas para un adecuado uso de las mismas, el fomento de la contratación indefinida y de la utilización de los contratos de formación y en prácticas, la clasificación profesional sectorial, el régimen disciplinario, la movilidad geográfica, la estructura salarial, los salarios mínimos garantizados por grupo o categoría profesional sectoriales, los incrementos salariales del sector y la determinación de los conceptos comunes a todo el sector sobre los que se aplican, las condiciones y procedimiento para la inaplicación de los incrementos salariales sectoriales y para la determinación del incremento aplicable, la jornada máxima, sectorial y los criterios para la ordenación del tiempo de trabajo, los derechos de información, consulta y negociación de los representantes de los trabajadores en particular en materia de movilidad y cambios de condiciones de trabajo, incluyendo respecto de esta última materia los procedimientos para resolver las discrepancias sobre la misma, la mejora y el desarrollo de las normas mínimas en materia de salud laboral y prevención de riesgos laborales, así como las medioambientales, los procedimientos de mediación y arbitraje, la regulación de las horas extras y sus sistemas de compensación, el seguimiento de los despidos colectivos y las bases para un sistema sectorial de previsión social complementaria».

Por su parte, lo regulado en los convenios de empresa debería poseer carácter preferente en las siguientes materias: «la adaptación de las categorías profesionales a los nuevos grupos profesionales, la cuantificación de los conceptos salariales con observancia de las reglas e importe del salario mínimo garantizado por el convenio colectivo sectorial de aplicación, la ordenación concreta del tiempo de trabajo a través de las fórmulas de distri-

<sup>37</sup> F. TRAXLER, «Bargaining (De)centralization, macroeconomic performance and control over the employment», *British Journal of Industrial Relations*, 2003, 41-1, págs. 1-27, espec., pág. 19.

<sup>38</sup> R. JAUREGUI, J.I. MOLTÓ GARCÍA, F. GONZÁLEZ DE LENA, *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, cit., pág. 237.

<sup>39</sup> *Propuesta de CC.OO de modificación del Título III del Estatuto de los Trabajadores en relación al Borrador de Anteproyecto de Ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores en materia de negociación colectiva (Presentado a la mesa de negociación en nombre del Gobierno por el Ministerio de Trabajo el 27 de septiembre de 2001), de 3 de octubre de 2001.*

bución establecidas en el convenio colectivo sectorial de aplicación, los períodos de descanso, las vacaciones, el calendario laboral, la concreción de las medidas y los procedimientos en materia de prevención de riesgos laborales y medioambientales, la organización del trabajo, el seguimiento de la política de contratación y su relación con la actividad de la empresa, el seguimiento de la realidad económica de la empresa».

Con todo, los criterios de reparto de materias no son unívocos y, en ocasiones, aun aceptando el referido proceso coordinatorio, pueden poner el acento en el papel de los ámbitos descentralizados. Este es el caso de la propuesta que realizó CEOE-CEPYME<sup>40</sup>. A su tenor, «los convenios sectoriales de ámbito estatal, salvo encomienda expresa, total o parcial, a la negociación en ámbitos inferiores, podrán regular con efectos en todo su ámbito las siguientes materias: el periodo de prueba; las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, así como las fórmulas para un adecuado uso de las mismas; el fomento de la contratación indefinida y de la utilización de los contratos de formación y en prácticas: los grupos profesionales; el régimen disciplinario; la movilidad geográfica; los conceptos o sistemas que definen la estructura salarial; la jornada máxima anual efectiva de trabajo en la modalidad de cómputo que se acuerde, la información y la consulta de los representantes de los trabajadores, en particular en materia de movilidad y cambios de condiciones de trabajo, incluyendo respecto de esta última materia los procedimientos para resolver las discrepancias sobre la misma. En defecto de convenio sectorial nacional, los convenios colectivos de ámbito inferior podrán regular, sin el carácter de reservadas, las materias antes enumeradas». Por su parte, debería corresponder regular en el ámbito de la empresa mediante acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores las siguientes materias: «la adaptación de las categorías profesionales a los nuevos grupos profesionales; la cuantificación y distribución del salario; la ordenación del tiempo de trabajo a través de las fórmulas de distribución, irregular o no, de la jornada, los periodos de descanso, las vacaciones o los supuestos de jornadas especiales; la concreción de las medidas y los procedimientos en materia de prevención de riesgos laborales; los compromisos por pensiones; régimen de ascensos; descuelgue salarial; concreción de las causas de despido objetivo; y modificación de las condiciones pactadas en convenios estatutarios relativas a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistemas de trabajo y rendimiento».

Como se observa, los modelos de reparto de materias no coinciden necesariamente pero tampoco lo hace el instrumento que actúa como eje vertebrador del mismo. Mientras que en el caso sindical el acento se pone en el convenio sectorial, en el caso de CEOE-CEPYME la función directora mira más fijamente a los niveles empresariales. Esta opción queda subrayada en las propuestas de reforma del art. 84 ET que acompañan a las anteriores iniciativas. Con todo, el modelo racionalizador que se propone no deja de suscitar interrogantes que, a nuestro juicio, se vinculan por la propia opción que subyace en su interior: la intervención estatal en la distribución de los terrenos de juego entre los distintos niveles de negociación. La intervención legislativa en una materia que afecta al ser más profundo de la autonomía colectiva, supone adoptar un punto de partida más que cuestio-

<sup>40</sup> CEOE-CEPYME, *Propuesta de CEOE y CEPYME ante la reforma de la negociación colectiva*, Madrid, 4 de octubre de 2001.

nable al atribuir a la Ley la modulación del alcance y contenido de aquélla: una cesión de soberanía contractual que deja, en todo caso, una imagen de la impotencia en los interlocutores sociales para darse a sí mismos unas reglas autónomas que permitan la racionalización de un terreno que sólo a ellos pertenece. Por ello, y parafraseando la conocida expresión, podría decirse que la mejor ley sobre distribución de competencias entre niveles de negociación es aquella que no existe. Es únicamente a los propios sujetos negociadores a los que corresponde, en razón de las peculiaridades y especialidades que en los distintos ámbitos de negociación puedan hallar, efectuar un diseño individualizado acorde con sus intereses.

### 5.2.3. *Por un equilibrio entre la función integrativa y gestora del convenio de empresa*

El papel predominante de la empresa en las modernas relaciones industriales resulta inquestionable. Como señala Cruz, las transformaciones que se han producido en los últimos tiempos, con particular intensidad en la última década, han provocado una «sorprendente pulverización» del modelo clásico de empresa<sup>41</sup>. La propia empresa ha cambiado su modelo de organización para adaptarse a las condiciones impredecibles que marcan el rápido cambio económico y tecnológico. Las anteriores transformaciones tienen su origen en la dinámica de enorme competitividad en que la empresa se mueve y que la lleva a la necesidad, para obtener ventaja competitiva, de conocer las fuentes de esas ventajas. Este protagonismo de la empresa dentro de la estructura económica tiene una evidente repercusión en el papel que la misma ocupa en el diseño de la estructura convencional.

La negociación colectiva en el nivel de empresa permite la conclusión de acuerdos más adecuados y adaptados a la situación económica y financiera de la empresa y a sus verdaderas necesidades. Este hecho favorece una notable presión centrífuga en todo el sistema y una consecuente descentralización del mismo, lo que lleva consigo que la negociación habrá de actuar a nivel empresarial como instrumento de ordenación y racionalización. Se pretende potenciar, de este modo, una negociación cualitativa frente al modelo de negociación cuantitativa. Productividad, organización de los horarios de trabajo, regulación del empleo, trabajo a tiempo parcial o individualización de los salarios, se prestan más a la negociación a nivel microeconómico que a un escalón superior. Es evidente, por todo lo expuesto, que el convenio de empresa está redimensionando su función tradicional de instrumento de mera adaptación de la negociación concluida en otros niveles, propiciando, así, un «modelo diferencial», en el que el mismo opere como instrumento de integración y gestión de aquellos aspectos necesitados de mayor concreción.

La empresa gana peso como espacio de negociación y conflicto y lo hace de forma desigual dependiendo de su dimensión, del grado de sindicalización y, en última instancia, de su proyección internacional o local. La «empresarialización» de la negociación ha sido vista como un fenómeno negativo en cuanto que el mismo encubre, se dice, un proceso de

<sup>41</sup> J. CRUZ VILLALÓN, «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Tecnos/Junta de Andalucía, 1999, págs. 29-57, espec. P. 36.

«desectorialización», «pues lo novedoso no es tanto el que la empresa gane terreno como el hecho de que sean los ámbitos superiores los que lo pierdan»<sup>42</sup>. Pero si esto es cierto también lo es que un modelo en el que el nivel de empresa adoptase una posición prevalente no debería considerarse, en sí mismo, como negativo. Como se ha puesto de relieve en otras realidades, la opción por un modelo dinámico y atomizado puede facilitar la organización colectiva en el sector servicios y en el contexto de los modernos sistemas de trabajo alternativos. Un modelo descentralizado de negociación permite facilitar la adaptación de las estructuras emergentes de organización económica, tal y como pudiera suceder en el caso de las empresas que, aun diferentes, prestan su actividad en entornos productivos únicos<sup>43</sup>.

En suma, las nuevas formas de gestión de los recursos humanos (salarios flexibles e individualizados, formas de participación directa, contratos individuales) y la segmentación de las plantillas y centros de trabajo exigen, como señala Köhler, «nuevas formas de relación de empleo a nivel de empresa y centro de trabajo, hasta ahora no visibles»<sup>44</sup>. Este conjunto de necesidades impone que las mismas queden reflejadas en los modos y formas de ordenación del tejido convencional. En el ámbito de la empresa el convenio puede desempeñar una doble función: por un lado, integrativa, esto es, de especificación de la disciplina impuesta desde los niveles superiores y, por otro, gestora de la tendencial bilateralización de los poderes empresariales<sup>45</sup>. Tal distinción puede servir para clarificar los problemas de las relaciones entre los distintos niveles de negociación a la vez que puede ser útil a la hora de definir los espacios autónomos de regulación que competen al convenio de empresa.

<sup>42</sup> Los entrecomillados pertenecen a F. MIGUELEZ y O. REBOLLO, *Negociación colectiva en los noventa*, cit., pág. 338.

<sup>43</sup> A. COLVIN, «Rethinking bargaining unit determination: labor law and the structure of collective representation in a changing workplace», *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, 1998, 15, pág. 29.

<sup>44</sup> H-D. KOHLER, «Las relaciones laborales españolas en el marco europeo», en F. MIGUELEZ, C. PRIETO (Dir.), *Las relaciones de empleo en España*, Madrid, Siglo XXI, 1999, págs. 399-432, espec., pág. 424.

<sup>45</sup> Para una delimitación funcional y conceptual de las referidas nociones, vid., G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, cit.



## VIGENCIA Y ULTRAActivIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

Universidad Carlos III de Madrid

### EXTRACTO

La dimensión temporal del convenio colectivo, como norma de duración, esencial y funcionalmente, limitada, constituye una de los rasgos más relevantes de la norma colectiva. En torno a ella se suscitan innumerables cuestiones, tanto relativas al diseño de la negociación colectiva y a la posición relativa de cada una de las partes en ella, como referidas a cuestiones técnicas, de aplicación y de interpretación de los variados problemas que origina el tratamiento del tiempo aplicado al convenio. En todo caso, es un ámbito en el que se manifiesta de forma palpable el contraste entre intervención normativa pública ordenadora del proceso negocial y autonomía de las partes, a la búsqueda constante de un equilibrio que permita a la autonomía convencional manifestarse libremente, gobernando autónomamente todo el proceso de negociación, pero que no impida puntuales intervenciones de la ley, orientadas a hacer posibles valores básicos, desde el punto de vista de una norma, como la estabilidad y continuidad de sus contenidos, la ausencia de lagunas, la evitación de problemas de identificación de la regla aplicable y la seguridad jurídica. No siempre y no en todos los casos ese equilibrio se logra, por lo que, al margen de solicitudes excesiva y tanto obsesivamente centradas en la simple eliminación de la ultraactividad de los convenios, hay espacio para reformas que, garantizando los valores antes citados, restituya a la autonomía colectiva ciertos espacios, obligándola a asumir las responsabilidades y las cargas que la misma supone.

## ÍNDICE

1. PROPÓSITO Y REALIDAD DE LA REFORMA ACERCA DE LA VIGENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO
2. LA DURACIÓN DEL CONVENIO Y SUS FORMAS DE DETERMINACIÓN
3. EL INICIO DE LA VIGENCIA DEL CONVENIO Y LA CUESTIÓN DE LA RETROACTIVIDAD
4. LA DENUNCIA DEL CONVENIO Y SUS CIRCUNSTANCIAS; LA FINALIZACIÓN ANTICIPADA
5. LAS PRÓRROGAS DEL CONVENIO
6. OBSERVACIONES FINALES

### 1. PROPÓSITO Y REALIDAD DE LA REFORMA ACERCA DE LA VIGENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO

Transcurridos casi veinticinco años desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores (ET), son innumerables los trabajos, estudios y reflexiones que se han hecho acerca de la estructura de la negociación colectiva en España. También referidos, en escaso número o con menor dedicación e intensidad, a uno de los signos distintivos de dicha estructura como es, sin duda, lo relativo a la dimensión temporal del convenio colectivo; esto es, a las reglas que regulan su duración y permanencia en el tiempo como instrumento de regulación colectiva con eficacia normativa<sup>1</sup>. Como se sabe, el tema de la duración del convenio colectivo se encuentra regulado básicamente en el art. 86 del ET, si bien otros artículos del mismo Título III también contienen referencias a esa dimensión temporal, completando la regulación estatutaria. Es el caso del art. 82, apartados 2 y 4, cuando establece la eficacia general y ordena la sucesión de los convenios; del art. 85.3, letras b) y d), cuando prescribe la determinación del ámbito temporal como contenido obligatorio del convenio, así como la necesaria expresión de la forma, condiciones y plazo de preaviso de la denuncia del convenio; también del art. 84.1 al ceñir el ámbito temporal de prohibición de la concurrencia precisamente al tiempo de vigencia del convenio cuya afectación se prohíbe; y, finalmente, del art. 90.4, cuando establece el momento de entrada en vigor del convenio colectivo.

Pues bien, toda la normativa estatutaria reguladora del tiempo del convenio se ha mantenido incólume durante todos estos años y sólo ha experimentado cambios, y no particularmente relevantes, con ocasión de la reforma laboral del año 1994, que afectó también, en muchos otros y diversos aspectos, a la regulación de los convenios colectivos<sup>2</sup>. Que la disciplina jurídica de la dimensión temporal del convenio colectivo haya variado poco no le ha impedido ser el objetivo de determinadas propuestas de reforma, sobre todo empresariales, orientadas de forma insistente, y respondidas con igual insistencia negativa por las representaciones sindicales, hacia lo que se considera como una mayor flexibilidad en la ordenación del tiempo del convenio colectivo. Eliminando sobre todo lo que, desde esa perspectiva empresarial, se califica como un factor de enorme rigidez del proceso de negociación cual es lo que se ha venido denominando como «ultraactividad del convenio colectivo», esto es, la aplicación del mandato del art. 86.3 del ET.

<sup>1</sup> Un ejemplo de estudio de tipo monográficamente dedicado a la duración del convenio, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ. «Vigencia de los convenios colectivos de trabajo», en *Comentario a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo XII, volumen 2.º, Edit. Revista de Derecho Privado, 2.ª edición, Madrid, 1995.

<sup>2</sup> Cfr. mi trabajo sobre «La reforma de la negociación colectiva», en el volumen *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, 1994, págs. 335 y ss., en particular 342 a 363.

En el sentido de que «denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligaciones». Lo que quiere decir que su contenido normativo, en cambio, se mantiene en vigor, si bien, tras la reforma de 1994, permitiendo que esa vigencia de lo normativo pueda ser negociada por las partes, no siendo impuesta por la ley en calidad de mandato imperativo absoluto, como así lo habían interpretado la doctrina y la jurisprudencia, recurriendo a un concepto excesivamente intervencionista y rígido del desarrollo de las negociaciones, de la libertad de pactos y del papel de la ley en la vida y en las manifestaciones del convenio colectivo como norma singular<sup>3</sup>. El cambio se contiene hoy en el segundo párrafo del art. 86.3 del ET: «La vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio colectivo». Sustituyendo con esta regulación algo más compleja el mandato lineal previo basado en tres pilares: uno la denuncia del convenio; otro, la pérdida de vigencia de sólo las cláusulas obligaciones; por último, el obligado mantenimiento en vigor del contenido normativo. Regulación ahora más compleja sí, y más matizada, pero no con el sentido de flexibilidad plena que supondría la eliminación de cualquier prórroga del convenio tras la denuncia del mismo, salvo que otra cosa se hubiera pactado. De forma que ahora la denuncia del convenio, que sigue siendo exigible, provoca la pérdida de vigencia de las cláusulas obligaciones, salvo que otra cosa se pacte; y, en principio y en sentido contrario, pone en marcha la prórroga de la parte normativa, aunque también salvo que otra cosa se haya acordado por las partes.

Como consecuencia lógica de las exigencias apuntadas relativas a la flexibilización del factor temporal del convenio, siempre que se ha abordado la cuestión de la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1994 ha vuelto a aparecer esa reivindicación empresarial, sintetizada en la supresión de la antes dicha ultraactividad del convenio colectivo. No obstante, un acuerdo tan relevante como el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, de 28 de abril de 1997 (BOE de 6 de junio), suscrito por los sindicatos y las organizaciones empresariales más representativas, eludió la cuestión del tiempo del convenio, y más concretamente la de su ultraactividad, centrando sus prescripciones en el diseño de la estructura negocial en sentido estricto, esto es, más las dimensiones de la articulación de convenios y de la relación entre niveles o ámbitos convencionales. Cuatro años más tarde, en abril de 2001, el fin de la vigencia de este Acuerdo fue un momento propicio para hacer balance de su aplicación y para volver a reflexionar acerca de las posibles reformas a emprender. De aquí sin duda las iniciativas gubernamentales de reforma de la negociación colectiva que se han producido desde el año 2001, que sí han sido la ocasión para dar acogida a esa reivindicación de flexibilidad; es más, casi podría decirse que la supresión de la ultraactividad del convenio se convirtió en uno, y quizás el más significativo, de los símbolos de esas proyectadas reformas, al menos en los primeros tiempos.

Los contactos entre gobierno, sindicatos y organizaciones empresariales, producidos a lo largo del año 2001, dieron origen a varios documentos relativos a la negociación colectiva que se referían a cuestiones tales como la estructura de la negociación, la relación en-

<sup>3</sup> Un ejemplo en F. VALDÉS DAL-RÉ. «Sobre la prórroga de los convenios colectivos denunciados y vencidos», *Actualidad Laboral* 27/1986, págs. 369 y ss.

tre niveles o ámbitos, la administración de los convenios y la función de las comisiones paritarias; con sólo algunas referencias a la vigencia, en cuanto duración, de los convenios colectivos, pero paradójicamente ninguna a la eliminación de la llamada ultraactividad. No obstante, tras borradores y amagos de reformas, la común posición contraria de sindicatos y organizaciones empresariales, que reivindicaron su protagonismo en la reformulación de la estructura negocial rechazando una imposición unilateral por parte del Gobierno, se saldó con el abandono final del propósito de reforma.

Este dato no impide señalar aquí que, en relación con la dimensión temporal del convenio colectivo, todos estos documentos de reflexión, borradores o anteproyectos<sup>4</sup> se limitaban a prever la necesidad, durante la negociación del nuevo convenio, de un equilibrio entre la prórroga de las cláusulas normativas del convenio denunciado (dejando abierta la cuestión de su definición), y el desarrollo fluido de la negociación; previendo sistemas que permitieran eliminar los obstáculos para una continuidad del proceso negociador y la terminación exitosa del mismo, aconsejando recurrir a los procedimientos, fuera el nacional o los autonómicos, de solución extrajudicial de los conflictos de trabajo, considerándolos muy útiles para esa finalidad. En todo caso, la reforma normativa que se proponía se limitaba, en este punto, a ordenar al convenio el establecer, como contenido obligatorio, plazos de inicio de las negociaciones de renovación del convenio en caso de denuncia y a prever periodos máximos de parálisis del proceso negociador, cumplidos los cuales fuera obligado acudir a alguno de los procedimientos de solución antes mencionados. Para nada se mencionaba la ultraactividad del convenio salvo la manifestación del deseo de que su existencia no impidiera la fluidez del proceso negociador, o la posibilidad de aplicar de forma supletoria, y alternativa a la prórroga, un convenio de ámbito superior mientras durara la negociación y tras la denuncia del convenio<sup>5</sup>.

Tras todos estos intentos fallidos, la reforma quedó sustituida por acuerdos concretos anuales para la negociación colectiva (años 2002, 2003 y 2004), los cuales poco o nada dicen en cuanto a la dimensión temporal del convenio colectivo; su intención es más modesta ya que ni siquiera pretenden afrontar lo relativo a la estructura de la negociación colectiva sino sólo prever contenidos o materias a regular por los convenios concretos en cada año. Todo lo más, en lo que se refiere al tiempo del convenio, se desprende de ellos un principio de estabilidad del marco negociador y una tensión hacia una mayor duración temporal de los convenios colectivos. Aunque, en lo concreto, lo que vienen a expresar es el compromiso de facilitar el procedimiento de negociación precisando, como contenido del deber de negociar de buena fe, la obligación de iniciar de forma inmediata los procesos de negociación manteniéndolos abiertos hasta el límite de lo razonable; también fomentando el recurso a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos como una forma de superar las situaciones de bloqueo en la negociación del convenio<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sobre ello puede consultarse *Relaciones Laborales*, 2001 (II), págs. 1125 y ss., donde se reproduce el denominado «Documento de reflexión del Ministerio de Trabajo para la mesa de negociación colectiva», así como el Anteproyecto de Ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores, de 4 de octubre de 2001, en materia de negociación colectiva (loc. cit. pág. 1140-1142).

<sup>5</sup> F. VALDÉS DAL-RÉ, «Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva». *Relaciones Laborales*, 2001, II, págs. 103 a 114.

<sup>6</sup> Sobre el primer Acuerdo, de 20 de diciembre 2001, véase *Relaciones Laborales*, 2002. I, págs. 1437-1452, donde se reproduce el texto. El Acuerdo del año 2003 fue una reiteración de los contenidos del Acuerdo

Llegados a este punto, poco habría que decir acerca de la duración, la vigencia o la ultraactividad del convenio colectivo, si se pretendiera hacer un trabajo referido a los cambios habidos en estos aspectos de la estructura negocial en los últimos años. No obstante, el que se trate de una regulación prácticamente inalterada no impide hacer una suerte de balance de su aplicación y un ejercicio de detección de los problemas o cuestiones más relevantes. Es lo que se hará, breve y esquemáticamente, en las páginas que siguen haciendo referencia a los siguientes puntos: a) la duración del convenio y sus mecanismos de determinación; b) la fijación del inicio de la vigencia y la posible retroactividad del convenio; c) la denuncia del convenio y los problemas relacionados con ella, ya se trate de los estrictamente formales, como los de legitimación, así como la posible finalización anticipada; y, d) la prórroga de la vigencia del convenio en todas sus variedades.

## 2. LA DURACIÓN DEL CONVENIO Y SUS FORMAS DE DETERMINACIÓN

Como no podía ser de otra manera, lo referido a la duración del convenio colectivo está presidido por el principio de respeto legal a la autonomía colectiva. Así lo reconoce lacónicamente el art. 86.1 del ET al afirmar que: «*corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios colectivos*»; que es, por otra parte, la forma de cumplir la exigencia de fijación de un ámbito temporal determinado en cuanto contenido mínimo del convenio, tal y como lo requiere el art. 85.3, b) del ET. Esta libertad de pacto en relación con la duración del convenio puede manifestarse de diversas maneras.

La primera y más evidente es el establecimiento de una duración global del convenio, referida unitariamente a la totalidad de sus cláusulas. Duración expresada en términos temporales, normalmente en años, bien de forma directa, estableciendo que el convenio estará en vigor durante tal o tales años; bien de forma indirecta, al fijar la fecha concreta de fin de su vigencia, de modo que el convenio durará hasta esa fecha a contar desde la de firma del mismo, al margen de lo que pueda establecerse acerca de la retroactividad de su contenido. Esta forma de determinación de la duración, en sus dos modalidades, es la más habitual; lo que, sin embargo, no indica nada acerca de cuál es en concreto esa duración establecida. En este punto el ET es también muy respetuoso con la autonomía colectiva y no establece ni siquiera una duración mínima; tampoco en ausencia de pacto o de mención en el convenio, ya que este supuesto no puede darse por impedirlo el art. 85.3, b) del ET<sup>7</sup>, al

---

anterior, con ampliaciones y añadidos de cierta relevancia como, por ejemplo, el relativo al teletrabajo (véase el texto en *Relaciones Laborales*, 2003. I, págs. 1375-1402). El Acuerdo del año 2004 es prácticamente una copia o prórroga del anterior. Puede verse una valoración del primer Acuerdo en M. RODRÍGUEZ PIÑERO, F. VALDÉS DALRÉ y M.E. CASAS BAAMONDE, «El Acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2002», *Relaciones Laborales*, 2/2002, págs. 3 y 4, quienes destacan cómo el Acuerdo del año 2002 supuso un freno a la reforma de la estructura de la negociación colectiva y una afirmación de autonomía por parte de trabajadores y empresarios.

<sup>7</sup> No puede aceptarse la idea de que, a falta de pacto, ha de considerarse que la duración mínima del convenio es la de un año, en razón de lo establecido en el art. 86.2 del ET, ya que esta previsión se refiere exclusivamente a la prórroga del convenio si no hubiera denuncia. En sentido contrario, V. MARTÍNEZ ABASCAL, «La vigencia del convenio colectivo estatutario», en el volumen *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*. Número especial (100) de la Revista Española de Derecho del Trabajo, Madrid, 2000, pág. 1500.

considerar la fijación de la duración un contenido mínimo o necesario del convenio, más bien un elemento de identificación del mismo.

El establecimiento de una duración mínima legal a lo mejor podría ser adecuado tanto como una forma de garantizar una cierta estabilidad de las condiciones pactadas, cuanto para evitar el coste (en todos los órdenes: negociador, organizativo, sindical) de un convenio de muy escasa duración. Pero este juicio de oportunidad es algo que corresponde a las partes, no queriendo el legislador sustituirlas en ningún caso. Por ello, nada impide que las partes acuerden una duración muy reducida del convenio que, llevada al absurdo, se agote de forma inmediata a la finalización del proceso de negociación. Sin contar, además, con que esto ya suele suceder en convenios de un año, merced a la retroacción del inicio de la vigencia a un momento anterior, justamente el de finalización del convenio anterior. De forma que la firma del convenio tiene lugar a sólo unos pocos meses del inicio de las nuevas negociaciones, aunque formalmente y en virtud de la libertad de fijación del inicio de la vigencia (lo que se llama retroactividad del convenio), el convenio haya comenzado a regir, ficticiamente es cierto, casi un año antes. La ampliación de la duración media de los convenios evita hoy este tipo de situaciones que convierten la negociación del convenio en un proceso prácticamente continuo.

Que ni la ley ni los acuerdos interprofesionales, que también podrían haberlo hecho (sin que, en mi opinión, ello deba entenderse agresivo para la autonomía de las partes sino una forma de organizar, desde la propia autonomía colectiva, la dinámica de la negociación), hayan fijado una duración mínima o estándar no obsta a que la práctica haya impuesto una duración media habitual. Que no ha sido estable, evolucionando desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, momento en que esa duración media difícilmente superaba el año, hasta el momento actual, en el que dicha duración está fijada en los tres años<sup>8</sup>. No tiene sentido hacer aquí reflexiones acerca de las ventajas e inconvenientes para

<sup>8</sup> Como ejemplo de esa evolución puede indicarse que, en el periodo 1986-1988, la mayoría de los convenios tenían una duración de un año (Informe del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el volumen *Estructura y contenidos básicos de la negociación colectiva en España*, Madrid, 1988, págs. 33-38). En 1995, siendo todavía más numerosos los convenios con una duración de un año (1.836 frente a 1.333, de los sectoriales; 1.227 frente a 988, de los de empresa), se aprecia un incremento notable de los convenios plurianuales. En 1996, el número de los convenios de duración anual igualaba ya a los plurianuales (Informe contenido en el volumen *La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interprofesionales sobre el empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998). En 1999, la relación se invierte, siendo 836 los convenios nuevos con una duración anual frente a los 1.422 de duración plurianual (en el ámbito de la empresa 606 frente a 997, respectivamente), estabilizando una tendencia a fijar duraciones más amplias (*Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial*, XIII Jornadas de Estudio sobre negociación colectiva, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 324 y ss). En el año 2000, en cuanto a los convenios sectoriales nuevos, son mucho más numerosos los plurianuales, 1.588 frente a 725 anuales; lo que, sin embargo no sucede en la empresa donde 1.177 son anuales frente a 550 plurianuales (Informe contenido en el volumen *Cuestiones actuales sobre negociación colectiva*. XIV Jornadas de estudio sobre negociación colectiva, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, págs. 323-324). En los últimos años, sin embargo, la tendencia es constante hacia convenios de duración plurianual como se evidencia tanto en estudios generales como sectoriales. Ejemplos de lo segundo son el sector de las telecomunicaciones, donde la media de duración es de dos años, pero siendo bastante frecuentes convenios de 3 o más años (J. GÁRATE CASTRO y J. CABEZA PEREIRO. *La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 22-25), o el sector energético, en el que la duración media de los convenios es de tres años, con tendencia a la

una y otra parte de esa duración media acrecentada. Es la propia dinámica de gestión de los intereses la que ha empujado a esta solución que, no hay que olvidarlo, siempre o casi siempre se combina con otras formulas de actualización interna del contenido durante la vigencia, referidas a los salarios (cláusulas de revisión anual), una planificación plurianual de la jornada (estableciendo cuadros horarios o duraciones de jornadas y descansos diferentes según cada año de duración del convenio), o del salario (diseñando formas de cuantificación de la retribución variables a medida que avanza anualmente la duración o vigencia del convenio).

La utilización de estos mecanismos internos de ajuste del contenido del convenio al tiempo y a las variables exigencias organizativas o económicas en los puntos en los que el convenio es más sensible al paso del tiempo permite una mayor estabilidad al texto convencional, ya que es indudable que, cuanto más flexible es la fórmula de fijación de las condiciones de trabajo, mejor resiste el paso del tiempo en cuanto regla. Una estabilidad, por cierto, que ya tenían los convenios de una duración anual en la medida en que, y la comparación entre convenios sucesivos lo manifiesta, la renovación del convenio afectaba sólo a una fracción muy reducida de sus artículos, reproduciéndose incluso literalmente año tras año el tenor de gran parte de su articulado. Si a lo anterior se une el papel, cada vez más desarrollado, de los mecanismos convencionales de adaptación del convenio, posibles sin necesidad de esperar al fin de su vigencia, como es el caso de los pactos o acuerdos de empresa de aplicación o de adaptación del convenio (cuando no de inaplicación como sucede con la jornada o los salarios), con las comisiones de seguimiento, interpretación y aplicación (y muchas veces de auténtica negociación) creadas por el propio convenio, o con la función integradora de las comisiones paritarias, puede entenderse la creciente tendencia a la estabilidad del convenio, a la ampliación de su vigencia y a su conversión práctica, en muchos aspectos, en una especie de norma general atemporal o con vocación de permanencia o duración indefinida. Cuando no en una norma marco que establece reglas básicas de regulación luego adaptables a la empresa o a la necesidad concreta por los procedimientos más informales de participación y de negociación antes descritos.

Que lo normal sea atribuir una duración determinada al convenio colectivo, no significa que sea la única posible. Caben otras alternativas que, en la medida en que la duración del convenio se amplía y su estabilidad empieza a considerarse un valor por ambas partes (al menos en determinados aspectos de su contenido), están teniendo una mayor presencia en la práctica negociadora. Se trata, por ejemplo, de la fijación de un plazo mínimo de duración (el que se considera adecuado para que el convenio cumpla con eficacia su función reguladora), que no se entiende, como es habitual, como un máximo o tope, más allá

---

estabilización de los contenidos (AAVV. *La negociación colectiva en el sector energético*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 90). Con carácter general, subraya esa tendencia al aumento de la vigencia de los convenios, el estudio de AAVV sobre *El estado de la negociación colectiva en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 1120-1123. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Memoria del año 2003 del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, *La negociación colectiva en Andalucía*, Sevilla, 2004, págs. 79 y ss., indica cómo el porcentaje de convenios de duración superior al año ha crecido desde el 55.69 por 100 del año 1996, al 90.3 por 100 del año 2003, resaltando que de los convenios vigentes en el año 2003 en la Comunidad Autónoma, casi el 90 por 100 tienen una duración plurianual, siendo la media de duración de tres años, seguidos por los de cuatro años, los de cinco años y, más tarde, los de dos años.

del cual es indeseable que el convenio prosiga su vigencia. Por el contrario, la permanencia del convenio más allá del mínimo pactado se prevé como algo normal, haciéndola depender de determinadas circunstancias tales como el cumplimiento de algunas condiciones, o el acuerdo expreso en ese sentido, o, como lo prevé la misma ley, la ausencia de denuncia. Pero aparejando a esas circunstancias no la prórroga anual de tipo legal que el art. 86.2 del ET establece (una prórroga supletoria, de sólo un año y considerando esa prolongación como algo artificial o excepcional), sino otra prórroga más regular y ordinaria (ya sea porque las partes la hayan pactado en su duración concreta, ya sea porque, sobre todo, la prórroga se diseñe como algo normal y no tanto excepcional). Son formas de fijación de la vigencia del convenio en las que el tratamiento del tiempo ha variado radicalmente, pasando de un enfoque reduccionista (corta duración, reiteración de momentos de negociación plena en temas, replanteamiento constante de las relaciones de poder entre negociadores), a otro dotado de una visión más amplia (el convenio como regla estándar con vocación de permanencia, la economía del esfuerzo negociador, la concentración en aspectos más sensibles al paso del tiempo o afectados por circunstancias coyunturales de tipo económico, organizativo o competitivo).

Son objetivos también presentes en otras formas pensables de determinación de la duración del convenio, como, por ejemplo, la que fija un plazo mínimo de duración (el de garantía mínima de la estabilidad, por ejemplo uno o dos años), pero también un plazo máximo (el del tiempo más amplio de su viabilidad como regla, siete o diez años), dejando la concreción del fin de su vigencia antes del cumplimiento del plazo máximo sujeta a acuerdo expreso de las partes, o al cumplimiento de ciertas condiciones ajenas al control de las mismas (cambio de titularidad de la empresa, alteración relevante de las circunstancias del mercado, pérdida o continuidad de determinados contratos o encargos, etc.). Nada impide este tipo de fijación del tiempo del convenio (como duración sometida a condición; por ejemplo, la negociación de otro convenio posterior de ámbito distinto) en la medida en que constituye una manifestación más de la plena autonomía de las partes negociadoras; y que ni la ley, ni la propia autonomía colectiva, han limitado estableciendo, por ejemplo, una duración máxima al convenio colectivo. Sólo, quizás, suscita el interrogante, de más alcance, de si son posibles convenios colectivos de vigencia excesivamente amplia o de duración indefinida.

No se trata de una hipótesis de laboratorio ya que existen algunos convenios que incluyen este tipo de forma de determinación de su ámbito temporal<sup>9</sup>. Hay que partir de la base de que la libertad de las partes, aun siendo muy amplia, tampoco es absoluta. Y ni siquiera puede afirmarse que una duración excesivamente amplia del convenio, o incluso indefinida, sea un valor para las partes negociadoras y para el sistema negocial en su conjunto. Ni desde la perspectiva de los trabajadores (congelación de las condiciones de trabajo, insensibilidad a los cambios de las circunstancias económicas y sociales), ni desde la de los empresarios (anquilosamiento del contenido convencional, falta de adaptación a la dinamicidad de las exigencias productivas u organizativas), ni desde la del sistema en su conjunto (incremento de conflictividad no expresada, ausencia de espacios de confronta-

<sup>9</sup> Véase, «La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones», cit, pág. 22-25; también, «El estado actual de la negociación colectiva», cit. págs. 112-1123.

ción, debilitación del poder de negociación por déficit de ejercicio), una duración excesivamente amplia o indefinida del convenio pueden considerarse positivas. Por no mencionar aquí que la duración muy amplia del convenio vendría a negar la propia autonomía colectiva, por impedir su expresión negociadora bloqueando toda otra posibilidad que no sea la de la terminación ante tempus del convenio; o a debilitarla enormemente durante todo el tiempo de su vigencia, ya que la estabilidad convencional reduce en la práctica los temas y los momentos de negociación.

Hay que decir, por el contrario, que el convenio es una norma esencialmente temporal, tanto por su función como por exigencia legal<sup>10</sup>; la mención al ámbito temporal concreto expresado en el convenio como dato obligatorio no remite sin más a cualquier duración sino a una de tipo determinado, aunque su cuantificación se deje a la voluntad de las partes. Luego la autonomía colectiva no puede ignorar esa naturaleza esencial del convenio y la fijación de una duración determinada debe ser congruente con la naturaleza temporal del mismo, permitiendo que, con una razonable periodicidad, las partes legitimadas en cada momento puedan volver sobre sus contenidos revisándolos, modificándolos, adaptándolos, o suprimiéndolos, según acuerden. La garantía, por tanto, de momentos de reflexión, sobre la vigencia del convenio, aplicable tanto en convenios de duración muy extensa como en los que tienen asignada una duración indefinida; para lo que habrá de dotar al convenio de mecanismos que aseguren su temporalidad esencial.

Como, por ejemplo, procedimientos de finalización de la vigencia que, garantizando la temporalidad, no se limiten a la espera del transcurso del tiempo (en los convenios de duración muy amplia) ni a la ocurrencia de acontecimientos excepcionales que alteren gravemente el equilibrio interno del convenio colectivo o las circunstancias en las que fue negociado. Por el contrario, han de preverse procedimientos más habituales, como la posibilidad de desvinculación de una de las partes (y con ello poner fin al convenio) con el sólo ejercicio de su voluntad contraria a la continuación y a la permanencia del convenio. Este desistimiento o denuncia unilateral tiene que concebirse como la facultad que la ley atribuye a una de las partes de una relación obligatoria duradera de poner fin a la misma sin necesidad de que esa decisión se base en ninguna causa especial. Bastará con la expresión de la voluntad contraria a su terminación, subordinando el interés en el mantenimiento del vínculo al de cada una de las partes de mantenerlo en vigor. Una facultad que podrá limitarse (hacerla ejercitable sólo tras un tiempo mínimo de vigencia), o someterse a particulares exigencias formales (preaviso, constatación documental), pero no eliminarse ya que ella es la garantía de la temporalidad del vínculo contractual. Sin que fórmulas como las de dejar la duración del convenio a la circunstancia de que se negocie otro que lo sustituya puedan aceptarse salvo que se considere que es otra forma de referirse a la prórroga de su contenido normativo en el caso de denuncia; prórroga que sólo finalizará con un nuevo acuerdo.

Por otra parte, desde su primera versión, el art. 86.1 del ET se ha referido a la posibilidad, una vez más dejada al arbitrio de la autonomía colectiva, de establecer «*distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro de un mismo convenio*». El fundamento de esta previsión legal no es otro que el reconocimiento de que

<sup>10</sup> E. MARTÍN PUEBLA. «La dimensión temporal del convenio colectivo», en el volumen *Estudios sobre negociación y convenios colectivos*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, págs. 353-354.

existen materias mucho más condicionadas que otras por los cambios y las coyunturas económicas u organizativas y que, por tanto, permiten un tiempo de vigencia más amplio y un mayor grado de estabilidad. Y lo que se pretende es que la necesaria frecuente revisión de las cláusulas o condiciones más inestables no arrastre ineluctablemente a otras no requeridas de actualización y sobre las que las partes pueden perfectamente mantener su coincidencia inicial. La diferenciación de la vigencia garantiza, por consiguiente, tanto una duración más reducida para las partes que lo precisan, como otra de más estabilidad para las que no necesitan ser revisadas con tanta frecuencia.

Aquí, de nuevo, se trata de una cuestión de enfoque. La diferenciación de los tiempos de vigencia puede utilizarse tanto para retrasar la renovación de ciertas partes del convenio que no tienen por qué quedar afectadas por la necesidad de actualización de otras; como para, en sentido contrario, favorecer una más rápida revisión de ciertos contenidos, como por ejemplo, los salariales. Esto es, ya como un instrumento de estabilidad convencional o como una fórmula de incrementar la renegociabilidad de ciertos contenidos. En las circunstancias actuales, en las que los convenios, sin diferenciar periodos de vigencia, incluyen de forma natural cláusulas de revisión salarial o regulaciones diversas según cada año de vigencia del convenio (el caso de la jornada, la productividad, o las vacaciones); y donde los instrumentos de revisión del contenido del convenio son múltiples y eficaces (pactos, descuelgues, etc.), la diferenciación de vigencia prevista en el art. 86.1 del ET tiene una función más decantada por la estabilidad del contenido de ciertas partes del convenio a las que el paso del tiempo erosiona muy poco su capacidad reguladora; incluso más, partes que requieren, por su propia naturaleza, una norma estable y poco sometida a cambios. Piénsese en los acuerdos sobre prevención de riesgos, sobre prestaciones sociales complementarias, o sobre acción social en general; o, incluso, las partes del convenio dedicadas a establecer la organización funcional de la empresa, sea en términos de categorías o de grupos profesionales. La propia amplitud del campo de negociación y lo extenso del contenido habitual de los convenios hace que, en muchos de sus apartados, la regulación pueda soportar, sin merma de su eficacia, un tiempo de vigencia más amplio.

La cuestión, sin embargo, es cómo insertar técnicamente esa diferenciación de la vigencia de las partes de, recuérdese, un mismo convenio colectivo, ya que así lo dice el art. 86.1 del ET. Si se parte de esta afirmación legal, la vigencia global del convenio coincidirá con la atribuida a las condiciones más estables, traduciéndose normalmente esa diferencia temporal en una finalización anticipada de las condiciones más inestables o problemáticas. Es decir, las previsiones del art. 86.1 acaban siendo más favorables a la revisión de partes del convenio que a la estabilidad de otras. Salvo que la práctica de la negociación colectiva finalice identificando la duración media de los convenios con la duración estándar o adecuada de las cláusulas más estables. Realmente, la previsión del art. 86.1 del ET no acaba de satisfacer las necesidades de estabilidad de ciertos contenidos, en la medida en que se refiere a distintas vigencias dentro de un mismo convenio.

Es verdad que esta distinta vigencia ahorra someter a negociación, aunque se estén desarrollando para, por ejemplo, el apartado salarial, partes del convenio sobre las que existe un consenso mantenido. Pero la práctica convencional pone de manifiesto que, tratándose de un mismo convenio, la necesidad de revisar las partes más inestables lleva a hacer más reducida la duración atribuida a las partes más permanentes. De forma que la duración final del convenio acaba siendo un punto de compromiso entre la mínima estabilidad de unas y la querida revisión de otras. Aunque, cuando el convenio finalice su vigencia y sea el

momento de renegociar todo su contenido, muchas de las cláusulas que pertenecen al núcleo de estabilidad se reproduzcan literalmente en la nueva norma. Esto, que parece un contrasentido (negociar un convenio colectivo nuevo para sustituir a otro que ha agotado su vigencia, copiando literalmente el ochenta por ciento del anterior que vuelve a tener vigencia en los mismos términos) cumple, no obstante, la función de abrir a la tensión negociadora todo el contenido del convenio y someter a juicio común de las partes, aunque sea para revalidarlo, lo establecido en el convenio ahora agotado.

En realidad, la forma de afrontar más eficazmente la necesidad de vigencia diferenciada de los contenidos del convenio colectivo es, posiblemente, rompiendo la unidad del mismo y generando convenios monográficos en relación con los temas de los que quiere acordarse una mayor estabilidad. Esta fragmentación del panorama negocial no está impedida por la ley y permitiría, sin duda, asignar a cada parte la duración más adecuada a su función. En el entendimiento de que existen algunas en las que la estabilidad y la permanencia es un valor en sí mismo (caso de las prestaciones sociales complementarias); mientras que otras partes requieren una estabilidad media, que permitan revisarlas cada un cierto periodo de tiempo (normas organizativas de la prevención de riesgos; normas reguladoras de los derechos sindicales; clasificación profesional). Quedando la duración más reducida para las partes del convenio que no soportan, sin merma de su efectividad, una regulación estable más allá de un mínimo anual o bianual.

En todo caso, convenios monográficos distintos, con tiempos de vigencia diferenciados, autónomos entre sí, pero formando el conjunto de ellos la red colectiva de establecimiento de condiciones de trabajo en el sector o en la empresa; o convenios de duración muy amplia, con un también amplio abanico de formas de actualización o de revisión de las partes más sensibles al paso del tiempo o más necesitadas de una renegociación más frecuente. Ambas son formas de adaptar los tiempos de la negociación a las exigencias de trabajadores y de empresa, y su multiplicación de fórmulas y la combinación de ellas no es sino la expresión de la imaginación y la riqueza del panorama negocial. Algo que está sucediendo al considerarse ya superado el convenio de duración anual, expresión de unas condiciones de trabajo constantemente sometidas a revisión.

### 3. EL INICIO DE LA VIGENCIA DEL CONVENIO Y LA CUESTIÓN DE LA RETROACTIVIDAD

Dentro del mismo esquema de respeto máximo a la autonomía colectiva, el art. 90.4 del ET establece que *«El convenio entrará en vigor en la fecha que acuerden las partes»*. La hipótesis más sencilla o lineal es que las partes decidan que el convenio entre en vigor tras la firma y publicación del mismo, con lo que se garantiza la publicidad del acuerdo y el conocimiento por parte de sus destinatarios<sup>11</sup>. Lo que se pretende es dar una disciplina

<sup>11</sup> Se sostiene aquí la opinión que hace depender la validez y la eficacia normativa del convenio de su publicación, teniendo sólo un valor contractual desde el momento de la firma; y conservándolo si el convenio no se presenta al registro y publicación o, sencillamente y por las causas que sean, no se publica. En este sentido, MARTÍNEZ ABASCAL, cit. pág. 1501, haciéndose eco, y rechazándola, de la doctrina jurisprudencial que entiende que el convenio colectivo es válido y eficaz desde la firma.

de futuro a las relaciones jurídicas contenidas en su ámbito así como establecer las vinculaciones precisas, también hacia el futuro, entre los propios sujetos negociadores. La nueva disciplina sustituye a la antigua una vez que el convenio está adoptado.

Que la anterior sea la forma más lineal de entrada en vigor del convenio no quiere decir que sea la única. De nuevo, la creatividad de las partes negociadoras así como los amplios márgenes dejados por la ley a la autonomía colectiva permiten otras formas de inicio de la vigencia. Desde la entrada en vigor inmediata, sin necesidad de respetar ningún plazo de *vacatio legis* hasta la fijación de una fecha concreta a partir de la publicación; desde una entrada en vigor incondicionada hasta la sumisión de todo el convenio, o parte de él, al cumplimiento de una condición, cuyo acaecimiento determinará ese inicio de vigencia; desde la entrada en vigor inmediata de todo el bloque convencional hasta la demora de ciertas partes, dotadas de autonomía en cuanto a la vigencia; desde la entrada en vigor en todo el ámbito del convenio, territorial por ejemplo, hasta la diferenciación según territorio o ámbitos personales<sup>12</sup>. Todas ellas son legítimas y posibles, como cualquiera otra respetuosa con la autonomía colectiva y con la función reguladora del convenio.

La más habitual, sin embargo, es la que, saltando la barrera de la fecha de la publicación del convenio, establece el inicio de su vigencia en una fecha anterior, sea la de la firma, sea, más frecuentemente, la del fin de la vigencia del convenio anterior al que sustituye, estableciendo una línea de continuidad entre el convenio anterior y el posterior<sup>13</sup>. Algo que aparentemente el art. 90.4 del ET, de atender a su literalidad, permite, facultando a las partes el establecer el inicio de la vigencia del convenio en un momento cualquiera, a discreción de las partes del mismo, sin necesaria relación con el de su surgimiento o configuración como norma jurídica. La atribución de facultades a los privados para elegir el momento más adecuado de iniciación de vigencia correspondiente a una mejor satisfacción de sus intereses, parece permitir a las partes fijar esa fecha con independencia, antes o después, del momento de existencia normativa del pacto. Se produce así, por tanto, una desconexión entre vigencia y existencia de la norma, de manera que la segunda no es condicionante necesario de la primera; concluido el pacto, la norma puede tener vigor incluso, aunque parezca un imposible lógico, en el periodo que no existía como tal.

En realidad es una ficción afirmar que las normas pueden regir en el pasado, entendiéndose por éste todo momento anterior a su existencia. Existente el convenio, sólo puede regir hacia el futuro. Por eso, cuando se habla de entrada en vigor con antelación al momento de existencia de la norma como tal, se está confundiendo entre lo que es estrictamente entrada en vigor, simultánea como mucho al momento de su existencia, y ámbito de eficacia de la norma que puede, conforme al expediente de la retroactividad, desplegar sus

<sup>12</sup> Estas alternativas, al margen de que sean más o menos frecuentes en la práctica negociadora, también en MARTÍNEZ ABASCAL, cit, págs. 1501-1502.

<sup>13</sup> Posibilidad, hay que anticiparlo, que atenúa el impacto normativo, otra cosa es en la dinámica de la negociación, de la ultraactividad del convenio anterior ya que la fijación del inicio de la vigencia del nuevo convenio en el momento de agotamiento del anterior extiende hacia el pasado condiciones normalmente mejores. Otra cosa es que esa retroactividad sea imposible respecto de otras condiciones no cuantificables, cuya falta de ultraactividad supondría la creación de un vacío normativo irreparable y normalmente seguido (téngase en cuenta lo habitual de la continuidad de los contenidos de los convenios) de un retorno a la regulación anterior.

efectos, siempre actuales, sobre situaciones, hechos o acontecimientos ya desarrollados, cubiertos o agotados. Esto es, que en su aplicación futura, la norma puede regular, conforme a sí misma, los hechos que sucedieron con anterioridad a su entrada en vigor. Por tanto el inicio de su vigencia coincide, cuando menos, con el de su existencia como tal, sin que pueda desplazarse, como tal vigencia, hacia momentos anteriores. La norma regirá así sólo en el tiempo en que existe, afectando a relaciones sociales o jurídicas contemporáneas a su existencia y vigor. La peculiaridad de que la norma pretenda proyectar su eficacia o sus efectos hacia periodos anteriores a su vigencia no puede resolverse sino en la atribución de efectos jurídicos actuales a fenómenos o comportamientos ya sucedidos, cumplidos o agotados; no se reviven esas relaciones jurídicas sino que, producidas con anterioridad a la norma, ésta, ahora, modifica sus consecuencias. Es así la existencia de la norma la que posibilita precisamente su eficacia hacia el pasado, que no sería tal si se entiende que la norma comienza su vigencia en el momento al que se retrotraen sus efectos.

En consecuencia, es necesario hacer una interpretación correctora del art. 90.4 del ET. Lo que en él se dice es que la autonomía colectiva tiene la libertad de establecer, a partir de la publicación de la norma, una fecha de entrada en vigor, total o parcial. Serán los sujetos negociadores quienes, libremente y en función de sus intereses respectivos, podrán determinar, según algunas de las fórmulas ya vistas, en qué manera y cuando ese vigor debe comenzar, modificando la estructura normativa hasta el momento aplicable. El art. 90.4 está exclusivamente pensado para el futuro, permitiendo diversas modalidades de entrada en vigor del acuerdo colectivo una vez ha sido alcanzado, no antes. No es posible que una norma cuya existencia se produce en un determinado momento rija con anterioridad, o mejor y más precisamente dicho, comience a regir con anterioridad a su propia existencia. El convenio colectivo, pues, no puede entrar en vigor en una fecha anterior a la de su existencia como tal (firma, registro, publicación). Otra cosa es que la norma pueda desplegar sus efectos hacia el pasado, afectando a relaciones jurídicas ya producidas antes de la fecha de su surgimiento como tal. Lo que lleva al terreno de la retroactividad; un tipo de eficacia que entra dentro del poder de disposición de las partes del convenio y para el que las previsiones del art. 90.4 del ET son verdaderamente innecesarias.

El terreno de la retroactividad, por su parte, no es un campo ilimitado, como podría suponerse de seguir con la terminología de fijación anticipada de la fecha de inicio de la vigencia del convenio. Por supuesto que el nuevo convenio se aplica a las relaciones jurídicas en curso, sin que esa eficacia pueda siquiera calificarse como retroactividad sino como aplicación inmediata de la nueva norma, aunque afecte a relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del convenio. El alcance de la retroactividad posible se mide respecto de los efectos jurídicos producidos y ejecutados bajo el imperio de la norma anterior y de los derivados de una relación anterior que, ya generados, deben ejecutarse en el momento de vigencia de la norma posterior. Y es aquí donde el acuerdo puede suscribirse, si bien con límites.

El primero de ellos deriva de la propia naturaleza de las cláusulas convencionales, no susceptibles en muchos casos de tener esa eficacia retroactiva<sup>14</sup>. Normas de procedimiento, reglas de contratación o de organización de la actividad productiva de la empresa son

<sup>14</sup> Pues dependerá del sentido, el contenido y la finalidad de la cláusula, rechazando una retroactividad general, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de diciembre de 2001 (AS 2002/739).

de imposible retroacción, al referirse a comportamientos o actividades ya agotados y que no pueden ser revividos de ninguna manera. Los acontecimientos y los actos, una vez sucedidos y realizados, no pueden ser eliminados de la realidad, del pasado en el que están insertos. El convenio, en este caso, sólo podrá regular el comportamiento futuro. En el otro extremo, las materias salariales como, más genéricamente, las económicas, podrán quedar afectadas por la retroactividad del convenio posterior en la medida en que, al constituir una prestación de dar y no de hacer<sup>15</sup>, siempre podrá cumplirse de manera tardía, esto es, en el momento en que, en vigor el convenio, cobren eficacia normativa sus mandatos.

No hay que caer tampoco en la fácil tentación de limitar la retroactividad del convenio sólo a las materias cuantificables o reducibles a valoración económicas, en concreto las salariales. Es verdad que éste es el terreno más propicio y habitual, pero se debe tener en cuenta que la retroactividad no puede llevar a la ficción de que la obligación prescrita en la norma retroactiva se cumple en el pasado, porque ello es obviamente imposible, sino que se ejecuta en el presente, a partir del vigor de la norma, tratando de equiparar sus efectos a los que deberían haberse producido si en el momento de la ejecución primitiva, la norma hubiera estado realmente en vigor. Dicho sintéticamente, incluso en el terreno salarial, la retroactividad siempre conlleva un cumplimiento, temporal aunque no jurídicamente, atrasado respecto del momento en que, por la lógica de los acontecimientos, debió realizarse. Que no pueda calificarse como cumplimiento tardío obedece a que se realiza justo en el momento en que la nueva obligación surgió. La retroactividad, por tanto, con frecuencia se traduce en un cumplimiento o prestación sustitutiva, compensatoria de la que no se realizó en su momento porque aún no existía la obligación de hacerlo que sólo surge a posteriori, una vez la norma que la establece ha entrado en vigor.

Vistas así las cosas, toda eficacia retroactiva, sea cual fuere la materia a la que haga referencia, que pueda traducirse en una ejecución actual compensatoria, de reconstrucción del cuadro de obligaciones modificado por la innovación normativa, puede ser aplicada y, por tanto, ser objeto de una disciplina de este signo en los convenios colectivos<sup>16</sup>. Una retroactividad para la que no hay límite temporal. Puesto que no se está hablando propiamente de una entrada en vigor, no puede sostenerse que el límite de la retroactividad es el final de la vigencia normal del convenio anterior con el que el nuevo viene a enlazar. Que esto sea así normalmente no significa que ese fin de la vigencia del convenio anterior sea un límite insuperable. Tratándose de un acuerdo de retroactividad, éste puede proyectarse ilimitadamente en el tiempo, según las partes lo crean conveniente, sin que puedan aducirse razones, inadecuadas aquí porque no se trata de vigencia simultánea de dos convenios, conectadas con la prohibición de concurrencia del art. 84 del ET. Sí es un límite, en cambio, la existencia de derechos nacidos y ejecutados en virtud de la norma anterior; la intangibilidad de esas situaciones, así como la prohibición de una retroactividad «in peius», restrictiva de derechos, son límites a las posibilidades de disposición de las partes. Pero se trata de límites generales aplicables a todos los supuestos de retroactividad.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 19 de febrero de 1993 (A. 660).

<sup>16</sup> Tiempo de trabajo prestado en exceso, según las nuevas normas; compensaciones económicas por ese exceso; créditos de horas de los representantes sindicales incrementados por el nuevo convenio y lógicamente no disfrutados en su momento. Todo dependerá del tenor de la cláusula de retroactividad, de sus precisiones y del espacio que deje a la interpretación jurisprudencial.

En conclusión, la eficacia retroactiva del convenio no tiene limitación temporal, sin distinguir entre su eficacia en el tiempo de vigencia normal del convenio anterior o de vigencia prorrogada a partir de la denuncia; si bien esta retroactividad tan amplia queda sometida a las limitaciones constitucionales y legales de carácter general. Si se quiere introducir alguna diferencia, lo que parece lógico dada la función habitual de la retroactividad, entre los dos tiempos de vigencia del convenio anterior (el ordinario y el prorrogado), se puede sostener que, cuando se limita al tiempo de vigencia prorrogada, esa retroactividad no está tan limitada ya que se refiere a derechos y obligaciones que están sometidos a una situación de provisionalidad, lo que se traduce en una regulación que queda expuesta a cuantas modificaciones y alteraciones las partes introduzcan sin limitación alguna en relación con los derechos originados que quedan así sometidos en su integridad a la disposición de las partes negociadoras del convenio. En cuanto regulación provisional, el esquema de derechos y obligaciones sólo quedará definitivamente consolidado a través del nuevo convenio o del acuerdo expreso que finalice la vigencia prorrogada. Se puede concluir entonces que, no siendo incompatible con cierta eficacia retroactiva del nuevo convenio, ésta tendría propiamente juego sólo en relación con la vigencia normal del convenio anterior en la que puede hablarse propiamente de situaciones o derechos consolidados, mientras que las posibilidades de disposición sobre la vigencia prorrogada serían más amplias, precisamente por el carácter no consolidado de tales derechos.

Pese a lo dicho, la interpretación jurisprudencial y doctrinal más reciente tiende a limitar los efectos de una fijación anticipada del inicio de la vigencia al espacio de la vigencia prorrogada provisional, esto es la que tiene lugar tras la denuncia del convenio. Aunque no se diga expresamente, sin duda por el hecho de que, en la práctica, los convenios no suelen pretender esa eficacia retroactiva anterior a la denuncia, atrapados por la dicción legal que habla de fijación del inicio de la vigencia, lo que, lógicamente, sólo puede suceder en el periodo de tiempo en que el convenio anterior está prorrogado de forma provisional. De esta forma, la vigencia anticipada, o retroactividad, viene a cumplir la función de saldar los dos periodos convencionales uniendo las vigencias ordinarias de ambos convenios y borrando los tiempos intermedios de vigencia provisional. De todas formas este intento es, en cuanto ficticio, resuelto sin éxito. La expresión la constituye el que la vigencia provisional o prórroga provisional del convenio anterior es un periodo con existencia y entidad propia, dotado de una regulación específica, precisamente la anterior prorrogada en todos sus aspectos normativos; a la que afecta una acción posterior de corrección, vía la eficacia retroactiva del nuevo convenio, de algunos de sus aspectos.

Pues bien, en estos supuestos, la interpretación más reciente es, como se ha dicho, restrictiva; revalorizando el tiempo de prórroga provisional como un espacio temporal de regulación con entidad propia. De esta forma se han ido introduciendo límites a dicha retroactividad que van desde la naturaleza de las condiciones afectadas, que en algún caso impide dicha retroactividad, hasta la preservación de la regulación proporcionada a situaciones o conflictos ya resueltos definitivamente bajo el imperio de la norma anterior, aun provisional<sup>17</sup>. Donde sí hay acuerdo es que la retroactividad afecta a todos los trabajado-

<sup>17</sup> La retroactividad no puede ser ilimitada ni afectar a todas las condiciones de trabajo (Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 18 de mayo de 1992, Ar. 2613. No puede permitir revisar la calificación operativa en su

res cuya relación laboral estuviera en vigor en el momento al que se retrotraen los efectos del convenio, aunque en el momento de aprobación no fueran ya trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo<sup>18</sup>. Se trata de una interpretación que es posible con estas connotaciones limitativas sólo en la medida en que los convenios, más que regular el alcance de la retroactividad, lo que siguen haciendo es establecer, ficticiamente, el inicio de la vigencia en un momento anterior; lo que fuerza a interpretar cuál o cuáles de esas condiciones laborales son susceptibles de esa aplicación retroactiva. El abandono de esa práctica reguladora (que significa también el abandono del uso del 90.4 del ET para esa fijación de vigencia anticipada) significaría introducir en los convenios auténticas cláusulas de retroactividad, cuyo alcance no quedaría al albur de la interpretación jurisprudencial y cuyas limitaciones sólo serían las propias de toda técnica retroactiva: no afectar a derechos consolidados y no suponer una modificación *in peius* de la regulación provisional operativa hasta el momento<sup>19</sup>. Lo que no impide esos mismos efectos hacia el futuro, a partir de la entrada en vigor de la norma, como así lo permiten los arts. 82.4 y 86.4 del ET; de manera que los derechos surgidos conforme al convenio anterior podrían quedar afectados, si se encuentran aun en tiempo de disfrute, en cuanto a la vigencia del nuevo convenio.

#### 4. LA DENUNCIA DEL CONVENIO Y SUS CIRCUNSTANCIAS. LA FINALIZACIÓN ANTICIPADA

Todo convenio colectivo puede finalizar por diversos modos o causas. La habitual, como también es habitual la forma de fijación de la duración misma, es la que tiene lugar por agotamiento del tiempo de vigencia establecido. Pero caben otras formas de finalización, ciertamente menos frecuentes, como, por ejemplo, la realización de la condición resolutoria de la que el convenio ha hecho pender su vigencia, o el desistimiento de una

---

momento, por ejemplo de las horas como extraordinarias (Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 1995, Ar. 5525), ni a la cuantía de las cantidades fijadas como indemnización (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 21 de junio de 1994, Ar. 2400). Ciñéndose a lo económico (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1989, RJ 1989/6444). No afectando a los salarios de trámite fijados en sentencia por tratarse de una indemnización tasada (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1993, Ar. 2922), si bien sí a la indemnización de despido calculada sobre salarios mejorados por el convenio posterior (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990, Ar. 9760). Aunque se trate de un criterio no estable, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 23 de mayo de 1993, Ar. 2147).

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1992, Ar. 8828.

<sup>19</sup> Aunque la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1998, RJ 3044/1997, considera posible recortar, mediante la retroactividad, derechos surgidos del convenio anterior y aún en acto; es el caso de una excedencia en curso en relación con la cual el convenio posterior reduce duración. Entendiendo el Tribunal Supremo que la retroactividad podría afectar a derechos ya concedidos si así lo dice expresamente el convenio cuya retroactividad se establece. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de mayo de 2000 (AS 2000/2461), considera que la retroactividad no afecta a los derechos adquiridos y ejercitados; mientras que la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 27 de abril (AS 2000/3224), acepta que dicha retroactividad afecte a los derechos ya generados y en curso y a la baja, si se trata de cláusulas del nuevo convenio de una pretensión claramente regresiva o debilitadora de las condiciones disfrutadas.

las partes cuando el convenio tiene una duración muy amplia o, incluso, indefinida. También el mutuo acuerdo, que no sería aquí sino el reforzamiento, por la coincidencia de las partes, de la denuncia unilateral o del desistimiento igualmente unilateral. Salvo que ese mutuo acuerdo se produzca antes del fin de la vigencia asignada al convenio en cuyo caso se trata de una finalización anticipada o ante tempus, sobre la que se volverá más adelante. En todos estos supuestos la denuncia es una exigencia legal insoslayable, como se desprende del art. 85.3,d), que requiere que el convenio establezca la «*la forma y condiciones de denuncia del convenio, así como (el) plazo de preaviso para dicha denuncia*».

Esto significa que, para el legislador, el fin efectivo de la vigencia del convenio exige que las partes o alguna de ellas, reafirmen su voluntad de dar por concluido el convenio, manifestando de nuevo, cuando el tiempo fijado está por agotarse, que efectivamente persiste la voluntad de impedir que del convenio dure más allá de la vigencia inicialmente prevista y que, en consecuencia, se abre el espacio de negociación orientado a la suscripción de un nuevo convenio que sustituya al anterior. El agotamiento del plazo previsto no opera pues por sí mismo, y no basta para dar por acabado el convenio, aunque sea la causa del fin de su vigencia, Necesita un complemento que es la reafirmación de la voluntad extintiva. Siendo muy discutible la interpretación<sup>20</sup> que, a partir del tenor del art. 86.2 del ET (referido al juego de la prórroga y no tanto a la denuncia), entiende que la existencia misma de la denuncia es disponible por las partes que pueden acordar que no exista como instrumento de declaración del fin de la vigencia del convenio. Otra cosa es, como ahora se verá, que la autonomía colectiva pueda establecer formas de denuncia, como la llamada denuncia automática, que en la práctica no es sino el cumplimiento formal de dicha exigencia<sup>21</sup>; o que se acuerde que, aunque haya denuncia, el convenio no se prorrogará en ningún caso, debiéndose aceptar que, de no haber denuncia, esa prórroga será inevitable, si bien en los términos en que se pacten, que no necesariamente han de ser los de la ley<sup>22</sup>. La

<sup>20</sup> Un ejemplo, MARTÍNEZ ABASCAL, cit. págs. 1507-1508.

<sup>21</sup> En todo caso, conviene recalcar que la exigencia de denuncia y que ésta se haga en un cierto momento anterior al fin de la vigencia es más respetuosa con la autonomía colectiva que la postura favorable a la inexistencia de denuncia o a favor de la denuncia automática. Se afirma lo anterior en cuanto se considera que el convenio, fruto de un determinado equilibrio de representaciones, alcanza una dinámica propia durante su vigencia, sin que le afecte la alteración de la composición de las partes; algo que puede perfectamente suceder si, por ejemplo, ha habido elecciones sindicales durante la vigencia del convenio. La denuncia automática o la inexistencia de denuncia para dar por finalizado el convenio, obliga a la nueva parte negociadora (legitimada como tal) a iniciar una negociación que, quizás no habría querido comenzar y respecto de la cual la denuncia ya hecha, o automática o innecesaria, le sustrae capacidad de decisión. Algo que conserva absolutamente, si, siendo una norma procedente de una composición distinta de la representación, tiene el poder de decidir libremente entre todas las opciones: denunciar o no hacerlo. Las interpretaciones tan favorables a una desvirtuación de la denuncia y del preaviso en realidad parten de la base de una relación negocial inalterada y estable, incluso en lo que se refiere a la identidad de las partes. Sobre las denuncias automáticas no se puede volver; sobre una prórroga, provisional u ordinaria, sí se puede decidir si esa facultad de denunciar pertenece a quien va a protagonizar el nuevo espacio temporal de prórroga o de nuevas negociaciones. Sobre la denuncia automática, cfr. AAVV, *El estado actual de la negociación colectiva en España*, cit. págs. 1120-1123; AAVV, *Los límites legales a la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 225-244.

<sup>22</sup> Sin que sea aceptable el establecimiento de una denuncia necesariamente acordada ya que, entonces, el acuerdo sobre su duración es artificial, convirtiéndose en la práctica en un convenio de duración indefinida, cuya pérdida de vigencia requiere otro acuerdo de las partes. Se trata de una sujeción extrema a la coincidencia de

exigencia de denuncia, y la de hacerlo con una cierta anticipación o con preaviso, no deja de plantear algunos problemas aplicativos a los que se hará mención a continuación, referidos tanto a los sujetos que pueden ejercitar esa denuncia, como a los procedimientos, modos o plazos para ella.

En cuanto a los sujetos legitimados para realizar la denuncia, es algo asumido que la mención a las partes del convenio se refiere no tanto a los firmantes del convenio sino a quienes ostentan la legitimación plena para negociar el nuevo convenio; aunque no se requiera el acuerdo unánime de esa parte sino sólo el mayoritario, el mismo por cierto que permitiría suscribir el nuevo convenio<sup>23</sup>. Se trata de un criterio razonable en la medida en que puede carecer de sentido que se acepte la denuncia de una representación sindical o empresarial que carezca de la capacidad negociadora plena. Es cierto que abrir la facultad de denuncia a más sujetos, abre igualmente las posibilidades de revisión de lo negociado e introduce un cierto dinamismo a la negociación colectiva; de forma que se faculta de manera amplia el poner en marcha el procedimiento de negociación al que luego podrán incorporarse representaciones no partícipes de la denuncia del convenio anterior. Sin embargo, aceptar esta posibilidad supone poner en manos de quien no tiene la facultad legal de acordar convenios de eficacia general la capacidad de poner en marcha un mecanismo complejo que, además de abrir la negociación, tiene efectos colaterales tan relevantes como determinar el fin efectivo de la vigencia de un convenio que, a lo mejor, la mayoría de esa misma representación desea dejar activo; como también supone generar un proceso ya irreversible de fin de vigencia y de prórroga excepcional o provisional que sólo puede finalizar con un acuerdo suscrito por quienes ostentan la legitimación plena. Precisamente quienes no se han manifestado a favor de la denuncia.

En cuanto a la forma, que no necesariamente tiene que ser escrita sino expresa, también el ET deja una amplia libertad a las partes en relación con su contenido concreto; como también deja una amplia libertad en lo que hace al preaviso y su plazo de anticipo que podría ser muy reducido o incluso hacerse coincidir con el fin de la vigencia, si es que las partes así lo estiman oportuno al acordar el contenido del convenio relativo a la denuncia del mismo. No interesa aquí volver sobre cuestiones que han sido suficientemente tratadas, aunque sí destacar algunas opciones convencionales que merecen alguna consideración.

Puede decirse que el ET, sobre la base de que la denuncia debe producirse, sólo exige que ésta sea expresa; que suponga una manifestación clara de la voluntad extintiva de la parte que la ejercita; que tal manifestación llegue, o sea comunicada, a las partes del convenio destinatarias de ella, y que sea hecha con una cierta antelación al momento en que la vigencia del convenio finaliza. Sobre ello, el convenio puede ordenar, por ejemplo, que la denuncia sea por escrito, con comunicación, además, a la autoridad laboral, indicando las razones que la justifican y con una antelación mínima de varios meses. Todos ellos son requisitos añadidos que la ley permite a las partes incorporar al texto del convenio condi-

---

voluntades que no sólo niega el carácter temporal del convenio, sino que también puede suponer un atentado a la libertad de negociación de los nuevos sujetos legitimados para negociar, que habrán de tener el consenso de la otra parte para provocar el fin del convenio y el inicio de las negociaciones del nuevo.

<sup>23</sup> A este respecto, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1997 (Ar. 4279). También MARTÍNEZ ABASCAL, cit., pág.1508-1509 y MARTÍN PUEBLA, cit., pág. 357-358.

cionando y formalizando la denuncia y que son de obligatoria observancia para las partes que decidan ejercitarla. Pero tampoco esa libertad es absoluta. Todavía en cuanto a la forma, el convenio no podrá establecer tal cúmulo de requisitos que hagan exasperantemente dificultosa la denuncia misma; ni tampoco serán lícitas condiciones que, por la misma razón, supongan un abuso de las facultades de las partes negociadoras, orientadas a obstaculizar la negociación más que a hacerla operativa y eficaz. No podrá exigir una comunicación de la denuncia tan variada y múltiple que convierta este trámite expresivo de la voluntad extintiva en algo de difícil o imposible cumplimiento. En lo que hace al preaviso, aceptado que cualquier antelación, aunque mínima es suficiente, cabe concluir que incluso puede aceptarse la ausencia de mención del mismo en el entendido de que la denuncia ha de tener lugar en cualquier momento anterior al de expiración de la vigencia del convenio. Como sería discutible un plazo de preaviso tan extremadamente amplio que quedara desvirtuada la función del mismo, que no es otra que la de advertir con antelación a la otra parte del convenio del propósito mantenido de darlo por finalizado.

Efectuada la denuncia, en la mayoría de los casos tiene lugar el fin de la vigencia del convenio en el tiempo que se pactó. A partir de ello entra en vigor el art. 86.3 del ET que recoge como elemento desencadenante de su intervención precisamente la denuncia del convenio. Si no se ha producido tendrá lugar otra prórroga, la ordinaria anual, salvo pacto en contra. Pero esto se verá en el apartado siguiente. Antes hay que concluir reflexionando acerca de cuándo ha tenido lugar la denuncia efectiva y válidamente. No todos los requisitos de forma son requisitos de validez de la denuncia; por tanto, no cualquier incumplimiento de tales requisitos debe llevar a entenderla no válida o inexistente. Puesto que tanto la denuncia como el preaviso persiguen que el propósito extintivo se manifieste de forma clara y tempestiva, llegue a sus destinatarios y ponga en marcha los procesos de prórroga provisional y de inicio normal de las negociaciones para el nuevo convenio, toda denuncia efectuada logrando estos objetivos ha de considerarse válida. El carácter temporal del convenio y la amplia capacidad negociadora de las partes lleva a considerar que el tránsito normal del convenio será el del agotamiento del plazo al llegar la vigencia pactada; de manera que los actos conducentes a provocar este efecto, si sustantivamente eficaces, han de entenderse igualmente válidos.

Lo anterior quiere decir que se acepta con reservas la opinión tajante que impide realizarse la denuncia si no se ha respetado el plazo marcado de preaviso. Es indudable que esta carencia de respeto del requisito es susceptible de subsanación si la otra parte, igualmente por acuerdo mayoritario, es decir con legitimación suficiente para suscribir el nuevo convenio, acepta la producción de la denuncia aunque sea fuera de plazo; lo que puede tener lugar, bien por hechos concluyentes, bien por aceptar a la parte denunciante como interlocutor válido en el momento de reconocimiento mutuo de la capacidad y de la legitimación para negociar el nuevo convenio. No cabe alegar aquí el supuesto interés de un tercero por la prórroga ordinaria y anual de un convenio que no ha sido denunciado en el plazo marcado o la ha sido tardíamente. Otra cosa es que la otra parte se niegue a negociar sobre la base de un preaviso tardío o fuera de plazo. En términos estrictos esta negativa está ciertamente fundada, no existiendo deber de negociar en la medida en que ya existe un convenio: el prorrogado anual que tiene la misma validez que otro nuevo que se hubiera negociado

Pero puede hacerse algunas consideraciones que atenúen el rigor de esta conclusión. En primer lugar, la denuncia cobra su verdadero sentido en relaciones de carácter indefini-

do, no tanto en las temporales en las que la duración fijada ya es en sí misma, no sólo una ocasión para poner fin a la vigencia del convenio, sino la expresión de un acuerdo preciso sobre esta duración. En segundo lugar, el preaviso cumple la función de permitir a la otra parte el prepararse para una negociación futura, para comprobar que, tal y como estaba previsto, el convenio va a agotar su vigencia en el momento establecido; o dicho de otra forma, que no va a darse la posibilidad de que el convenio se prorrogue en sus propios términos un año más, o lo que se hubiera pactado si así ha sido. En consecuencia, la denuncia tardía no puede ser ineficaz en todos los casos; sobre todo cuando sea posible probar que ha sido recibida por todos los destinatarios interesados y que ha servido para que los demás intervinientes en la negociación puedan prepararse para ella con un tiempo razonable y suficiente. En el sentido de que la denuncia no puede ser válida si se convierte en un acto sorpresivo que deteriora la posición negociadora de las partes.

Es evidente que las afirmaciones anteriores debilitan enormemente el sentido del preaviso, o al menos obliga a introducir un criterio de gradualidad y de efectividad real del mismo para concluir acerca de su inexistencia y, por tanto, de la producción inevitable de la prórroga ordinaria del art. 86.2 del ET, salvo que otra cosa se haya pactado. Caben soluciones intermedias a un preaviso defectuoso (tanto en forma como en plazo), desde considerar inexistente el deber de negociar, aun cuando el convenio esté prorrogado en razón del 86.3 del ET (es decir, habiéndose aceptado la validez de la denuncia); o que el convenio se ha prorrogado en los términos del art. 86.2, pero permitiendo la negociación de un nuevo convenio durante esa vigencia (aunque ahora sea el art. 84 del ET el que pueda utilizarse para impedirla). Lo que, si es factible, será ya posible también la aceptación de la otra parte que ya se ha dicho que sanaría el defecto inicial.

En cualquier caso, se trata de proponer una interpretación más flexible de las consecuencias del defectuoso cumplimiento del requisito de la denuncia que evite consecuencias muy graves y extendidas en el tiempo (el bloqueo de la negociación durante un año) derivadas de lo que puede constituir un incumplimiento meramente formal de escasa entidad. También es necesario tener en cuenta que, de aceptarse la posibilidad de una finalización ante tempus del convenio colectivo por acuerdo de las partes, la falta de denuncia en plazo acaba siendo irrelevante (si existe tal acuerdo) ya que, en el fondo, no existe plazo para lo que sería una denuncia conjunta de los legitimados para negociar el nuevo convenio. La interpretación flexible que se propone sólo tendría algo de importancia, como alternativa, en los casos en que la parte interesada en la prórroga del convenio rechace dar valor a una denuncia que considera realizada de forma incorrecta y, por tanto, no válida.

Una última referencia a la denuncia ante tempus del convenio<sup>24</sup>. Tiene relevancia como tal anticipación del fin de la vigencia del convenio, sobre todo en relación con los convenios que han establecido una duración determinada. No así en los que elijan la duración indefinida o muy amplia con la necesaria garantía de la temporalidad que, además de la por la denuncia unilateral, queda establecida por la posibilidad siempre abierta de que las partes decidan dar por finalizado el convenio en un determinado momento. Pues bien, por lo que hace a los convenios de duración limitada y fija, la terminación antes del tiempo

<sup>24</sup> Cfr. J.M. MORALES ORTEGA. *La administración del Convenio Colectivo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Civitas, 1998., págs. 37 y ss.

marcado es siempre posible, aunque se trate de una finalización intempestiva. Desde luego cuando ese fin anticipado es acordado por las partes, sean o no las mismas que negociaron en su día el convenio; lo que no es sino la expresión de la facultad de gobierno de esas partes (o las legitimadas en ese momento, con mayor razón) sobre la vigencia y la permanencia de una norma que se han dado a sí mismas.

En la cuestión de la finalización anticipada entran en juego dos grupos de valores. De un lado, el del interés en la permanencia del vínculo contractual y de la norma jurídica a que da origen, y, en consecuencia, de la propia seguridad jurídica<sup>25</sup>. En razón de ello, el convenio colectivo debería permanecer en vigor el tiempo que las partes lo pactaron quienes, una vez así quedó establecido, carecerían de la facultad para alterarlo, de manera que un acuerdo posterior de finalización de la vigencia del convenio no sería posible ni lícito. De otro lado, el respeto a la autonomía colectiva, el reconocimiento de ésta como poder normativo capaz de regular de forma autónoma las relaciones laborales, sí como la necesidad de permitir que una norma de naturaleza temporal como es el convenio colectivo pueda adaptarse flexiblemente a las diferentes vicisitudes que puedan afectarle, entre ellas, el propio cambio del interés de las partes que lo negociaron, traducido ahora en la conveniencia de dar anticipadamente por finalizada su existencia. Aceptada la supremacía del segundo grupo de razones, el acuerdo de finalización puede tener lugar en cualquier momento, incluso durante la vigencia prorrogada del art. 86.2 del ET; siendo justamente una forma de evitar la permanencia en el tiempo de una situación no deseada (no cumplimiento tempestivo de la denuncia por negligencia). O no especialmente satisfactoria; difícilmente puede serlo, apareciendo como la solución menos mala frente al vacío normativo, la proyección de las reglas convencionales más allá del tiempo para el que estaban inicialmente diseñadas, algo evidente en los ámbitos económicos o salariales.

El contenido del acuerdo de finalización anticipada puede ser variado. Pero, pudiendo hacerlo, desde luego no tiene por qué contener la precisión de la norma que ha de sustituir al convenio que las partes acuerdan finalizar. Las partes tanto pueden prever que la eficacia extintiva del acuerdo se produzca tras un determinado plazo como que ello suceda de forma inmediata; como también pueden determinar que, pese a la extinción del convenio, éste siga en vigor provisionalmente en los términos del art. 86.3 del ET, lo que será lo normal; como que esa eficacia prorrogada provisional no tenga lugar siquiera. En cuanto a la existencia de terceros que pudieran considerar lesionados sus intereses por la terminación anticipada del convenio, siendo verdaderamente terceros cabría aceptar su legitimación para impugnar esa terminación anticipada, pero es difícil encontrar un fundamento a esa pretensión. La existencia o no de un convenio, su duración más o menos amplia, el establecimiento de un cierto tipo de prórrogas, el ejercicio de la denuncia y, en general, todos aquellos actos de disposición de las partes del convenio acerca de la vigencia o de la duración no pueden significar por sí mismos una lesión de los intereses de terceros. Es evidente que habrá terceros que podrán verse más o menos favorecidos por el tratamiento que las partes den a la duración. Como existirán sujetos beneficiados por el mantenimiento

<sup>25</sup> A. DESDENTADO BONETE, «Negociación colectiva y poder judicial: un panorama reciente sobre el convenio colectivo», en el volumen *Veinte años de negociación colectiva*, cit., págs. 136-137, mencionado la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1998 (RJ 5793).

del convenio y otros perjudicados por su prórroga; pero se trata de una consecuencia absolutamente inevitable de la propia regulación colectiva que, atendiendo a un interés de este signo, subordina a él los concretos intereses individuales de cada trabajador singular.

No puede decirse que exista un derecho a la duración pactada del convenio si no es a costa de reducir sensiblemente la capacidad de maniobra del propio poder normativo que da origen al convenio. Al igual que no cabe la impugnación de un nuevo convenio que haya sustituido condiciones establecidas en el convenio anterior, tampoco cabe impugnar un acuerdo de extinción «ante tempus». Habiéndose producido el acuerdo conforme a las reglas de la mayoría y aceptado que ello es posible sin otro fundamento que la coincidencia de la voluntad de las partes, no cabe daño a terceros. Los derechos de los sujetos afectados por el convenio son ejercitables en tanto éste está en vigor; su finalización anticipada, al ser legítima, no puede considerarse por sí misma lesiva como tampoco lo puede ser una denuncia del convenio hecha en tiempo y forma, o la ausencia de denuncia con la consecuencia de la prórroga de la norma convencional <sup>26</sup>.

Cuestión diferente es la finalización ante tempus del convenio colectivo provocada de forma unilateral por alegación de una alteración sobrevenida de las circunstancias, una excesiva onerosidad o la desaparición del fin del negocio. En estas causas de posible extinción o finalización unilateral del convenio colectivo late la idea de que determinadas relaciones contractuales puedan quedar resueltas en virtud de un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de entablar la relación contractual; cambio que provoca, bien que la relación de equivalencia de las prestaciones haya quedado destruida, bien que la finalidad objetiva del contrato sea inalcanzable. No se trata de hacer aquí una reflexión acerca de las exigencias, muy restrictivas, que la jurisprudencia civil exige para aceptar la incidencia extintiva de un cambio de las circunstancias en las que el contrato se suscribe. Basta mencionarlas: alteración posterior a la suscripción del vínculo, acontecimiento extraordinarios e imprevisibles, repercusiones graves sobre el contenido del contrato, carácter permanente de la alteración ya que afecta a relaciones igualmente permanentes o de duración, las circunstancias alteradas deben afectar a elementos o aspectos esenciales del contrato, y, debe tratarse de una alteración ajena a la esfera de influencia de la parte perjudicada por ella. Además, ese cambio de circunstancias ha de tener como consecuencia una ruptura de la relación de equivalencia de las prestaciones o excesiva onerosidad, o una frustración de la finalidad contractual que deviene inalcanzable. En todos estos casos, lo que se produce es un defecto funcional de la causa del negocio, en el sentido de que la función económico-social del mismo queda frustrada de manera sobrevenida. Y, como forma de reaccionar frente a esa situación, se permite la posibilidad, bien de modificar la relación contractual, bien de resolverla dándola por finalizada.

Todo el discurso anterior, elaborado teniendo presente la estricta dinámica contractual, es difícilmente aplicable a los convenios colectivos <sup>27</sup>, ya que a las exigencias de gra-

<sup>26</sup> Así lo ha aceptado el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de junio de 1998 (Ar. 5793).

<sup>27</sup> Pese a que alguna vez lo haya sido, como en el caso de la obligación empresarial, establecida por convenio, de garantizar hasta el 100 por 100 de la base reguladora utilizable para calcular la cuantía de la prestación por incapacidad temporal cuando el porcentaje establecido en la Ley General de la Seguridad Social fue alterado a la baja, en 1994, por la reforma de la antigua prestación de ILT, ahora de incapacidad temporal. En este caso, fue la cláusula rebus sic stantibus la que utilizó para aceptar la pretensión empresarial de convertir una obliga-



vedad, radical imprevisión, inexistencia de solución alternativa, total desequilibrio de las prestaciones, excepcionalidad, se une el hecho de que la existencia y amplia proyección de la autonomía colectiva hace más dinámicas las soluciones del desequilibrio y tiene a su disposición instrumentos adecuados para su adaptación a los cambios de circunstancias. La propia duración determinada, y breve, del convenio permite a las partes hacer una composición de intereses que se extiende sobre un tiempo tan limitado que el acuerdo inicial puede prever todas sus incidencias, así como encontrar momentos próximos de revisión de los equilibrios asumidos al llegar al agotamiento de la duración. O la aceptación de que las partes pueden perfectamente, desplegando una mínima diligencia, prever mecanismos internos de adaptación del convenio a las nuevas circunstancias; semejantes a los que el ET ya favorece a través de las cláusulas de descuelgue salarial y de modificación del convenio por vía del acuerdo previsto en el art. 41 del ET. Todo ello lleva al rechazo de la posibilidad de una extinción unilateral ante tempus del convenio colectivo; al margen del argumento que hace predominar la condición normativa del convenio sobre su rasgo contractual para reforzar esa intangibilidad formativa frente a la iniciativa unilateral de determinar la finalización anticipada de su vigencia<sup>28</sup>.

## 5. LAS PRÓRROGAS DEL CONVENIO

En principio, en una norma temporal como es el convenio colectivo, creada para regular las relaciones laborales de un determinado ámbito en un determinado tiempo, la prórroga de su contenido ha de verse como algo excepcional. Fruto del acuerdo colectivo, la norma ha de regir exclusivamente el tiempo para el que el acuerdo inicial la previó; todo exceso respecto de esa duración constituye una cierta manipulación del sentido del acuerdo inicial, salvo que la prolongación de la duración haya sido prevista por las partes negociadoras. Por estas razones, las prórrogas de la duración del convenio aparecen como algo disfuncional en relación con la lógica misma de este tipo de normas. Aunque no siempre. Es el caso de la que se viene denominando como «prórroga ordinaria», esto es la prevista en el art. 86.2 del ET. En este supuesto, la norma legal favorece la continuación de la vigencia, plena e incondicionada, del acuerdo, como si se hubiera negociado uno nuevo, en los casos en que no hubiera denuncia de las partes; esto es, cuando ni una ni otra, o ambas de común acuerdo, de las partes legitimadas para negociar el nuevo posible acuerdo de sustitución, hubieran adoptado iniciativa alguna orientada a la finalidad de provocar que la vigencia del convenio se agote justamente en el momento en el que se hubiera previsto.

Esta iniciativa legal no puede considerarse excesiva, ni invasora del territorio de la autonomía colectiva, ni expropiadora de la capacidad de decisión final que siempre compete a las partes. Por varias razones. En primer lugar, porque la o las partes pueden fácilmente evitar la prórroga ordinaria actuando la denuncia del convenio; motivo por el cual

ción de prestación definida (el 100 por 100 de la base reguladora, o del salario en activo, según las fórmulas), en una cantidad calculada conforme a las reglas derogadas de la prestación. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1994 (Ar. 6335) y de 27 de enero de 1995 (Ar. 1257).

<sup>28</sup> Sobre estos temas, cfr. MARTÍNEZ ABASCAL, cit., págs. 1504-1506.

debe hacerse una interpretación como la propuesta antes, flexible y no rígida, del mecanismo y de los requisitos de la denuncia, favorecedora en todo caso de su realización. En segundo lugar, porque la prórroga prevista legalmente no es de duración excesiva, sólo un año; lo que, comparado con la duración media actual de los convenios, es una duración corta. En tercer lugar, porque siempre cabrá, pese a la ausencia de denuncia, una finalización anticipada del convenio, conforme a lo que se ha expresado páginas atrás; si bien no de forma unilateral, algo que al haber dejado pasar el momento de la denuncia, ya no es posible sino hasta la finalización de la prórroga ordinaria. En cuarto lugar, porque las partes pueden, en el momento de negociar el convenio colectivo, prever la duración misma de la prórroga si no hay denuncia; de forma que tanto pueden reducirla o ampliarla temporalmente, como dejarla a la decisión de cualquiera de las partes en cualquier momento, ampliando así fácilmente el momento y la posibilidad de la denuncia unilateral; cuanto, en fin, declararla para la totalidad del convenio o para sólo algunas de sus cláusulas. En conclusión, la ley sólo establece, si no hay denuncia (lo que queda a la decisión de las partes) que el convenio se prorroga un año (salvo que las partes hayan acordado o acuerden otra cosa) <sup>29</sup>.

Tras esta previsión legal se encuentra la finalidad de garantizar la continuidad y estabilidad normativas y evitar la aparición de vacíos de regulación y de lagunas, con la dosis de inseguridad jurídica que ello supone <sup>30</sup>. Una preocupación que es doblemente relevante en el caso de la segunda de las prórrogas, la prevista en el art. 86.3 del ET. Se trata de la que se suele denominar como prórroga provisional o excepcional ya que no se trata de la prolongación natural de un convenio que renueva sus mandatos en razón de la voluntad de las partes, manifestada en su pasividad ante el acercamiento de la fecha extintiva inicialmente prevista, como es el caso de la prórroga del art. 86.2. Por el contrario, aquí la o las partes han decidido que el acuerdo inicial de duración del convenio se actualice efectivamente y que éste finalice su vigencia justamente en el momento en que se acordó. De forma que la intervención normativa prorrogando su vigencia constituye un mandato contrario a la voluntad de los sujetos negociadores que han decidido que el convenio anterior agote su vigencia y, normalmente, iniciar además las negociaciones para concluir un nuevo convenio que sustituya al que ya han decidido expulsar del ordenamiento jurídico.

No se trata de un mandato que imponga de forma indiscutible e inmodificable su voluntad a las partes del convenio. De nuevo, el respeto a la autonomía colectiva hace su aparición y se manifiesta en que esa prórroga puede ser eludida o suprimida (como lo podía ser la del convenio no denunciado, en los términos del art. 86.2); o bien puede ser precisada en su alcance temporal y material. Incluso, si ha tenido lugar la prórroga provisional, cabe que exista un acuerdo expreso posterior que la finaliza, no necesariamente de forma simultánea a la adopción de un nuevo convenio de sustitución, ni siquiera de un acuerdo mínimo de establecimiento de condiciones laborales alternativas al convenio cuyo

<sup>29</sup> Lo que incluye seguramente, aunque sea una situación anómala, el acuerdo de no prórroga aunque no haya denuncia, con lo que se suscita el problema de la regulación alternativa: algo que también se plantea, como se verá, en el supuesto de la prórroga provisional del art. 86.3 del ET.

<sup>30</sup> En este sentido, ya desde hace tiempo, se manifiesta el Tribunal Supremo, cfr. Sentencia de 15 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6444). M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ. «El alcance de la ultraactividad de los convenios colectivos denunciados», *Relaciones Laborales*, 1999 (II), págs. 101-106.

fin de vigencia se hace real por segunda vez (la primera ya lo fue con la denuncia)<sup>31</sup>. Aquí se plantea si ese acuerdo expreso, y hay que suponer que igualmente el acuerdo inicial de exclusión de la prórroga provisional (como también, entonces, el acuerdo de exclusión de prórroga cuando no hay denuncia) han de ofrecer una alternativa a la norma a cuya vigencia se pone fin. Una opinión generalizada es la que sostiene que todos estos acuerdos, al crear un vacío normativo y un interrogante acerca de cuál es la disciplina jurídica de las relaciones laborales afectadas, han de proporcionar una alternativa reguladora<sup>32</sup>, ya se trate de un nuevo convenio, un acuerdo provisional, un acuerdo de mínimos o una remisión expresa a otras normas vigentes, sean legales o, lo que será más frecuente, convencionales de otros ámbitos, habitualmente superiores.

No está dicho en la norma que esa oferta sea obligada, aunque sea lógico y práctico hacerlo. Y tampoco parece que existan razones de seguridad jurídica y de estabilidad normativa que fueren a las partes a regular una materia que pueden no querer hacer. Es verdad que resulta harto improbable que se acuerde la pérdida de la vigencia de un acuerdo y que no se dé una regulación alternativa del tipo que sea. Pero la exigencia del consenso de ambas partes ya es una suficiente garantía de la racionalidad de las situaciones que se deriven; y de no ser así se trataría de una situación libremente asumida de forma conjunta. Por eso tiendo a considerar que no es obligada esa oferta; lo que no quiere decir que las relaciones laborales afectadas carezcan de toda disciplina. Será el momento de buscar esas soluciones reguladoras, no dadas por el acuerdo, mediante la más adecuada interpretación de mínimos, mantenimiento virtual de reglas anteriores, aplicación de otros convenios por ampliación de su ámbito práctico al desaparecer el convenio que actuaba como barrera conforme al art. 84 del ET, voluntad de las partes, etc. Dicho lo anterior, y salvando a la norma estatutaria de una acusación de intervencionista en cuestiones donde la autonomía colectiva debe bastarse para disciplinar todas esas situaciones, hay que añadir que lo normal será la existencia de esa oferta y que el acuerdo expreso que finaliza la prórroga provisional (como el acuerdo que excluye la prórroga si no hay denuncia) contengan una previsión alternativa. En la práctica, la vigencia provisional no acaba, en la mayoría de los casos, sino cuando existe un convenio ya suscrito que ocupa el lugar del convenio denunciado y vencido. De manera que la prórroga provisional viene a constituir una especie de conexión entre dos vigencias reguladores de dos convenios diferentes.

Normalmente, cuando se aborda la problemática de la vigencia provisional se dedica mucho espacio y tiempo a precisar la diferencia que la norma establece entre cláusulas obligacionales (que, salvo acuerdo en otro sentido, perderán su vigencia) y normativas que son las que se prorrogan (no todas, no siempre, dependiendo de lo que se acuerde). No es mi intención mediar en esta polémica que, dados los términos en que está planteada, esto es, sobre la base de una casi imposible distinción entre los dos tipos de cláusulas, es de muy difícil solución<sup>33</sup>. Aunque se hayan intentado varias: si regulan o no las relaciones

<sup>31</sup> Sobre la negociabilidad de la ultraactividad, cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2002 (2002/40293, El Derecho Jurisprudencia).

<sup>32</sup> Cfr. por todos, MARTÍN PUEBLA, cit., pág. 361.

<sup>33</sup> Una polémica que incluye la cuestión de a partir de qué momento se produce la pérdida de vigencia de las cláusulas obligacionales, cualquiera que sean, si desde la denuncia o desde el fin de la vigencia, existiendo razones para ambas posiciones; cfr. MARTÍNEZ ABASCAL, cit., págs. 1515-1518.

laborales individuales estableciendo condiciones de trabajo; si tienen o no como destinatarios a los sujetos individuales, a los colectivos o a los propios negociadores; si se trata de cláusulas prescriptivas, imperativas o de aplicación y vinculación inmediatas; si exigen o no una actividad negociadora de las partes para su cumplimiento<sup>34</sup>; si reúnen o no el requisitos de adecuación en relación con la prórroga de su contenido recurriendo a criterios de razonabilidad<sup>35</sup>; si son normas de contenido o procedimentales; si son de un tipo u otro las cláusulas de configuración o que marcan la identidad del convenio o su ámbito subjetivo. etc.<sup>36</sup>. En todo caso, el balance final es fuertemente favorable a la calificación de la mayoría de las cláusulas como normativas, siendo excepción, y aun esto no es algo seguro, las que se consideran obligacionales, normalmente relacionadas con obligaciones de paz o con derechos que remiten a una actividad negociadora adicional de las partes.

Queda por analizar la situación en la que, denunciado el convenio y aplicadas las previsiones del art. 86.3 del ET, la vigencia prorrogada de la parte normativa se extiende a lo largo de un periodo que puede considerarse excesivo. Descripción de una posible situación que lo que viene a plantear es la duración que, a su vez, puede tener la prórroga provisional y cómo y cuándo finaliza. En la mentalidad del legislador, como se ha dicho, la prórroga no es sino el interregno entre dos convenios colectivos ordinarios; de forma que durará lo que duren las negociaciones para suscribir el nuevo, aunque esas negociaciones, como suele suceder se prolonguen muchos meses, a veces incluso hasta caso agotar la duración pactada del nuevo convenio. Aunque la ficción de la retroactividad proporcione vigencia a un convenio que puede tenerla real sólo durante unos meses; aunque luego la alcance de hecho mediante su propia prórroga. En realidad, si bien se piensa, los convenios acaban teniendo, en este esquema, una duración real (que no coincide con el tiempo jurídico) que abarca desde que se publican en el diario oficial hasta que son desplazados por el nuevo convenio. De forma que las vigencias provisionales prorrogadas acaban siendo una parte natural, y lo que es más relevante, esencial, de la propia vigencia; con unos efectos retroactivos de tipo meramente compensatorio. Esto es lo que sucede en la práctica, pero no da

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1994 (AS 10346).

<sup>35</sup> Se trata de un criterio de un cierto éxito pero rechazado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1996 (4703/1996), señalando que hay que acudir a criterios no contingentes, como el de la razonabilidad, sino sustantivos, referidos a las funciones y al ámbito de eficacia de las cláusulas.

<sup>36</sup> Ver, en sentido crítico, afirmando la práctica imposibilidad de establecer la distinción y decantándose por considerar obligaciones la totalidad de las cláusulas de administración del convenio y no sólo las que, más restrictivamente, se consideran de paz laboral, como hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1995 (AS 9486), M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ. «El alcance material de la ultraactividad de los convenios colectivos», cit. págs. 107 y ss. Esta Sentencia considera normativas las cláusulas relativas a normas reguladoras de la relación laboral, de la acción asistencial, de los derechos colectivos, de los ámbitos del convenio y de los órganos o estructuras de participación y decisión estables. En la línea más ampliatoria del concepto de cláusula obligacional, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (Ar. 7682). Véase, también, el libro AAVV. *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990; MARTÍN PUEBLA, cit. págs. 359-365; MARTÍNEZ ABASCAL, cit. págs. 1514-1515. Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1988 (Ar. 6167); de 21 de diciembre de 1994 (Ar. 10346); de 16 de junio y 6 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9822 y RJ 1998/5398), y de 10 de julio de 2001 (RJ 2001/9584). Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, de 5 de septiembre (AS 2001/4092), de Asturias, de 26 de enero (AS 2001/29); de Extremadura, de 3 de mayo de 2002 (AS 2002/2157); y de Valencia, de 20 de mayo de 2003 (AS 2003/2957).

respuesta a situaciones, cierto que menos frecuentes, en las que esa sucesión de convenios no se realiza con la cadencia y la simplicidad habituales.

Por ese motivo ha surgido la duda de si la vigencia provisional o prorrogada ha de tener fin en algún momento; o si ha de darse algún efecto, en términos de regulación alternativa a la continuación de la prórroga, a situaciones de impasse o de ruptura de las negociaciones que imposibiliten la suscripción de un nuevo convenio. Toda esta problemática, en fin, se produce en la medida en que, por decirlo sintéticamente, la vigencia provisional o prorrogada no tiene un término fijo o duración máxima; como sí sucede, en cambio con la prórroga ordinaria del art. 86.2. Tomar una iniciativa legal en este terreno es arriesgado ya que lo que no debe hacer en ningún caso es interferir los procesos de negociación colectiva ni condicionarlos en exceso. Pero toda regulación legal significa intromisión, aunque sea constitucional, adecuada y razonable, y quizás pudiera pensarse en un límite previsto a la vigencia provisional, ya sea directo con fijación de un tiempo máximo, ya sea indirecto, anudándola a circunstancias como la ruptura definitiva, y comprobada, de las negociaciones. De aquí que se considere que hay determinadas circunstancias en las que la vigencia provisional debe acabar. Siendo, eso sí, sustituida por otra regla disciplinadora, como puede ser un convenio colectivo de ámbito distinto, susceptible de regular esas relaciones laborales<sup>37</sup>. Una consecuencia que, por otra parte, los sujetos negociadores pueden eludir, si la consideran indeseable, poniendo fin a esa situación no necesariamente, como se ha dicho, suscribiendo un nuevo convenio, sino dando a las relaciones afectadas una regulación adecuada.

En esta línea parecen moverse las propuestas de reforma elaboradas en el año 2001, cuando pretendían, bien establecer un plazo máximo para el inicio de las negociaciones (como una forma de evitar una duración excesiva de la prórroga provisional), bien marcar un tiempo igualmente máximo de paralización de las mismas (con la intención de que esa vigencia prorrogada finalice a recurrir obligadamente a formas extrajudiciales de solución de este tipo de conflictos de intereses). En ambos casos, pero sobre todo en el segundo, la reforma lo que pretendía era precisamente poner fin a una situación, en principio, indefinida, de vigencia provisional. Donde, además, no hay posibilidad unilateral de finalización ya que no está prevista (sería un absurdo) una especie de denuncia de un convenio ya denunciado. Y siendo sólo el acuerdo la forma de acabar con esa provisionalidad, no constituye el mejor de los instrumentos porque es como afirmar legalmente que la vigencia prorrogada sólo finaliza con el nuevo convenio; con lo que, de no existir acuerdo, de ser éste imposible, de demorarse ampliamente en el tiempo, las relaciones laborales afectadas quedarían sometidas por un tiempo excesivo, casi indefinido, por un convenio ya degradado en cuanto a su vigencia, al ser sólo provisional y prorrogada. La intervención legal restaura la diferencia entre vigencia ordinaria y prorrogada, devuelve al convenio a su ámbito central de vigencia normal y constituye una forma de evitar que las partes utilicen, de forma ya excesiva, la vigencia prorrogada (una solución apoyada en la seguridad jurídica y en la estabilidad) como un instrumento para reforzar su posición negociadora.

<sup>37</sup> Un caso en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1998 (Ar. 9822).

## 6. OBSERVACIONES FINALES

Muy breves y sin pretender ser, en ningún caso, unas conclusiones o resumen de lo dicho a lo largo del trabajo. Tienen que ver con la diferencia que se ha establecido<sup>38</sup> entre cuestiones técnicas y cuestiones de política del derecho, referidas a la materia de la vigencia del convenio y más específicamente al tema de la ultraactividad. En cuanto a la vigencia del convenio se plantean, como se ha visto, innumerables cuestiones técnicas que, todavía, no han recibido una respuesta plenamente satisfactoria. Desde ciertas formas de fijación de la duración (los convenios colectivos de duración indefinida, por ejemplo) hasta la posibilidad de declarar finalizada la vigencia provisional o prorrogada del art. 86.3 del ET sin ofrecer una alternativa reguladora, pasando por la exigencia indeclinable de denuncia, por el alcance de los acuerdos en cuanto a las prórrogas del tipo que sea (en lo que hace a su existencia misma, contenido, duración, forma de finalización), y por la habitual problemática de la diferenciación entre contenido normativo y contenido obligacional. Por no mencionar las difícilísimas implicaciones entre duración de un convenio asiladamente considerado y sucesión de convenios de diferentes ámbitos, todo ello mezclado con la ineludible problemática de la concurrencia y su alcance.

Pero, junto a estos problemas técnicos, existe una dimensión de política negocial o de dinámica de la negociación colectiva que es la que se manifiesta de forma tan tajante en la posición empresarial en torno a la ultraactividad del convenio colectivo. En realidad, la existencia de la ultraactividad, considerada como la prolongación de la vigencia de una norma que se ha decidido legítimamente finalizar (siendo dicha manifestación una expresión de la voluntad conjunta de las partes ya que la denuncia no hace sino materializar el acuerdo previo sobre la duración), es una imposición legal, una limitación de la autonomía colectiva. Aunque sea tenue, en el sentido de que es una imposición soslayable por esa misma autonomía que puede diseñar una situación post-convenio diferente (ausencia de prórroga, prórroga de duración limitada, aplicación de otras reglas alternativas), siempre que se acepte cualquier solución ofrecida por el acuerdo de las partes y no necesariamente una remisión a otro convenio o un acuerdo semejante al convenio colectivo. Pero lo relevante es que la alternativa a la prórroga ha de darse de forma conjunta, con lo que dicha alternativa tendrá lugar siempre que se juzgue por ambas partes como una solución mejor, para ambos, que la prórroga del convenio. Basta que una de ellas tenga una opinión contraria para que la prórroga se imponga; de manera que el resultado final de la regulación de la prórroga, en concreto la del art. 86.3 del ET, es que algo que se decide unilateralmente (forzarla aunque la otra parte quisiera otra solución) y se impone a algo que se ha decidido de forma conjunta (la duración misma del convenio).

La prórroga legal, la que se impone en ausencia de acuerdo, no la que sólo es posible si hay acuerdo (que es la opción inversa) acaba interviniendo de forma muy decisiva en el proceso negociador. Porque hace menos comprometida la denuncia del convenio (que, producida, por cualquiera de las partes, tendrá la misma consecuencia que la falta de denuncia: el convenio seguirá rigiendo hasta que no se acuerde otro); porque refuerza la posi-

<sup>38</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, cit, págs. 1511-1514.



ción de la parte que es más proclive a la conservación de las condiciones ya aplicadas hasta el momento, y favorable a una concepción del convenio como un instrumento de mejora continua de condiciones de trabajo (algo semejante a una concepción de la irreversibilidad de las condiciones de trabajo); porque obstaculiza iniciativas de renovación convencional que no siempre es obligado ver como reducción de los estándares aplicados hasta el momento sino como cambio o transformaciones muchas veces necesarios; porque reduce las posibilidades de intercambio; y porque favorece la resistencia a alcanzar nuevos acuerdos, dado el blindaje que la prórroga del convenio supone de las propias posiciones; porque, en fin, hace mucho más difícil la innovación, y siempre más costosa, hasta el punto de dejar de ser interesante.

Todas estas razones, ya se ha dicho, no son técnicas sino de estrategia negociadora. Y deben ser tenidas en cuenta en posibles futuras reformas. No de la forma zafia e indiscriminada como habitualmente se manifiestan: como supresión sin más de la vigencia prorrogada, hay que entender salvo que haya acuerdo al respecto. Pero sí para evitar que la legítima finalidad de proporcionar una estabilidad en las condiciones de trabajo aplicables mientras duran las negociaciones del nuevo convenio se convierta en un arma decisiva y condicionante de la negociación misma. La aceleración de los procesos negociadores, los topes temporales de inicio y de paralización, pero sobre todo el acuerdo inicial que prevea, a la finalización del convenio que se suscribe qué reglas o normas han de aplicarse y por cuanto tiempo, son algunas vías, entre otras que pueden analizarse, para eliminar el precio de anquilosamiento y de resistencia a la innovación que la ultraactividad puede suponer.







# NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONTRATO DE TRABAJO: APUNTES SOBRE SUS CONEXIONES

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

Se trata de abordar las conexiones entre la autonomía colectiva —manifestada en la elaboración de Convenios y acuerdos— y la autonomía individual desde un planteamiento general estrechamente vinculado a las formas que el problema de la mutua relación adquiere en la experiencia jurisprudencia y en la negociación colectiva. Desde el plano jurisprudencial, se examina en primer lugar la doctrina del Tribunal Constitucional, al respecto, fuertemente condicionada por el carácter indirecto que adquiere el control en amparo del derecho de negociación colectiva, siempre a cobijo de la libertad sindical. Por parte de la jurisdicción ordinaria, el problema de las conexiones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual es, todavía mayoritariamente, el del respeto a las condiciones más beneficiosas y a los pactos singulares por parte de los Convenios colectivos, aunque recientemente se haya enriquecido el debate con experiencias judiciales como la Eurohandling, o la derivada de la derogación de la Disposición Adicional 10.ª del ET, y sus efectos sobre la jubilación forzosa pactada en Convenio Colectivo. Partiendo de estas premisas, se analizan los más significativos límites a la capacidad de disposición de los Convenios sobre lo pactado en contratos individuales —de la forma amplia en que nuestros Tribunales entienden esto último, al hilo de la aplicación del principio de condición más beneficiosa. Y viceversa, se afirma la vigencia de la regla de indisponibilidad en sentido contrario, salvo excepciones. Desde la perspectiva colectiva, dos son los elementos interpretativos examinados con mayor detenimiento: el principio de jerarquía, de imperatividad para lo individual de lo pactado en Convenio que se deriva necesariamente del reconocimiento constitucional de la «fuerza vinculante» de éstos; y el principio de legitimación, que cuestiona la capacidad de disposición de los negociadores sobre los poderes empresariales, no tanto como limitadores de sus contenidos, cuanto como sustitutos en sus actos de ejercicio, señalando los límites posibles en este sentido y la necesidad de coordinar la negociación sector/empresa, algo no siempre valorado por nuestros Tribunales a la hora de apreciar la licitud de ciertas cláusulas. Finalmente se aborda el estudio de esta cuestión tal y como se plantea en la negociación colectiva vigente, llamando la atención sobre las múltiples variantes y dificultades conexas que se ocultan tras fórmulas tan consagradas en apariencia como el respeto a las condiciones más beneficiosas, o a las condiciones *ad personam*.



## ÍNDICE

1. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL
2. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS
3. APROXIMACIÓN TEÓRICA AL TEMA
  - 3.1. La legitimación para disponer y los límites a la negociación colectiva
    - 3.1.1. Consideraciones generales
    - 3.1.2. El problema de la condición más beneficiosa
  - 3.2. Las limitaciones a la negociación derivadas de criterios de jerarquía normativa
4. AUTONOMÍA COLECTIVA E INDIVIDUAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ALGUNOS EJEMPLOS

Hablar de la conexión entre la autonomía colectiva y la autonomía individual en el ámbito de la negociación colectiva es, sin duda, abordar un tema de permanente actualidad y notoria extensión, pues en buena parte enlaza con la propia dinámica de ejercicio del derecho reconocido en el art. 37.1 CE. Resulta obligado, por ello mismo, advertir desde el inicio de estas líneas el carácter forzosamente limitado de un estudio de esta naturaleza. Una amplitud que ha tratado de acotarse aludiendo a los problemas que con más frecuencia se plantean en las tres instancias en las que habrá que convenir que el problema aparece con toda su agudeza: la jurisprudencia constitucional y ordinaria, y la propia negociación colectiva. Ello sin duda fuerza a que las relaciones entre ambas facultades se analicen en sus fronteras de conflicto actual, contingente, como todo análisis de esta naturaleza, pero sin duda lleno de interés como una etapa más en una relación destinada a transformarse para perdurar.

## 1. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva por sí misma (art. 37 CE) y en cuanto integrante del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 CE) implica introducir una forma peculiar de relacionarse la autonomía privada individual y la colectiva, si se admite que la autonomía colectiva no ha llegado a salir del ámbito de los poderes privados. Se trata de dos esferas de libertad que por la propia naturaleza de los derechos citados se ponen mutuamente en relación jerárquicamente subordinada, de modo que la autonomía colectiva va a señalar ámbitos y límites, dentro de los que ha de discurrir la autonomía individual. Y la autonomía individual ve recortada su potencial de libertad, de modo que sólo podrá entenderse lícitamente ejercida cuando ello tenga lugar en el ámbito fijado en el plano colectivo.

Este efecto, señalado por la doctrina desde siempre, ha sido subrayado por la doctrina del TC, haciéndose eco de su importancia, hasta el punto de elevarlo a rasgo característico de la forma de operar la negociación colectiva; a condición natural de su ejercicio, sin la cual funcionalmente la negociación colectiva deja de ser útil. Sostiene nuestro alto Tribunal, en una de sus resoluciones emblemáticas al respecto que «no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del Convenio en el terreno de los derechos e intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva... en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la

componen»<sup>1</sup>. La llamada imperatividad del Convenio Colectivo, tan vinculada a su naturaleza de norma, o a su eficacia más sencillamente, implica un desplazamiento de lo individual por lo colectivo, que impide que lo individual se erija en obstáculo a la aplicación de la norma pactada.

Sin embargo, la misma doctrina señala la dificultad que plantea esta regla, que no es otra que la de los límites a la hegemonía colectiva sobre lo individual. Ello supone «que la negociación colectiva no pueda anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa, en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes», en palabras de la misma STC 58/85, que afirma una idea que ha sido reiterada en la jurisprudencia posterior, precisamente en la línea de recordar que «ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual»<sup>2</sup>. De ese modo, en la doctrina constitucional la autonomía individual no es un mero espacio contractual, es algo más, es una manifestación de la libertad de los individuos, que como tal no puede ser desconocida por la autonomía colectiva, suprimiéndola, porque enlaza con las exigencias de libertad y dignidad de la persona que el art. 10 de nuestra Constitución ha elevado a la condición de fundamentos de nuestro orden jurídico. Fuera de este marco, el Convenio estatutario es norma, aunque su origen sea privado, de ahí la semipublicación de su régimen, recordada muy recientemente por el propio TC a efectos de extender al Convenio las exigencias del principio de igualdad del art. 14 CE<sup>3</sup>.

Sentado el principio general, sin embargo, no puede decirse que la jurisprudencia constitucional haya extraído muchas consecuencias y haya zanjado, o apuntado por lo menos, todos o la mayor parte de los problemas que se plantean. De todos modos, existen algunas afirmaciones que son de sumo interés para entender el panorama desplegado en la jurisprudencia y en la legislación ordinaria.

En primer lugar, acerca del área mutuamente regulable por la autonomía colectiva y la autonomía individual, la posición del TC es sumamente neutra: en principio, incumbe a la autonomía individual, si lo desean las partes, abordar aquellos aspectos no contemplados por el Convenio Colectivo, sin que obste a ello el que se trate de materias que hubieran podido ser reguladas o puedan ser reguladas en un futuro, por la autonomía colectiva. En palabras del TC, «la capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual y la prevalencia del mismo sobre el contrato de trabajo, y el condicionamiento que supone sobre la voluntad unilateral del empleador, impide que la voluntad individual prevalezca sobre la colectiva, pero solo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales»<sup>4</sup>. Sigue el razona-

<sup>1</sup> STC 58/85, de 30 de abril, FJ 6.

<sup>2</sup> STC 208/93, de 28 de junio, FJ 4.

<sup>3</sup> STC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 4.

<sup>4</sup> STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4.

miento con afirmaciones sustanciales sobre el alcance del área de libertad individual: «aunque lo no ocupado por la autonomía colectiva, ni regulado por la normativa estatal, sea un espacio de libertad sobre el que en un futuro pudiera incidir la autonomía colectiva, si las partes del convenio lo considerasen oportuno, la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone... un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de empresa en el ejercicio de sus poderes de gestión». Todo ello con una salvedad fundamental, el libre recurso a la autonomía individual en defecto de la colectiva tiene un límite: que «la trascendencia colectiva de la medida adoptada por la empresa pudiera tener entidad como para afectar al propio sistema de negociación colectiva, por excluir la posibilidad de actuación por la voluntad colectiva a través del correspondiente convenio»<sup>5</sup>. La medición de esa trascendencia, los parámetros que sirven para saber cuándo se traspasa el límite no quedan, en la jurisprudencia del TC, tan claros como el principio que anuncia la existencia de esos mismos límites; a partir de aquí se abre el camino al casuismo, en el que destacan dos criterios fundamentalmente: el número de trabajadores afectados —en la propia Sentencia citada se reflexiona sobre la escasa relevancia numérica de una medida que afecta a 220 trabajadores sobre una plantilla de 50.000— y la escasa relevancia de otra medida que no niega lo regulado en el Convenio, que puede convivir con lo negociado individualmente —y que afecta a los muy contados trabajadores que han aceptado permanecer en situación de disponibilidad—.

En síntesis, la doctrina citada abre un camino que tiene dirección única: en principio, es la autonomía colectiva la que demarca los ámbitos en que actúa, quedando el resto de las materias libres para la autonomía individual. No se produce en cambio el fenómeno contrario en que la autonomía individual pueda sustituir eficazmente a la autonomía colectiva, como instrumento de regulación del conjunto de las relaciones laborales. No se puede producir de hecho, pues la autonomía individual no puede entorpecer el desarrollo de la colectiva; si lo hiciera, más que probablemente, el resultado de tal exceso merecería la calificación de antisindical, pues neutralizaría el ejercicio de la facultad más definidora de la acción sindical, aquella en que ésta halla su razón fundamental de ser como elemento de gestión del sistema de relaciones laborales. No es raro que, con esta premisa, se descarten —por lo demás con toda razón— las actuaciones empresariales que revelan este potencial de obstrucción a la negociación, sea a través del recurso masivo a la autonomía individual, sea a través del ejercicio unilateral de los poderes empresariales.

Ejemplo de la primera de estas situaciones es el que sirve de fundamento a la STC 105/92, de 1 de julio, que zanjó la posibilidad de un uso «masivo» de la autonomía individual como mecanismo de sustitución de la negociación. Y en un caso en que la empresa había ofrecido, a cambio de ciertas ventajas, a los trabajadores individuales el cambio de un sistema de jornada continuada a jornada partida, modificando lo establecido en el Convenio, y sin contar con los representantes de los trabajadores, el TC concluye que la voluntad de los trabajadores, aceptando la oferta de la empresa, no puede modificar el Convenio colectivo «pues de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pacta-

<sup>5</sup> STC 208/93, citada, FJ 5.

do entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de la negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE»<sup>6</sup>. El Convenio queda, así blindado frente a la disponibilidad individual, sin perjuicio de que pueda modificarse en la misma sede colectiva en que se elaboró, y con arreglo a los procedimientos legalmente previstos, señaladamente el art. 41 ET. «De no hacerse así —sigue diciendo la Sala— y mantenerse vigente un convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo —y el régimen de la jornada de trabajo lo es—, sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el Convenio». La imperatividad del Convenio frente al acoso de la autonomía individual queda, así ratificada entre nosotros por su conexión directa con la libertad sindical<sup>7</sup>.

La misma postura prohibitiva ha mantenido el TC cuando se ha enfrentado a la posibilidad de que se alteren los términos del un Convenio por decisiones unilaterales del empresario, en su condición de titular de la organización productiva, y por tanto sin la cobertura de la voluntad de los trabajadores individuales. Ejemplo de esta doctrina es la STC 92/1992, de 11 de junio, que descarta la virtualidad modificativa del procedimiento de autorización administrativa previsto entonces para las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, cuando afectara a lo pactado en un Convenio Colectivo, con una argumentación que enlaza directamente con contenidos propios de la STC 11/1981: «sería contraria al art. 37.1 CE una interpretación del art. 41.1 ET que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente»<sup>8</sup>. La modificación de un Convenio, pues, sólo puede tener lugar en el seno del procedimiento de negociación entre partes colectivas en que tuvo su origen o en el previsto y autorizado por éstas. Y esta limitación objetiva es condición misma de validez del art. 41.1 ET, desde la perspectiva constitucional.

Aparentemente a través de estas resoluciones, y las muchas que encuentran en ellas su fundamento, la doctrina del TC se decanta por un tratamiento normativo del Convenio Colectivo, frente a la voluntad individual de los trabajadores y los empresarios, que encaja en las doctrinas más clásicas sobre el mimetismo del Convenio y la norma estatal. Pero, por otra parte, ese tratamiento normativo se vincula, como no puede ser menos, dada la estructura del recurso de amparo en el art. 53 CE, con la libertad sindical, de la que resulta ser una consecuencia, y ello no deja de generar importantes efectos en la viabilidad posterior de esta doctrina. Por ello a medida que avanza la jurisprudencia del TC se afirma el Convenio, más que como una pura y simple fuente del derecho —argumento que se conecta más con el mandato del art. 37 CE— como el resultado de una acción colectiva, que es la

<sup>6</sup> STC 105/92 citada, FJ 6.

<sup>7</sup> Un caso parecido, de oferta masiva de modificación del Convenio aceptada por los trabajadores individuales, en la STC 225/2001, de 26 de noviembre, que revela la plena vigencia sin cambios de la doctrina que se ha transcrito en el texto.

<sup>8</sup> STC 92/1992, cit., FJ 4.

esencia de la acción sindical, y cuya eficacia implica que lo gestionado en el plano colectivo no pueda ser desmentido en el plano individual, porque si así fuera se privaría al sindicato de su principal medio de acción. Y en ese sentido se defiende lo negociado, generándose una absoluta deslegitimación de la autonomía individual para recuperar el terreno acotado por la autonomía colectiva, separándose ambos planos de forma definitiva en cuanto el individual pueda suponer un peligro para el colectivo. No sucede así —recuérdese la STC 208/93— cuando la modificación singularmente acordada entre el trabajador y el empresario no pueda considerarse de índole colectiva ni susceptible de cuestionar la negociación como instrumento colectivo de regulación. En estos supuestos de ejercicio puro de la autonomía individual la libertad sindical no se encontraría concernida —pues el Convenio sigue desplegando lo esencial de sus efectos— y habría que descartar la ilicitud constitucional de los acuerdos singulares. Claro que se trata del resultante de un juicio de constitucionalidad; y en este sentido la legalidad ordinaria puede impedir que se produzcan modificaciones peyorativas del Convenio en cada contrato individual: tal es, a mi juicio, el sentido del art. 3.3 en conexión con el art. 3.5 ET. Pero, obsérvese, se trata de una norma ordinaria; no está en juego el planteamiento constitucional de la negociación, de tal modo que puede afirmarse que el respeto absoluto y singularizado a lo convenido no es —al menos en el estado actual de la legislación— contenido esencial de la libertad sindical. Si acaso, lo será de lo establecido en el art. 37.1 CE, pero, como hemos visto, esta parte del art. 37 no ha alcanzado la cobertura del amplísimo art. 28.1 CE en la doctrina del TC.

Una muestra de esta peculiaridad del razonamiento del TC, en que hay que separar lo que en él hay de inherente a la negociación colectiva y lo que es inherente a la libertad sindical, nos la proporciona la STC 107/2000, de 5 de mayo: en el supuesto de hecho del que trae causa, la empresa y los sindicatos habían comenzado el procedimiento de negociación, y se habían reunido al efecto en al menos 5 ocasiones, transcurridas las cuales, la empresa dio por rotas unilateralmente las negociaciones, y ofreció a los trabajadores individuales una subida unilateral de sus retribuciones, que acto seguido comenzó a aplicar. Obsérvese que en este caso no existe Convenio Colectivo que invocar, ni eficacia normativa de éste que defender, de donde que, razonando en puros términos de relaciones entre normas, no existiría obstáculo para que la empresa supliese la falta de Convenio con su decisión unilateral. De hecho, podría suceder tal cosa sin cuestionar la eficacia de un Convenio inexistente. El problema está, como apuntó la STC 208/93, en que el comportamiento empresarial, aunque no desconozca el Convenio, desconoce la negociación, como procedimiento que conduce a él. La propia STC 107/2000 lo recuerda, citándola como argumento de autoridad (FJ 7): «no puede la autonomía individual —o la decisión unilateral de la empresa— proceder a la regulación de las condiciones de trabajo cuando, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la presencia de los representantes sindicales en la función negociadora», por eso el comportamiento empresarial vulnera el art. 28.1 CE.

Sentando lo anterior, aún hay que hacer notar que la separación de planos entre la autonomía colectiva y la individual que se despliega a partir de la jurisprudencia del TC que se ha transcrito, se rompe, sin embargo, en un punto concreto: la eficacia de los Convenios extraestatutarios.

Esta fractura se constata en cuanto se desarrolla el siguiente silogismo: el Convenio colectivo, estatutario o no, es el fruto del desarrollo de una facultad colectiva, sindical en los casos sometidos a amparo, que se genera y despliega sus efectos justamente en ese pla-

no, de tal modo que queda vedada a la autonomía individual oponerse a su desarrollo (caso de la STC 107/2000) o cuestionar su eficacia (caso de la 1992/92), por anular la competencia colectiva, que descansa precisamente sobre esa deslegitimación de la autonomía individual para abordar y /o desconocer los productos de la colectiva. El plano colectivo y el plano individual, en suma, discurren por cauces separados, porque ésta es la fórmula de asegurar la eficacia de la medida colectiva desde los primeros esfuerzos teóricos de diseño del derecho de negociación colectiva.

Pues bien, y a pesar de que se afirme que el Convenio extraestatutario es un Convenio verdadero y propio, y por tanto comparte los rasgos distintivos de cualquier Convenio, al amparo directo del art. 37.1 CE<sup>9</sup>, esa afirmación de principio resulta congruente en relación con lo que se ha llamado «eficacia normativa» o «eficacia vinculante» o «eficacia real» —esto es, en lo relativo a su potencial de vinculación para las relaciones individuales incluidas en su ámbito de aplicación, con el efecto de desapoderamiento de que se ha hablado— pero no así en relación con la posibilidad de que la autonomía individual incida sobre una de las facetas fundamentales del Convenio: su ámbito personal de aplicación.

De este modo, la doctrina constitucional deja abierta la posibilidad de que se adhieran a lo pactado colectivamente los trabajadores individuales a los que en principio, y sin este acto singular, no les sería de aplicación el pacto. En la primera sentencia en que se aborda directamente esta cuestión (STC 108/89, de 8 de junio), se parte de que «la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron, no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la voluntad de quienes en él no participaron, pero la adhesión a éstos, como adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea» (FJ 2), siendo por tanto una posibilidad que siempre le queda abierta a la autonomía individual, salvo que se acredite que el recurso sistemático a la negociación extraestatutaria constituye un medio para excluir de la negociación a los sindicatos más representativos —es decir, con argumentos propios de la interdicción de comportamientos antisindicales—. Está claro que esta tesis impone —y no sólo tolera— la admisión de las adhesiones singulares a los Convenios extraestatutarios, y está claro también que no se fundamenta en exceso el mecanismo que hace posible esa adhesión, posiblemente por considerarlo de legalidad ordinaria en el caso. Es mecanismo, como es obvio, puede ser doble: entender que en realidad la adhesión al Convenio no es tal, sino mera interiorización de sus condiciones en el contenido de los contratos individuales de trabajo, sometiéndose a partir de ese momento a las reglas de juego de la autonomía individual que pasaría a ser; o bien entender que la adhesión al Convenio es exactamente eso, un sistema que permite en cada relación individual, ampliar el círculo subjetivo del Convenio como regla jurídica vinculante, que extrae su efectividad del derecho de negociación colectiva del que deriva. Si no fuera así, si la autonomía individual fuera real condicionante de su eficacia habría que concluir que, al menos en relación con las extensiones singulares, se estaría ignorando

<sup>9</sup> STC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5, que recuerda la doctrina pacífica al respecto: «tales pactos, que se encuentran amparados en el art. 37.1 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal *erga omnes* y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquellos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias».

la naturaleza del Convenio y se estaría mezclando indebidamente el plano colectivo con el plano individual en cuanto se autoriza que una decisión tomada en éste último afecte al ámbito del Convenio, propio de aquél, aunque sea para alterarlo en la mínima expresión que significa añadir un sujeto más a su ámbito personal. No es de extrañar que, con este *placet* al máximo nivel, la jurisprudencia española en torno a las adhesiones individuales a los convenios extraestatutarios sea dominante en los Tribunales ordinarios.

Todo lo dicho en el tema que nos interesa permite extraer un doble orden de conclusiones, algunas de las cuales ya han sido adelantadas:

- la primera, que la doctrina del TC en materia de relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual se ha conformado sin contemplar el derecho de la negociación colectiva en sí mismo, sino en cuanto instrumento de la libertad sindical, que sería, por las conocidas razones del ámbito del recurso de amparo, la facultad que estaba siendo tutelada. Por esa razón, los «límites» entre la autonomía colectiva y la autonomía individual que se anunciaban en la STC 58/1985, no han llegado a enunciarse en la jurisprudencia posterior porque hubiera sido necesario que se plantease la colisión desde la perspectiva del recorte potencial de contenidos mutuos propio de la convivencia entre ambas, y esta cuestión no ha llegado a plantearse.
- la segunda, probablemente basada en las mismas razones técnicas ya apuntadas, que en los casos en que se le ha formulado el tema de forma más próxima al núcleo del problema, es perceptible en la jurisprudencia constitucional un error de perspectiva, en aras del cual permite —si no impone— la mezcla de los planos individual y colectivo, permitiendo las adhesiones singulares al Convenio extraestatutario, generando con ello una combinación imposible desde el punto de vista conceptual.

No es de extrañar que el grueso del problema, desasistido del soporte transcendental que ha sido la doctrina del TC en relación con otras muchas instituciones del Derecho colectivo, haya que buscarlo en una confusa y contradictoria vicisitud judicial ordinaria y, sobre todo, en la experiencia práctica de la negociación en nuestro país.

## 2. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

Como es imaginable, la jurisprudencia acerca de las relaciones individuales y colectivas de trabajo es abundante en los Tribunales ordinarios, aunque, como sucede en el Tribunal Constitucional, no siempre se plantee el tema en sus justos términos de relaciones entre instancias reguladoras de la relación de trabajo. Por su abundancia es por lo, que por razones de espacio y disponibilidad, nos centraremos en la jurisprudencia más reciente — años 1994-2004— emanada de la Sala IV del Tribunal Supremo, que es más que representativa del estado de la cuestión a este nivel.

El punto de partida está en la aplicación a la delimitación de la naturaleza y efectos del CC extraestatutario y a las relaciones entre éste y el CC estatutario, de una rigurosa separación, propia de la distinción entre las fuentes del derecho y las fuentes de las obligaciones. De este modo, se afirma que «el pacto atípico o extraestatutario presupone un acuerdo plural entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, no ajustado a las exi-

gencias del Título III del ET, sino acogido genéricamente al art. 37 de la Constitución, y al carecer en nuestro sistema positivo de otro soporte normativo específico y suficiente, se regirá por las normas generales de la contratación civil». De esta diversa regulación se deduce que «un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual»<sup>10</sup>, cuando se empeoren las condiciones previstas en el pacto estatutario, todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 3.1.c) ET.

La remisión que se ha visto a la normativa propia de los contratos del Código civil no es sólo el resultado de la preocupación por llenar innegables lagunas en nuestro ordenamiento. Al contrario, tiene la indudable importancia de separar al convenio extraestatutario del ámbito de las fuentes del Derecho, para entrar en el área de la libertad contractual simple. Por eso la mutua relación jerárquica entre ambas modalidades de pactos —no comprensible si se comparasen sólo dos manifestaciones de negociación colectiva como derecho ex art. 37 CE—. Por eso la privación al CC extraestatutario de efectos propios del estatutario, no siempre justificada en la especial naturaleza de aquél. Es lo que sucede por ejemplo en la STS-IV 25 enero 1999 (896), que, con razón, descarta que exista ultraactividad referida al Convenio extraestatutario. Y por ello la posibilidad de que los trabajadores individuales se adhieran al Convenio extraestatutario, de tal modo conformada como un derecho de éstos<sup>11</sup> que no depende del reconocimiento de tal derecho por el propio Convenio, en la línea marcada por la jurisprudencia constitucional. No obstante lo que se acaba de decir —que al cabo es una mezcla de los planos individual y colectivo que se ha manifestado en la jurisprudencia constitucional— la jurisprudencia ordinaria tiene ocasión de acabar mejor su tesis. Y en su virtud, tiene ocasión de señalar que, a pesar de la contractualidad que le es propia, la dinámica del CC extraestatutario es esencialmente colectiva, por ello no pueden equipararse sus efectos a los que se producirían mediante la interiorización de sus efectos en el contrato de trabajo. Así, por ejemplo y como manifestación más acabada de esta naturaleza, no generan condiciones más beneficiosas<sup>12</sup>.

Fuera de estos casos, notorios y conocidos, puede decirse que en la jurisprudencia española del TS no se han generado Sentencias que se planteen abiertamente las peculiaridades estructurales de la autonomía individual en relación con la colectiva, y su mutuo reparto de roles, salvo en relación con una institución de historia verdaderamente torturada: el principio de condición más beneficiosa. Claro que, precisamente por este ámbito material, el problema se plantea desde la perspectiva dominante de la relación individual de trabajo, en la que nace y por la que persiste la condición, por lo que las abundantes Sentencias a este respecto no poseen un valor reseñable en relación con el planteamiento y solución del problema que nos ocupa.

A pesar de lo que se acaba de decir, aún pueden encontrarse algunas afirmaciones judiciales que nos sean de interés en el desarrollo posterior.

La primera de ellas es la recepción de la doctrina del TC acerca del valor de la negociación colectiva y su necesario respeto, sobre todo, por la autonomía individual, manifes-

<sup>10</sup> STS-IV 18 febrero 2003 (3372).

<sup>11</sup> STS-IV 14 noviembre 1994 (9071).

<sup>12</sup> STS-IV 25 enero 1999 (896); 20 mayo 2002 (6794) y 30 diciembre 1998 (454), aunque ésta posea una doctrina más dudosa, como se verá.

tada en una abundante cita de las Sentencias del TC que se han transcrito con anterioridad, y que son cruciales al respecto. Partiendo de este principio, es coherente la afirmación de que autonomía colectiva y autonomía individual se ordenen en un marco que es aquella quien puede definir, de tal modo que a la autonomía individual le quedan abandonadas dos funciones básicas:

- «lo pactado colectivamente se impone a los contratos individuales sin que, a través de éstos, se pueda modificar lo establecido con carácter general en el Convenio, pero esto no significa que la autonomía colectiva se sobreponga siempre sobre la individual, vaciándola de contenido, puesto que la libertad de contratación se puede ejercer para acomodar las condiciones generales a los supuestos concretos de organización del sistema productivo, siempre que no se menoscaben los mínimos establecidos en convenio, y que la adaptación se justifique en necesidades que sean razonables y no arbitrarias ni discriminatorias»<sup>13</sup>.
- además de esta primera función de adaptación y acomodo, realizada en los límites que deja el Convenio Colectivo, incumbe también a la autonomía individual una «función de complementariedad», pues «la autonomía individual tiene posibilidad de actuación regulando las condiciones de trabajo, siempre que respete los límites mínimos establecidos en el convenio... y que no pretenda modificar su contenido»; es decir, se mueva «en el espacio que le es propio, respetando y sometiendo a lo establecido en el Convenio». Supuestos éstos que abordan, en principio, a los casos de mejora de los contenidos convencionales —o de desarrollo de los mismos— que son los específicamente mencionados en esta importante Sentencia del TS, pero también permite a la autonomía individual moverse en las áreas que ha dejado libre, por no reguladas, la autonomía colectiva. Un supuesto éste negociación «*praeter legem*»<sup>14</sup>, que la Sala IV del TS ha afirmado en todo caso, negando su contrario, es decir, que existan áreas materiales en el ámbito de las relaciones laborales que sean colectivas por naturaleza, y sólo abordables a través de la negociación colectiva. Siguiendo al TC, y siempre con el respeto al *status quo* colectivo existente en el caso, nuestra jurisprudencia declara abierta a la negociación individual cualquier área material laboral, si no hay Convenio o éste no se refiere a ella, con lo que en cierto modo se afirma una idoneidad equivalente de ambas fuentes como reguladoras de las relaciones de trabajo. Un ejemplo de esta línea doctrinal lo proporciona la STS-IV de 21 de junio de 1994 (6315), cuyo supuesto de hecho viene constituido por la instauración en una empresa, por decisión unilateral de ésta, de un complemento salarial para ciertos trabajadores, sometida su generación al consentimiento de cada uno de ellos, y que se reconoce al margen de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de empresa. Ante la reclamación sindical, que, entre otras razones, alega que la decisión empresarial altera la dinámica de fijación colectiva de la retribución en la empresa, en cierta medida «cam-

<sup>13</sup> STS-IV 30 abril 1994 (3475).

<sup>14</sup> Así la califica el voto particular a la STS-IV 17 diciembre 2001 (2116) «los convenios colectivos pueden regular materias o aspectos de las relaciones de trabajo no sólo *secundum legem*, sino también *praeter legem* (arts. 82.2 y 85.1 ET) cuando el resultado de la regulación convencional es más favorable para el grupo concreto de trabajadores afectados».

bia la óptica» de la negociación colectiva por la individual, la Sala responde desechando los argumentos sindicales, pues «la empresa estaba habilitada para implantar en la forma en que lo hizo la “operación” y el complemento salarial “gestor de facilidades y servicios en red”... El título para adoptar tal decisión es el poder de dirección del empresario, poder que presenta diversas facetas, pero que es también manifestación o proyección en la gestión de personal de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE. En virtud de este poder o conjunto de facultades organizativas la dirección de la empresa puede proponer a los trabajadores condiciones de trabajo distintas a las establecidas en convenio colectivo, siempre que no sean contrarias o menos favorables que las de éste».

Todo ello porque «no existe... en nuestro ordenamiento una atribución exclusiva a la negociación colectiva de sector o de empresa de la regulación de condiciones de trabajo», punto en que enlaza la Sala con la doctrina del TC, para excluir de esta área de libertad los comportamientos empresariales que supongan atentados a la propia libertad sindical, lo que sucederá cuando, en síntesis, el comportamiento empresarial ignore la negociación, y no cuando la respeta.

La tesis del TS no deja de plantear problemas prácticos, y la jurisprudencia menor revela hasta qué punto en su aplicación puede llegarse a situaciones rayanas con la pura y simple inobservancia del pacto. Como ejemplo, puede citarse la STSJ-Murcia 27 julio 1998 (3206), que hace hincapié en la virtualidad de la autonomía colectiva para, a la vista de los contenidos de un Convenio Colectivo, servir de instrumento de adaptación de éste a las circunstancias empresariales, en el caso, mediante la implantación de un turno de trabajo diferente que se ofrece a trabajadores de nueva contratación en sus contratos de trabajo, dejando a salvo el antiguo para los trabajadores que ya pertenecían a la empresa cuando se suscribió el Convenio que establecía el sistema de turnos «antiguo» por así decirlo. Sostiene la Sala que, en primer lugar, la modificación se habría producido, no respecto del CC de sector —que en este punto atribuía a la facultad de organización del empresario la fijación de los turnos de trabajo— sino respecto de un pacto o acuerdo de empresa de concreción de aquél, que es más flexible que el Convenio y no puede quedar «fossilizado» porque se ignoraría su función de ajustar el marco en que se ha desarrollado la actividad productiva. En segundo lugar, que las circunstancias del caso habían de valorarse —como manifestaciones del principio «*rebus sic stantibus*»— y en su virtud, admitirse una disposición empresarial que en nada perjudicaba a los trabajadores ya contratados y que aceptaban sólo los de nuevo ingreso. De este modo, los espacios dejados por la autonomía colectiva se incrementan, al acentuarse la fragilidad del acuerdo de empresa, por mucho que se encubra esta fragilidad en la celebración de nuevos contratos de trabajo que desconozcan sus condiciones<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Debe llamarse la atención sobre la fragilidad de las formas atípicas de la negociación colectiva —que comprende todas las modalidades no estrictamente estatutarias— que presenta un flanco de eficacia indiscutible para individualizar su régimen. En la Sentencia enunciada en el texto el efecto es visible, pero también lo es en las Sentencias dictadas en aplicación de pactos extraestatutarios propiamente dichos. Así, en relación con un pacto extraestatutario *vid.*, STS-IV 18 febrero 2003 (3372), y 25 enero 1999 (896), que expresamente le niega su condición de norma, para afirmar su naturaleza contractual.

Es más, llega a enredarse en los recovecos de su tesis el propio Tribunal Supremo, que, afirmando la doctrina ortodoxa concluye, en su STS-IV 24 octubre 2002 (458) sosteniendo la posibilidad de que en un acuerdo de empresa se establezca un sistema de conversión de contratados temporales en trabajadores fijos con una disponibilidad de jornada de hasta un 30%, acompañada de la correlativa disminución de salarios —que es consecuencia de un acuerdo obtenido por la empresa y el Comité Intercentros, en que se implantaba este sistema, no contemplado en el CC de empresa de eficacia general anteriormente suscrito entre la empresa y las representaciones sindicales—. Y ello porque, con verdadero esfuerzo para separarse de una Sentencia anterior contraria —de 27 de diciembre de 2001 (2116)—, la Sala concluye que estaba justificada en este caso la introducción del nuevo sistema para los trabajadores fijos procedentes de la conversión de contratos temporales, ante el historial de expedientes de regulación de empleo de la empresa, y la conveniencia, para los trabajadores concernidos, de ser contratados fijos, aunque en peores condiciones que los fijos ordinarios, si se compara su situación, no con la de éstos, sino con la propia anterior como trabajadores temporales. En conclusión, que: «aunque la negociación colectiva deba respetar la ley, debe tener un marco de actuación que permita la regulación de la relación laboral en función de las concretas situaciones, de índole social y económica, que caracterizan, en un momento dado, al concreto colectivo al que va referida». De este modo, la suscripción de nuevos contratos de trabajo —aunque auspiciada por el pacto de empresa— es el mecanismo para introducir paulatinamente condiciones de trabajo hasta entonces inexistentes en la empresa.

No es de extrañar, por ello, que alguna Sentencia de Tribunal Superior de Justicia trate de poner orden en el despliegue doctrinal, enunciado hasta cinco categorías distintas de formas de relación entre la autonomía colectiva y la individual<sup>16</sup>, cada una de las cuales

<sup>16</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 28 marzo 2003 (2139). Por su interés, se reproduce parcialmente el FJ 3: «Un intento de establecer pautas concretas que permitan conocer el juego de la autonomía individual en la determinación de las prestaciones objeto del contrato, en relación a la norma colectiva, exige con carácter previo, analizar las siguientes distinciones: a) En primer lugar, es necesario distinguir entre condiciones establecidas en convenio colectivo de aquellas sobre las que la norma pactada nada dice; de tal suerte que sólo las primeras podrán limitar el juego de la autonomía individual, la cual podrá precisar condiciones de trabajo no establecidas colectivamente. Es ésta la principal conclusión que se extrae de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1994. En definitiva, con esta distinción se reconoce el papel que a la autonomía de la voluntad otorga el propio artículo 3.1.c del Estatuto, sin que quepa admitir que sólo colectivamente pueden definirse los intereses del trabajador, ni a nuestros efectos pueda hablarse de condiciones implícitas en la regulación de todo convenio colectivo. b) En segundo lugar, en el contenido del convenio es posible separar condiciones cuantificables y no cuantificables. Aquéllas son valorables en términos económicos o bien establecen cantidades cuya objetivización es palpable salario, cuantía de complementos salariales o extrasalariales, número de horas de trabajo, días de permiso retribuido, etc.), por el contrario hay condiciones difícilmente traducibles en términos económicos o difícilmente objetivables (jornada continuada o partida, funciones asignadas a una categoría, época de disfrute de vacaciones, etc.). c) En tercer lugar, hay que diferenciar también entre condiciones establecidas en los convenios colectivos, según que las mismas se refieran a la relación individual de trabajo o por el contrario establezcan condiciones de carácter colectivo en esencia, cuya virtualidad ni se agota ni encuentra su adecuada aplicabilidad en el contrato de trabajo. Y aunque parece obvio que sólo las primeras afectan al objeto del contrato, no resulta baldío señalar que determinadas condiciones convencionales son indisponibles para el contrato individual por la propia naturaleza colectiva de tales disposiciones, singularmente son las relativas a derechos sindicales, seguridad y salud laboral y organización general del trabajo. Se trata de distinguir entre condiciones establecidas en convenio colectivo cuya cabal aplicación sólo es factible desde la perspectiva colectiva y aquellas otras de posible aplicación

presenta especialidades por razón del origen de la condición de que se trate; de su naturaleza individual o colectiva; de su carácter cuantificable o no; y hasta por razón del ámbito del Convenio que la contempla. Pese a la dificultad inherente de la tesis judicial, bien puede concluirse que en nuestro ordenamiento, si bien está relativamente clara la primacía y prevalencia del Convenio estatutario, frente a la autonomía privada, no es tan clara esa prevalencia cuando el contrato singular se enfrenta a cualquiera de las modalidades de pactos no estatutarios: autonomía contractual, al cabo, la capacidad de disposición de lo en ellos establecido a través de contratos singulares de alguna forma se flexibiliza al colisionar dos modalidades de la capacidad de contratar.

### 3. APROXIMACIÓN TEÓRICA AL TEMA

La exposición anterior nos pone ya en condiciones de abordar el tema de las relaciones entre la autonomía individual y la colectiva aprovechando en lo posible las aportaciones de nuestra jurisprudencia y, siguiendo sus pasos, reconduciendo el análisis a las previsiones del art. 3 ET, en el marco abierto por el art. 37.1 CE.

Partiendo del entrelazamiento entre ambos preceptos resulta obvio que en nuestro ordenamiento ha quedado plasmado al máximo nivel normativo el principio de la regulación colectiva de las condiciones de trabajo, tan adecuado a la naturaleza de éstas como relacio-

---

personal. En esta precisa línea argumental se sitúa una consolidada doctrina del Tribunal Supremo que, respecto de condiciones establecidas en Convenio Colectivo extraestatutario, declara su invalidez por ser aplicación colectiva y no individualizada. d) La determinación de las condiciones que constituyen el objeto del contrato, puede fijarse inicialmente en el momento constitutivo o, posteriormente, a través del instrumento novatorio. De tal forma que, en relación a la fijación y/o modificación de dichas condiciones contractuales es posible distinguir, también, según la expresada fijación o modificación sea individual o colectiva. Con esta distinción se pretende separar la utilización de la vía contractual como medio para adecuar a la concreta relación individual las previsiones normativas de carácter convencional, que responderá al interés específico de cualquiera de las partes (empresario o trabajador) o al interés de ambos; del uso del contrato de forma masiva como instrumento mediante el cual resultan ineficaces con carácter general las condiciones establecidas a través de la negociación colectiva. La dificultad estriba, evidentemente, en decidir cuándo una concreta fijación o modificación de condiciones es individual o colectiva, puesto que el criterio numérico de trabajadores afectados, aunque indiciario, no debe ser determinante de dicha calificación. El riesgo de conducta fraudulenta o abusiva existe y se aprecia cuando la contratación individual en masa es torticera, pero no se presume por el simple hecho de un uso repetido del acuerdo individual. El criterio diferenciador es eminentemente causal. Las colectivas, son aquellas que tienen su origen en una decisión empresarial de reorganización técnica, productiva o económica, están motivadas o dirigidas a la tutela del interés del empresario (con independencia de que coincida o no el interés del trabajador). Las individuales serían aquellas que, con independencia también de la coincidencia de intereses, tienen su origen en una causa que es reconducible a la esfera del trabajador. Se podrá argumentar que, desde esta perspectiva, la dificultad estriba en averiguar cuándo una fijación y/o modificación de condiciones convencionalmente previstas tiene una causa empresarial o, por contra, está inmersa en la esfera del trabajador; pero es ésta una cuestión de valoración de hechos y de indicios que corresponde a la función típica de la jurisdicción. e) También sería posible añadir otra distinción más según las condiciones de que se trate proviniesen de un convenio colectivo de ámbito supraempresarial o de empresa. En el primer caso podría parecer posible una especie de descuelgue por mutuo acuerdo entre empresario y trabajador, en el segundo caso, convenios de empresa, no. Sin embargo entiendo tal posibilidad incompatible con el ordenamiento vigente y con el sistema de fuentes establecido en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores».

nes de serie, susceptibles de regulación homogénea. Y ha quedado plasmado, además, en términos muy generales por lo que hace a su contenido potencial: la negociación colectiva ha de ser «laboral», de acuerdo, pero en ese amplísimo margen todas las materias le quedan abiertas en potencia<sup>17</sup>, sobre todas ellas puede recaer en el presente o en el futuro, dependiendo la opción de las decisiones de los negociadores, con el solo límite de la prohibición legal, recientemente reavivada su actualidad por una polémica Sentencia en relación con la posibilidad/imposibilidad de pactar jubilaciones forzosas en Convenios Colectivos una vez modificada la norma autorizante<sup>18</sup>.

La autonomía individual, en principio, puede ocupar los espacios que la autonomía colectiva y la ley le dejan libres, pero no sólo; puede también ocupar espacios regulados por ambas fuentes, con la sola condición de respetar las reglas que presiden la relación entre fuente y contrato en el seno del Derecho del Trabajo, en especial el art. 3 ET. Hasta tal punto es esto así que la muy importante STS-IV de 30 de abril de 1994 (3475) se ve obligada a recordar que no es posible que el empresario renuncie de forma general a su autonomía individual ni siquiera en un pacto colectivo «pues esto supondría dejar sin efecto la facultad, reconocida en el art. 3.1.c ET de regular la relación laboral mediante la voluntad de las partes».

Concretado lo anterior, en general, la autonomía individual puede desplegarse también en materias sobre las que existen pactos colectivos, respetando el contenido de lo pactado colectivamente, para lo cual será preciso atender a ese mismo contenido, y valorar hasta qué punto es posible su mejora cuantitativa o cualitativa —para lo cual resulta de extremado interés la tipología de la STSJ Andalucía de 28 de marzo de 2003 citada—. A este límite material inderogable se añade que la autonomía individual, aún en las áreas de libertad que abandona la negociación colectiva, no es posible si con ella se pretende vaciar de contenido la propia negociación colectiva, por el carácter masivo de la condición incorporada a los contratos individuales y por la trascendencia de ésta en la economía de las relaciones laborales concernidas.

Y, cerrando la lista de principios, existe uno más implícito, pero no menos importante, que ha emergido a veces en el razonamiento de nuestros Tribunales. Se trata del que podríamos llamar principio de legitimación. Como se ha dicho, no existen Sentencias que lo afirmen, como existen en cambio las que lo han hecho en relación con la jerarquía, pero indudablemente está presente cada vez que nuestros órganos judiciales se detienen a comprobar si el contrato —o la decisión unilateral de la empresa previa a la propuesta contractual— altera o no un pacto de empresa, o un Convenio de sector, indicándose, como ya se ha dicho, la mayor flexibilidad de aquél frente a éste. Las Sentencias que así razonan, al cabo, descienden a valorar, no ya la legitimidad del cambio, sino la razonabilidad de éste, que contiene un matiz autorizante típico, en el que de alguna manera se presume que lo que se ha hecho podía hacerse dentro de ciertos límites, lo que sería impensable en el juego concreto del principio de jerarquía, que simplemente excluiría la modificación razonable o no. Es cierto que esta vertiente del que hemos llamado principio de legitimación debe

<sup>17</sup> GIUGNI G., «La funzione giuridica del contratto collettivo» en *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bolonia 1989, págs. 162 y ss.

<sup>18</sup> STS-IV, 9 marzo 2004 (841).

manejarse con cuidado; que, por lo mismo que no se enuncia expresamente, suele aparecer mezclado con consideraciones ajenas al mismo, que constituyen proyecciones de la idea jerárquica que preside tradicionalmente la relación norma-contrato. Por ello ha de destacarse cómo este principio opera, normalmente en el ámbito de la empresa, respecto de ésta misma como agente negociador a escala individual y colectiva, y de su contraparte colectiva, unitaria o sindical; en este contexto, las acciones de alteración que se han admitido por nuestros Tribunales han tendido lugar, fundamentalmente, en dos escenarios: el primero, en el de modificación posterior y por acuerdo colectivo de lo anteriormente pactado, donde el razonamiento de legitimación es abierto (pueden modificar lo pactado los mismos que lo pactaron, en suma); el segundo, en el de asunción de las modificaciones en nuevos acuerdos que se celebran a escala individual con trabajadores de nuevo ingreso, respetando lo establecido para los trabajadores que ya pertenecían a la empresa, y de alguna manera descartando que estas nuevas condiciones rompan el principio de igualdad de trato entre trabajadores que en otras circunstancias se afirma con tanta rotundidad<sup>19</sup>. En este segundo caso, no es que se trate de superar la doctrina ex art. 14 CE, sino que el razonamiento judicial incorpora la posición de la empresa como agente contractual, valora sus compromisos, y centra los nuevos contratos en la dinámica de ejecución del pacto colectivo, con lo que la diferenciación de trato aparece como razonable si hay motivo suficiente para lo que, sin contemplar el intercambio del pacto colectivo, hubiera tenido que declararse ilícito. Cuando, por ejemplo, en la empresa se ha intentado previamente llegar a un acuerdo con la representación de los trabajadores para incorporar el trabajo los sábados, y éstos sistemáticamente se han negado, resulta lícito, en la tesis de nuestros Tribunales que, respetando el pacto colectivo, la empresa trate de suplir las resistencias de los trabajadores a través de la recuperación de sus poderes organizativos, creando un nuevo turno de trabajo al que se asignan trabajadores de nuevo ingreso. En esta forma de soslayar la «tozudez» de los representantes del personal, razonada ante el órgano judicial, se encuentra la legitimación de lo que de otro modo sería una diferencia de trato ayuna de justificación. Cuando, en otro caso, la empresa se encuentra en crisis sucesivas, y asume el compromiso de contratar como fijos a los anteriores trabajadores temporales, puede ser razonable que éstos estén sometidos a un régimen de jornada y salario flexibles que no incumbe a los demás trabajadores, si se trata de una exigencia necesaria ante la situación de la empresa, y la alternativa es la contratación temporal, etc. En todos estos casos, además de los problemas de relación entre autonomía colectiva e individual, se encuentra el dato de que la empresa se ha movido alterando lo que ella misma había pactado, volviendo sobre sus pasos, y se admite este retorno en la medida en que sea razonable, justificada, la decisión tomada en un contexto en que no se cuestiona la existencia de negociación colectiva y de la voluntad de la empresa de negociar. En suma: esta variante doctrinal, hasta cierto punto razona sobre la base de que, en el estado actual del art. 41 ET, el empresario podría probablemente hacer lo que había hecho en el caso, dada la inestabilidad genérica del pacto de empresa, de ahí la legitimidad que deriva de poseer el poder que se manifiesta.

<sup>19</sup> Por todas, recientemente, STC 4 marzo 2004, 27/2004, para una diferenciación de trato en salarios entre trabajadores antiguos y trabajadores de nuevo ingreso, que se declara contraria al art. 14 CE.

En suma, de estos principios generales, se desprenden dos enfoques metodológicos aptos para relacionar entre sí ambas facultades: el enfoque de la legitimación para disponer de la condición que se negocie, que hasta cierto punto es un condicionante previo a la propia relación de jerarquía, pues se remonta al origen mismo de la norma pactada, y el enfoque de la jerarquía, como presupuesto de la mutua conexión Convenio-contrato.

### 3.1. La legitimación para disponer y los límites a la negociación colectiva

#### 3.1.1. Consideraciones generales

Por el primero de los enfoques enunciados, ya hemos visto cómo nuestros Tribunales valoran, aunque sea de cierta manera indirecta y no demasiado explícita, la capacidad de disponer de la condición de que se trate con que cuenta el empresario, si se trata de condiciones pactadas en la empresa y no cuestionan lo establecido en un Convenio estatutario. En este enunciado se resumen los límites de disponibilidad a escala singular de lo pactado colectivamente.

En cambio, no se encuentran pronunciamientos en que se aborde el tema desde la perspectiva contraria. Esto es, se trata de responder a la pregunta siguiente ¿existe algún límite de disponibilidad de las condiciones de trabajo individuales por parte de la norma colectiva? O, en otras palabras, si ya hemos visto que existe una radical falta de legitimación de la autonomía individual para contradecir lo dispuesto en un Convenio Colectivo ¿es cierto el fenómeno inverso?, es decir, ¿hay en el contrato de trabajo alguna especie de restricción legitimadora que impida que sea afectado por otros instrumentos que la voluntad de las partes que lo firmaron? ¿Es posible que el Convenio Colectivo incorpore reglas que condicionen los concretos actos de ejercicio de sus poderes por parte del empresario: que le imponga readmitir en casos de despido improcedente; que le prohíba recurrir a los despidos por causas económicas, o que le imponga contratar a un número X de trabajadores? Las preguntas que se acaban de enunciar constituyen una de las facetas esenciales de coordinación entre la autonomía individual y la colectiva, pero no pueden ser respondidas de forma lapidaria e incondicionada. Es preciso que primero se examine la función de la negociación en relación con la voluntad de las partes individuales y, sobre todo, con la libertad empresarial de gestión de las relaciones de trabajo.

Como punto de partida ha de tomarse en consideración que hay determinadas materias que es la propia ley la que la ha excluido de los procesos de negociación en ciertos niveles, autorizándolas en cambio en otros, por razones de política contractual que no es del caso considerar aquí. Obviamente las partes negociadoras en los niveles a los que alcanza la prohibición, en principio, no pueden negociar sobre esos elementos prohibidos, pero también es obvio que la razón de esta imposibilidad negociadora reside en que existe una prohibición legal, que exime de toda consideración acerca de si y cómo se hubiera podido negociar esa materia de no existir aquélla.

El problema de la legitimación como límite hace referencia a la imposibilidad de negociar determinadas materias por razones que incumben a defectos de poder de disposición en las instancias negociadoras, de modo que determinadas materias que sí se negociarían por unos determinados sujetos, no pueden serlo en cambio por otros, aunque la ley guarde silencio al respecto; es obvio también que a este género pertenecen la mayoría de las limitaciones de contenido.

Pues bien, para abordar el problema hay que partir de una distinción básica: mientras que en el caso del trabajador individual la gestión colectiva de sus intereses se realiza siempre a través de fórmulas de representación, en el caso de los empresarios hay una dualidad básica: en unos casos el agente negociador, aunque pueda delegar la acción misma de negociar, es el empresario individual; en otros casos, en cambio, es la asociación empresarial la que actúa por él, lo que en principio lleva a someter a la representación colectiva de los empresarios a límites de acción que, obviamente, no concurren cuando el que negocia el empresario individual, por lo mismo titular de las facultades que se restringen. A la vista del mero planteamiento del problema, se hace necesario diferenciar la solución según se trata del empresario —de la asociación patronal más bien— o del trabajador de quien se hable.

La limitación de los derechos de negociación de los sindicatos, fundada en la titularidad individual de los derechos o las facultades de que se trata de disponer, no presenta flancos tan amplios como en el caso de los empresarios. En efecto, la propia condición del contrato de trabajo como un contrato tendencialmente de serie, hace que la mayor parte de las condiciones de trabajo hayan nacido al margen de la voluntad individual de cada concreto trabajador<sup>20</sup>, sustituida por una decisión colectivamente tomada, en Convenio colectivo, o por decisiones unilaterales del empresario, o aún por prácticas de empresa que tienen a una colectividad de trabajadores como destinatarios. Esta colectividad del origen facilita el que puedan ser eliminadas o modificadas dichas condiciones por decisiones de alcance colectivo —especialmente si son negociadas, aunque no sólo, *vid.*, los supuestos de los arts. 40 y 41 ET—, de tal modo que sólo las condiciones real y efectivamente pactadas en cada contrato individual quedan en principio a salvo de esta tendencia a la unificación, ya se trate de condiciones que por ley sólo pueden pactarse en contratos individuales de trabajo (la celebración de un periodo de prueba, por ejemplo, art. 14 ET); ya se trate de condiciones que circunstancialmente se han pactado en un contrato de trabajo; ya se trate de condiciones que jurisprudencialmente se han declarado necesitadas del consentimiento del trabajador individual, por descansar su dinámica en el pacto singular y no en el colectivo<sup>21</sup>. Y en todo caso, se tratará de condiciones que no supongan renuncia a derechos reconocidos en el pacto colectivo, supuesto éste prohibido por el art. 3.5 ET.

De este modo, hay que distinguir entre condiciones colectivas que limitan o encajan los derechos y deberes nacidos del contrato de trabajo y que hallan su origen al margen del mismo —perfectamente negociables en la sede colectiva en que han nacido— y condiciones singulares, pactadas en cada contrato de trabajo, que necesitan de la voluntad de las partes del pacto singular para ser alteradas. El típico ejemplo a poner en estos casos es la llamada «condición más beneficiosa» —«condiciones *ad personam*» en la terminología convencional—, en su actual grado de evolución, y la jurisprudencia, abundante, que existe en torno a ella, que en sustancia todavía acoge el origen verdaderamente singular de la condi-

<sup>20</sup> Sobre esta característica, y su principal efecto: la capacidad de representación institucionalizada, hay una jurisprudencia constitucional asentada desde las primeras sentencias al respecto. *Vid.*, STC 70/82, de 29 de noviembre, y SSTC 60/98, de 16 de marzo; 191/98, de 29 de septiembre; 185/2003, de 27 de octubre; 44/2004, de 23 de marzo, como muestras de la estabilidad de esta doctrina.

<sup>21</sup> Como es el caso de la subrogación contractual al margen de los supuestos del art. 44 ET, que ha generado una amplia jurisprudencia al respecto. *Vid.*, por todas, STS-IV 8 abril 2003 (4954).

ción no disponible por la negociación colectiva, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de una «condición colectiva», mucho más accesible al poder de los negociadores. Aunque de esto hablaremos más tarde.

La cuestión, ahora, es si el Convenio puede proceder a suprimir o a modificar el régimen de lo pactado, incluso si tal cosa ha sucedido en contrato individual. En general, ni la jurisprudencia ni la negociación se ha planteado esta cuestión abiertamente y de forma general; en especial la negociación parece anclada en fórmulas arcaicas de enunciado del principio, conectadas con la condición más beneficiosa.

Extrayendo los hilos conductores de las resoluciones judiciales, tal parece que la pactación individual en sentido estricto opera como un freno a la negociación colectiva ordinaria, a la fuerza vinculante del Convenio colectivo en sí mismo considerado, como norma general que no contempla las muchas derivaciones prácticas de la autonomía individual, aunque tienda a erigirse en la regla general de la profesión; se trata de dos fuentes separadas que, en principio, no tienen por qué colisionar y pueden desarrollar vida independiente en los márgenes que diseñe el principio de jerarquía.

Distinta es la situación, incluso si no hay colisión en las concretas condiciones de trabajo señaladas en una y otra fuente, si el Convenio contempla la negociación individual para prohibirla o desencadenar mecanismos correctores. Sobre todo el mecanismo de la prohibición, aunque también los demás, forman parte de la capacidad que incumbe al Convenio colectivo de marcar los límites de la autonomía individual señalando qué puede ser pactado y en qué términos, en que descansa la esencia de la «fuerza vinculante» del pacto. De este modo, ante una prohibición convencional de negociar a título individual determinadas materias, o de negociarlas de determinada forma, el efecto sobre el contrato de trabajo que contenga pactos en contrario, es el de nulidad de lo pactado singularmente, por contraposición a lo dispuesto en una norma —caso del Convenio estatutario— o por contraposición a lo dispuesto en un acuerdo que por previsión constitucional limita la capacidad de oposición de las partes del contrato de trabajo a lo dispuesto en aquél (a través de la obra conjunta del art. 37.1 CE y 3.1.c ET). Parecidamente habrá que concluir acerca de la posibilidad de que el Convenio declare nulas las cláusulas en contrario pactadas en cada contrato individual, que no será sino el efecto del enfrentamiento del pacto singular con la norma colectiva.

La cuestión, ahora, es si esa capacidad de disposición de los Convenios sobre lo pactado en cada contrato de trabajo es omnímoda, es decir, abarca en potencia a todo tipo de acuerdo o pacto singular. Frente a cualquier opción teórica al respecto, poseemos los indicios que ofrece la jurisprudencia constitucional: la autonomía colectiva no puede reducir a la nada a la autonomía individual, en cuanto ésta forma parte de los valores de libertad y dignidad de la persona que han recibido respaldo constitucional y son la base de todo el sistema de derechos fundamentales, en los términos del art. 10.1 CE. Así las cosas, aún afirmada la capacidad de la norma colectiva para alterar los designios de la autonomía individual, se hace preciso valorar, en cada caso, las posibilidades que le quedan abiertas a la autonomía individual para desarrollarse en el marco que deja abierto la negociación colectiva, de tal modo que probablemente vulneraría el precepto constitucional una prohibición total e incondicionada por parte del Convenio de que se negocien condiciones de trabajo a nivel individual en todos los ámbitos y en todas las áreas materiales; así lo apuntó la STS de 30 de abril de 1994, y sigue siendo de actualidad su doctrina, a mi juicio. Pero fuera de esos casos, desconocidos en la práctica española, la capacidad de condicionamiento

de la norma colectiva es amplia a este respecto, primando su fuerza vinculante sobre la capacidad decisoria del pacto singular.

La cuestión es distinta si entramos a valorar las limitaciones a la capacidad negociadora de las asociaciones patronales<sup>22</sup>. Al menos, es distinta en parte, ya que comparte con la de los sindicatos bastantes de las consideraciones que se acaban de hacer: por supuesto, hay voluntad del empresario singular en la creación y conservación de las condiciones más beneficiosas, y su voluntad singular ha de concurrir también en aquellos casos en que la implantación de una condición de trabajo depende del simple juego del contrato individual. Pero la autonomía individual del empresario presenta aspectos grises más abundantes en su juego práctico que los que planteaba la de los trabajadores. La razón de esta dificultad añadida proviene de la dimensión potencialmente colectiva de cualquier decisión empresarial en el ejercicio de unos poderes de organización y dirección que están llamados a desplegar sus efectos sobre los trabajadores considerados como conjunto. De este modo, se produce la paradoja: colectivos o plurales en su ejecución, se trata de decisiones, poderes y facultades ejercitados por el empresario singular, su titular, de modo que atendiendo a su génesis quepa calificar también como individuales sus actos de ejercicio, al menos si se contemplan desde la perspectiva del sujeto agente. De hecho, el ET se encuentra lleno de ejemplos de este tipo de facultades: de dirección en sentido amplio (arts. 20 y 39), de modificación (40, y 41), de control de lo actuado a nivel de empresa (arts. 18, 20 ó 58), etc. Y la pregunta ahora consiste en saber de qué manera puede la negociación colectiva comprometer el ejercicio concreto de esas facultades.

Las últimas palabras empleadas son, a mi juicio, cruciales. En efecto, la negociación colectiva se mueve en el plano colectivo que le es propio, de ahí que pueda, en ese mismo plano, regular, matizar y condicionar el ejercicio por el empresario de sus facultades de la forma abstracta y general en que lo haría la norma que el Convenio esto es: fijar plazos, procedimientos, implantar periodos de negociación o de consulta con los representantes de los trabajadores, son todos ellos —y más que pudieran pensarse— formas de encauzamiento de los poderes empresariales que constituyen la verdadera esencia de la negociación, y que inciden sobre éstos de la misma forma externa y abstracta en que la norma suele actuar. En ese plano, la negociación colectiva está disponiendo de lo que es suyo (la regulación de las relaciones laborales en la empresa), y sólo puede tener los límites que se derivan de la ley misma, en los términos que después veremos<sup>23</sup>.

Distinta es la valoración que puede merecer la actividad negociadora cuando conlleva actos de ejercicio concreto de los poderes empresariales, por muy colectivos que sean sus efectos, porque en este segundo caso los negociadores están interfiriendo en el área del contrato de trabajo —que sirve de base última al desarrollo de esos poderes, según doctrina pacífica—, que ha de ser respetada a nivel colectivo, como incumbente esencialmente

<sup>22</sup> Sobre éstas, y su conexión con el derecho de negociación en sentido estático, *vid.*, ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Aranzadi, Pamplona 2003, arts. 55 y ss.

<sup>23</sup> Sobre la distinción, LAMBERTUCCI, P., *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padua 1990, pág. 370 y ss. Y en general, MONACO, MP., *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Giuffrè, Milán 2003 págs. 43 y ss., aunque referidas sus observaciones a la representación de los trabajadores, pueden extenderse a la faceta que nos interesa sus consideraciones en torno a la estructura y la función del acuerdo colectivo.

al titular de la posición empresarial. Dirigir, controlar, despedir, en concreto, son actos de titularidad individual, que la negociación colectiva no está legitimada para asumir por sí misma, aunque pueda regular las condiciones de su ejercicio. Así, establecer que en un sector, X, en que hasta ahora ha estado previsto un sistema de jornada continuada, va a estar vigente a partir de una fecha determinada un sistema de jornada partida, es un acto de regulación de condiciones de trabajo plenamente asumible en el amplio contenido potencial de la negociación colectiva diseñado en el art. 85.1 ET. En cambio, operar ese mismo efecto sobre una empresa concreta y aislada, atendiendo a sus condiciones específicas, queda fuera del poder de los negociadores, precisamente en cuanto la naturaleza del poder que se ejerce es, desde la perspectiva del empresario, individual, y no puede ser sustituido por ello por la asociación empresarial que le representa, a no ser que hubiera sido expresamente apoderada para ello, porque estamos ante un exceso del mandato institucional de que las asociaciones empresariales se encuentran asistidas. Y lo que se ha dicho de la modificación de condiciones, puede decirse del resto de los poderes empresariales, respecto de los cuales, para evaluar su negociabilidad, ha de tomarse muy en serio la distinción entre regulación abstracta y actos de ejercicio concreto.

Precisamente por ello, en principio, los actos de concreto ejercicio de los poderes empresariales no pueden ser abordados por la negociación llevada a cabo por las asociaciones empresariales más que desde el punto de vista meramente procedimental o ritual. Ha de respetarse siempre la capacidad de cada empresario singular para su ejercicio sustantivo, lo que equivale a excluir la negociación por aquéllas de estos actos concretos. Todo lo más, podrán negociarse a nivel de empresa, por el propio empresario titular de los mismos, único legitimado para disponer de ellos en cada caso<sup>24</sup>. Las condiciones concretas de modifi-

<sup>24</sup> Esta vertiente del principio de legitimación no es acogida expresamente, al menos en apariencia, por la jurisprudencia, que las más de las veces ha asumido la licitud de cláusulas de esta índole establecidas en Convenios sectoriales, sin cuestionar su licitud. *Vid.*, STSJ Andalucía 10 julio 2002 (880), que se decanta por la licitud de una cláusula del Convenio Colectivo del sector de Manipulado y Envasado de Frutas y Hortalizas de Granada según la cual «las necesidades productivas que no puedan ser atendidas por los/as trabajadores/as fijos, fijos discontinuos, se cubrirán con los eventuales, o con contratos de puesta a disposición, si bien estos últimos no podrán mantener su relación más de una temporada, debiendo ser contratados directamente por la empresa usuaria en la segunda que fueran llamados, en su caso», sin razonar especialmente hasta qué punto podían las partes negociadoras de un convenio sectorial restringir de esta manera la capacidad de decisión del empresario, más allá de afirmar que «(la cláusula) ni afecta a la libertad de empresa que proclama el art. 38 CE, ni infringe lo dispuesto en el ET, ni viola las normas legales y paccionadas de una actividad que le es ajena»; también se pronuncia a favor de cláusulas semejantes el TS, por ejemplo, en STS-IV 12 mayo 1998 (4332), respecto de un precepto del Convenio estatal para el sector de fabricación de calzado artesano manual y ortopedia según el cual «todo trabajador contratado eventualmente, que trabaje en la empresa siete meses seguidos u ocho alternos dentro de un periodo de doce meses consecutivos, pasará a formar parte de la plantilla de personal fijo. Asimismo, los que lleven seis meses con un contrato temporal y realicen su trabajo en su puesto permanente pasarán automáticamente a fijos. Los trabajadores eventuales tendrán derecho a la retroactividad real del incremento salarial del presente convenio. Los contratos temporales no excederán de 20% de la plantilla fija de la empresa. «Como puede verse se trata de un precepto que mezcla instituciones muy diversas: restricciones al uso de sus poderes de contratación por los empresarios que pueden entrar en el ámbito rector de la autonomía colectiva, pero también la «conversión» de contratos temporales en fijos, que parece ser una novación contractual que sólo podría producirse en el ámbito de cada contrato de trabajo. El TS, en cambio, no diferencia unas de otras, valorando el precepto en su conjunto y limitando el análisis a contraponer el texto convencional con el del TD 1989/84, desde la perspectiva de la jerarquía normativa. Por supuesto, pertenecen a este ámbito las Sentencias que han convalidado la posibili-



cación de condiciones de trabajo; las actuaciones para solventar las crisis empresariales concretas; los actos de concreto ejercicio del poder disciplinario, etc., permanecen bajo la égida de su titular, de ahí que sólo el nivel de empresa sea el adecuado para insertarlos en la tutela colectiva. Un marco colectivo, por cierto, en que, aunque se comparta la morfología del Convenio —esto es, los actos de ejercicio concreto se encuentren contenidos en un Convenio de empresa— probablemente no se comparta la naturaleza del resto de los pactos en el Convenio colectivo. Se trataría en todos los casos de actos de ejercicio colectivo de poderes empresariales, que, como es sabido, el legislador, con toda prudencia, ha optado por derivarlos hacia figuras colectivas no identificables con el Convenio, como son los tan utilizados Acuerdos de Empresa en el ET<sup>25</sup>. Figuras que, aunque negociadas en buena parte de los casos, no pierden la condición de actos de ejercicio de poderes empresariales con todas las limitaciones inherentes a esta calificación —salvo, quizás, la modificación de Convenios estatutarios, precisamente por tratarse de acuerdos que en cierta medida comparten el alcance regulador que posee el acto modificado—.

### 3.1.2. El problema de la condición más beneficiosa

Merece una referencia aislada en este apartado dedicado a la legitimación para disponer en negocios colectivos, el tratamiento jurisprudencial de la condición más beneficiosa, en la medida en que es sobre todo a partir de ella como nuestros Tribunales se han enfrentado a la disponibilidad potencial de lo dispuesto en contrato individual por parte de los Convenios Colectivos, una vez que se superaron los condicionantes iniciales que la marcaron en su origen. De hecho, para nuestra unánime jurisprudencia, la condición más beneficiosa tiene su sede en el contrato individual de trabajo; ha nacido y se ha desplegado a partir de la voluntad concorde de ambas partes, manifestada expresamente o mediante actos concluyentes. Esa individualidad de origen es la que en cierta medida la pone a salvo de las modificaciones experimentadas por la normativa, legal o convencional. Como resume su propia doctrina el TS, «esta fuente de obligación que no nacía de un mandato legal, ni de la norma acordada, sino en virtud de un pacto individual o concesión de otra natura-

---

dad de que en el convenio se establezca la prohibición de que el empresario opte por la indemnización en los supuestos de despidos improcedentes, que es una jurisprudencia ya clásica entre nosotros, *vid.*, SSTS-IV 5 octubre 2001 (1421) y 26 diciembre 2000 (1877), por todas. Sin embargo, una consideración más detenida de la doctrina judicial evidencia que el análisis se centró en las cláusulas abstractas que imponían obligaciones a los empresarios, sin excluir el derecho/deber de éstos de cumplir con ellas, con cuyo acto de voluntad la cláusula pasaba a ser ejecutada por el verdadero titular del poder regulado. Este tipo de consideraciones son más frecuentes en la jurisprudencia sobre la readmisión obligatoria, aunque no puedan considerarse contradichas en el resto de las Sentencias, que simplemente no se las plantean.

<sup>25</sup> Por esa función mixta se plantean en buena parte las discrepancias acerca de su naturaleza entre nosotros, aunque toda la doctrina subraye la concreción del contenido de los Acuerdos. Así, para CORREA CARRASCO, M., *Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona 1997, pág. 154, hipotéticamente puedan compartir con los Convenios su condición de norma., págs. 161 y ss; como instrumentos de flexibilidad los califica GORELLI HERNÁNDEZ J., *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Civitas, Madrid 1999, págs. 61 y ss.

leza otorgada o concedida individualmente por el empresario» es la condición más beneficiosa<sup>26</sup>, por ello «es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario», y, asimismo, «tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior... más favorable que modifique el status anterior en materia homogénea»<sup>27</sup>. Por eso, sigue remachando el Tribunal Supremo, «la aplicación del principio, plenamente consolidado en nuestro ordenamiento laboral, implica el mantenimiento de aquellas condiciones anteriores, como derecho adquirido por el trabajador e incorporado a su relación de trabajo; condiciones que... quedan inmunes frente al establecimiento de una normativa general sobrevenida»<sup>28</sup>. Como puede comprobarse con la rápida cita de una doctrina que se dice pacífica, hay varias proposiciones encerradas en el enunciado del principio:

- a) la fuerza de obligar de la condición más beneficiosa nace de la voluntad de las partes del contrato de trabajo. Su contenido es parte de la regulación individual del entorno laboral, ya se manifieste expresamente el acuerdo de las partes, constituyendo una estipulación concreta, ya suceda mediante una propuesta empresarial inequívoca que es aceptada por cada trabajador singular, cuanto menos no oponiéndose a su disfrute o percepción.
- b) La voluntad de las partes no puede ser sustituida —y esto reza especialmente en relación con el empresario— por una decisión colectiva, o por la simple aplicación de una norma, colectiva o legal, o bien de una práctica de empresa. Sobre todo en relación con el empresario, debe de ser patente esa voluntad concreta de atribuir un beneficio o una ventaja a una pluralidad de sus trabajadores o a alguno singularmente. La aplicación de una norma, o la simple aplicación indiferenciada de una práctica de empresa, por ello, no genera condiciones más beneficiosas, porque la voluntad liberal individualizada del empresario no ha sido patente. Este extremo ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de ponerlo reiteradas veces de manifiesto. Y, así, se afirma que «no es la mera persistencia en el tiempo lo que crea la condición más beneficiosa; tal persistencia debe ser indicativa de la voluntad del empresario de reconocer un beneficio que supera lo que las normas legales o convencionales han establecido en la materia»<sup>29</sup>.
- c) En consecuencia es preciso que se acredite ese plus de voluntariedad, ese añadido que deja fuera de duda que la voluntad empresarial no ha consistido en la mera

<sup>26</sup> STS-IV 30 diciembre 1998 (454), con abundante resumen de jurisprudencia. Sobre el problema de las fuentes del Derecho del Trabajo y las condiciones más beneficiosas, *vid.*, BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, págs. 35 y ss. Parte el autor de una distinción entre supuestos controvertidos y no controvertidos que, como se verá, es relativamente asimilada por la jurisprudencia, pero no tanto por la propia negociación colectiva. Sobre el origen de la condición más beneficiosa entre nosotros, *vid.*, OJEDA AVILÉS, A., «El principio de condición más beneficiosa» *Revista de Política Social* num. 134, 1982, págs. 13 y ss.

<sup>27</sup> STS 29 marzo 2000 (3134), igualmente con abundante cita jurisprudencial. En el mismo sentido, STS-IV 18 septiembre 2002 (590).

<sup>28</sup> STS 25 junio 2002 (8932).

<sup>29</sup> STS-IV 25 junio 2002 citada, que cita a su vez a la STS de 3 de noviembre de 1992 (8776), y 20 enero 1995 (392).

aplicación de una norma o de una práctica global, sino precisamente la atribución de una ventaja a uno o varios trabajadores. Con palabras de la Sala IV del TS «las notas diferenciadoras entre la concesión graciosa y la condición más beneficiosa radica... en la habitualidad, regularidad, persistencia y disfrute en el tiempo»<sup>30</sup>. Pues ha de distinguirse «el simple beneficio y la condición más beneficiosa adquirida y disfrutada en virtud de la consolidación de la ventaja que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión»<sup>31</sup>

- d) Por lo anterior se deduce la individualización sistemática de la condición más beneficiosa, a través de su ejercicio o disfrute por cada trabajador singular; a lo sumo puede hablarse, como lo hace la STS-IV de 9 de abril de 2001 (5112) de origen colectivo, pero de necesario ejercicio individual.

Todo lo cual no genera una imperturbabilidad de la condición individual. Como dice el TS «la peculiar naturaleza del beneficio... excluye su calificación como derecho necesario absoluto capaz de blindarse frente al convenio colectivo»<sup>32</sup>. Por ello es posible su supresión por un pacto individual en contrario —respecto del cual es obvio que no jugará un principio de indisponibilidad, art. 3.5 ET, que no opera en los pactos individuales—; por la absorción de la condición por las mejores condiciones que se vayan acordando para el resto de los trabajadores en la normativa aplicable; y, finalmente, por la directa supresión por los Convenios Colectivos, cuando sea contemplada por éstos como una finalidad expresamente perseguida. De esta manera, la condición más beneficiosa, en principio inalterable por el mero sucederse de las normas colectivas hasta que sea absorbida, puede ser eliminada por las mismas normas colectivas que, si guardan silencio respecto de ellas, no la afectan.

Si las primeras afirmaciones no se ocultan en el razonamiento judicial, esta última conclusión ya no es tan clara. De hecho está ausente en la mayor parte de las resoluciones judiciales, que hacen especial hincapié en la indisponibilidad unilateral por el empresario<sup>33</sup>, y sólo en ella, dejando de lado toda referencia al poder de disposición de las partes colectivas —salvo en el efecto de absorción y compensación, que es más mecánico que voluntario para los firmantes del Convenio—. Sin embargo no suele plantear problemas en el caso en que el Convenio ha optado por suprimir una condición más beneficiosa. No lo planteó cuando, por ejemplo, se acordó la supresión de los economatos existentes en una empresa en un Convenio posterior<sup>34</sup>. Tampoco lo hubo para admitir la licitud de una cláusula convencional según la cual «las retribuciones y condiciones contenidas en el presente Convenio valoradas en su conjunto y en cómputo anual, podrán compensar, hasta donde alcancen, las retribuciones y mejoras que sobre los mínimos reglamentarios viniera en la actualidad satisfaciendo la empresa, cualquiera que sea el motivo, denominación, fuerza o

<sup>30</sup> STS 30 diciembre 1998 (454), que aparentemente admite que se creen condiciones más beneficiosas sobre la base de «actos y pactos de empresa que no tienen naturaleza de convenio», lo que les asigna un cierto carácter colectivo. Sin embargo, la argumentación posterior de la Sentencia reitera la individualidad de la concesión y la fuerza de obligar estrictamente contractual, alineándose con la doctrina judicial anterior y posterior al respecto. Sobre el mismo tema, STS-IV 19 marzo 2001 (4104).

<sup>31</sup> STS 8 julio 1996 (5761).

<sup>32</sup> STS 9 abril 2002 (6154).

<sup>33</sup> BALLESTER LAGUNA, F., «La condición más beneficiosa...» cit., págs. 284 y ss.

<sup>34</sup> STS-IV 9 abril 2002 (6154).

naturaleza de dichas retribuciones y mejoras, valoradas también en su conjunto y cómputo anual, salvo aquellas que expresamente fueran calificadas como inabsorbibles»<sup>35</sup>, precisamente por la mayor favorabilidad en su conjunto que la norma colectiva garantizaba. Pero si se trata de conectar relaciones entre contratos y normas, el principio de norma favorable y sus técnicas, obviamente, no pueden operar (pues la comparación sólo tendrá lugar una vez que se respeten los mínimos que marca la norma, como recuerda el art. 3.3 ET), de ahí que la interpretación que deba darse a esta orientación judicial sea más bien que se trata de un tímido reconocimiento de la disponibilidad en Convenio de condiciones más beneficiosas de origen colectivo, precisamente porque ese origen indiferenciado, en el fondo ajeno al contrato, legitima a las partes del contrato colectivo a disponer de aquéllas.

La sola referencia a la doctrina judicial evidencia que no está resuelta ni mucho menos la resistencia de la condición más beneficiosa efectivamente singular en su origen frente a un Convenio colectivo, valorado éste como mera norma prohibitiva o anulatoria de las divergencias en el tratamiento a los trabajadores, sea o no su articulado más favorable que las condiciones que los trabajadores disfrutaban a título singular. Fuera de la absorción/compensación, la relación Convenio-condición más beneficiosa dista de estar clara. Y no por negar el carácter de norma que el Convenio tiene, sino en cuanto suponga, y porque lo hace, un desconocimiento de la capacidad negociadora individual de empresarios y trabajadores, reconocida en el art. 3.1.c) ET y por ello mismo con fuerza de derecho necesario frente a la norma convencional. Por eso, si partimos de este enfoque, podríamos adelantar, como criterios guía de interpretación, en primer lugar, que la norma colectiva puede, entre sus contenidos, incorporar prohibiciones para los titulares de las relaciones laborales de trabajo, de hecho lo hace con frecuencia y no se han planteado problemas de licitud. En consecuencia, estas prohibiciones generarán la nulidad de todas las cláusulas singulares que se les opongan, en aras del logro de una deseada homogeneidad o racionalización de condiciones laborales. Pero esta posibilidad de prohibición no puede tener un alcance tan absolutamente general y extenso que equivalga a una eliminación de la autonomía individual como fuente de integración del contrato —por ejemplo, prohibiéndose negociar cualesquiera condiciones distintas de lo pactado en el Convenio— porque la prohibición general conduciría directamente a desconocer lo previsto en el art. 3.1.c) ET, cuyo contenido de salvaguardia del contrato individual es de derecho necesario para la negociación colectiva, como ha recordado con acierto el Tribunal Supremo. El esfuerzo que el Convenio deba realizar para alcanzar la homogeneidad, pues, tiene sus límites, y en su caso el objetivo citado habrá de alcanzarse por la vía novatoria de los contratos individuales que abre el art. 41 ET.

### 3.2. Las limitaciones a la negociación derivadas de criterios de jerarquía normativa

La conexión entre la autonomía individual y la colectiva está contemplada también desde la perspectiva de las normas legales. Incluso se ha planteado en estos términos alguna cuestión que muy recientemente el Tribunal Supremo ha desviado hacia el terreno de la

<sup>35</sup> STS 18 septiembre 2001 (590).

prohibición de discriminación<sup>36</sup>, como es el caso de la jubilación forzosa en Convenio Colectivo, en la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004 (RA 841), relativa a la imposibilidad de negociar jubilaciones forzosas en Convenios colectivos, a raíz de la derogación de la Disposición Adicional 10.ª del ET por RDL 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por Ley 12/2001, de 9 de julio.

Así las cosas, en primer lugar ha de afirmarse algo evidente: que el contrato de trabajo queda vinculado por lo dispuesto en la regla colectiva, precisamente porque ésta es efectivamente vinculante para la voluntad individual, y porque la propia esencia del derecho a la negociación colectiva resultaría fallida si esta eficacia no se produjera, sea como sea que se califique la misma. Y este efecto —no tanto el mecanismo, que puede ser normativo o no— es predicable de los Convenios colectivos estatutarios o extraestatutarios, en cuanto ambos hallan su directo respaldo en el art. 37.1 CE. Sobre este punto la unanimidad jurisprudencial es notable.

Así las cosas, estas reglas se hacen evidentes en los supuestos de prohibiciones o imposiciones legales expresas, en que es la regla colectiva la que establece las pautas de desarrollo de la voluntad individual. Sin embargo, en el Estatuto de los Trabajadores y legislación concordante existen abundantes supuestos en que acuerdo colectivo y contrato están legalmente llamados a cooperar desde una perspectiva formal, de reserva a la norma convencional, o a la autonomía individual, o a ambas, de la regulación de ciertas áreas materiales, que de esa forma quedan vedadas para la instancia excluida en los términos y con las condiciones legalmente establecidos.

No es éste el momento de sistematizar las referencias a la negociación o al contrato existentes en el ET, que ya han sido abordadas en estudios de probada solvencia. Tan sólo citaremos algunos ejemplos: de este modo, ejemplo de la primera posibilidad sería el caso de la delimitación de los tipos de contratos temporales existentes en nuestro ordenamiento, claramente circunscrita a la norma legal, con el soporte concreto de la autonomía colectiva en determinados ámbitos (sectoriales), y de los que a la autonomía individual tan sólo incumbe determinar la aplicación de las reglas al caso concreto, sin innovarlas o desconocerlas; ejemplo de la segunda sería el tantas veces mencionado periodo de prueba, que sólo podrá establecerse como obligado a través de pactos singulares, en cada contrato de trabajo. Autonomía individual y autonomía colectiva se encuentran, de esta forma, mutuamente entrelazadas en el diseño legal, con más frecuencia de lo que parece respecto del régimen jurídico de las relaciones individuales de trabajo tal como se diseña en el Estatuto de los Trabajadores. Ejemplos de las mutuas referencias a la negociación colectiva y al contrato tampoco faltan, aunque no se enuncien expresamente la mayor parte de las veces: así por ejemplo, a la autonomía y al contrato se encomiendan las previsiones en materia de medidas de diligencia y de colaboración en el contrato de trabajo (art. 20.2 ET), la

<sup>36</sup> Como la propia Sentencia recoge en su Fundamento Jurídico 1.º, alguna de las Sentencias en contraste se planteó abiertamente la imposibilidad de que por Convenio Colectivo pudiera disponerse de un derecho personalísimo como el derecho al trabajo sin el amparo de una norma con rango legal. Al basar el Tribunal Supremo su argumentación sobre el carácter discriminatorio o no de la diferenciación por edad en que la jubilación forzosa consiste, desvía claramente el razonamiento a otros ámbitos, hasta el punto de que cabe plantearse si, implícitamente, el TS no acepta que esa disposición contractual fuese posible, si no hubiese recibido tal calificación de discriminatoria. Así lo acepta, sin duda, el Voto Particular de Moliner Tamborero.

promoción económica en el trabajo por antigüedad (art. 25 ET) o la estructura del salario (art. 26.1 ET).

Evidentemente, de cada uno de los supuestos citados, y de los otros muchos dispersos por toda la normativa laboral, derivan limitaciones mutuas para la autonomía colectiva y la individual, pero en especial para esta última, vinculada por las reglas de jerarquía derivadas del art. 3 ET al respeto a las normas negociadas, ya se manifiesten en Convenios estatutarios o extraestatutarios<sup>37</sup>. Por lo general, las remisiones realizadas en la legislación laboral toman en consideración al Convenio y a sus contenidos como normativos, es decir, abstractos y generales, necesitados de un cumplimiento, y una concreción particularizada en cada relación de trabajo para alcanzar su debido acatamiento práctico, por lo que pueden hacerse aquí observaciones ya realizadas sobre la necesidad de que el contrato individual interiorice la norma convencional para que su mandato pueda ser efectivo.

#### 4. AUTONOMÍA COLECTIVA E INDIVIDUAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ALGUNOS EJEMPLOS

Procede ahora examinar la visión que de sus mutuas relaciones con la autonomía individual ha proporcionado la negociación colectiva, y para ello centraremos la atención, por su especial extensión subjetiva, en los Convenios Colectivos que aparecen como vigentes en la página web del Ministerio de Trabajo preferentemente, no sin hacer especial referencia a algún Convenio de la Comunidad Autónoma de Andalucía cuando, por su originalidad al respecto, o por el interés de los problemas jurídicos que plantee, entienda que debe ser expresamente valorado. Se trata, obviamente, de contrastar la experiencia negociadora con las observaciones generales que se acaban de hacer, probando de alguna manera su efectividad.

La fórmula más clásica de mutua relación es, por supuesto, la del respeto a las condiciones más beneficiosas genéricamente entendidas que, como es sabido, constituye una cláusula de estilo de nuestros Convenios Colectivos, ya utilice ese nombre, ya utilice el no menos clásico de respeto a las condiciones *ad personam*. En uno y otro caso, sin embargo, ha de señalarse que la generalidad de la cláusula no implica homogeneidad de contenidos. Por así decirlo, estando clara la idea —que el Convenio respete las condiciones de trabajo disfrutadas por los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación—, no siempre lo está la extensión de la regla.

Así, unas veces la cláusula obedece a la descripción dada por la jurisprudencia mayoritaria, e implica que el Convenio expresamente reconoce y salvaguarda las condiciones de trabajo pactadas y disfrutadas con carácter individual por los trabajadores, dándole una importancia crucial al pacto singular, que se erige en fuente única o dominante de las condiciones respetadas por la norma colectiva<sup>38</sup>. Pero las más de las ocasiones, enlazando con

<sup>37</sup> STS-IV 18 febrero 2003 (3372).

<sup>38</sup> Así, en el CC de Grandes Almacenes (BOE 30 noviembre 2001), art. 4, que expresamente hace referencia a las condiciones más beneficiosas disfrutadas «exclusivamente a título individual»; especialmente rotundo es el CC de Pastas Alimenticias (BOE 18 febrero 2003), art. 4, que, a la vez que sostiene que «se respetarán las

la tradición histórica, las condiciones más beneficiosas se reconocen como individuales en su ejercicio, sin que importe su origen, que de ese modo puede ser singular, pero también el resultado de la aplicación de normas anteriores, de decisiones unilaterales del empresario o de meras prácticas de empresa o situaciones de hecho, haciéndose eco las normas convencionales de la corriente jurisprudencial dominante, con fórmulas eclécticas, tales como «se respetarán las condiciones más beneficiosas colectivas y *ad personam* existentes, siempre que en su conjunto y en cómputo anual, sean superiores a las establecidas en este Convenio»<sup>39</sup>; admitiendo expresamente el origen individual o colectivo de la condición de que se trate, en fórmula mayoritaria<sup>40</sup>; admitiendo expresamente las formas de ori-

---

condiciones acordadas en contratos individuales formalizados a título personal entre empresa y trabajador vigentes a la entrada en vigor del presente Convenio y que, con carácter global, excedan del mismo en conjunto y cómputo anual», concluye que «los contratos de trabajo celebrados a partir de la publicación de este Convenio no podrán contener ninguna disposición contraria al mismo».

<sup>39</sup> CC Metalgráfica y fabricación de objetos metálicos (BOE 14 octubre 2003), art. 4. Coinciden en la idea, aunque con matices de interés, CC Agencias de Viajes (BOE 8 julio 2002) art. 48: «se respetarán las situaciones personales que globalmente excedan de lo pactado en su contenido económico»; Empresas Organizadoras del Juego del Bingo (BOE 11 diciembre 2003), art. 10 «las empresas afectadas por el presente Convenio respetarán las condiciones más beneficiosas o ventajas concedidas a sus trabajadores, antes o después de la aprobación del mismo, consideradas todas ellas en cómputo total anual»; Empresas Inmobiliarias (BOE 15 julio 2003), art. 9; «con carácter estrictamente personal se respetarán las situaciones personales que, en conjunto y cómputo anual, superen las condiciones establecidas en el presente convenio, también consideradas en su conjunto, y en cómputo anual»; Distribuidoras de especialidades y productos farmacéuticos (BOE 23 octubre 2002), art. 15 «se respetarán las situaciones personales que, con carácter de cómputo anual, excedan del Convenio, manteniéndose estrictamente en calidad de garantía *ad personam*».

<sup>40</sup> CC Lotería y Rifas (BOE 5 junio 2002), art. 8 «la regulación contenida en este Convenio tiene la consideración de mínima, de manera que se respetarán, siempre que no sean absorbibles o compensables, aquellas condiciones laborales de cualquier índole que excedan lo establecido en el presente Convenio»; en parecidos términos, Convenios de Tejas y Ladrillos (BOE 12 agosto 2003), art. 8 «se respetarán las condiciones más beneficiosas que a la entrada en vigor del presente Convenio existan en los Convenios de ámbito inferior así como aquellas que a nivel individual tengan reconocidas los trabajadores: En aplicación del párrafo anterior, las condiciones económicas se valorarán en cómputo anual»; Residencias Privadas de la Tercera Edad y Asistencia Social (BOE 30 julio 2003), art. 8 «se respetarán las condiciones superiores y más beneficiosas, tanto individuales como colectivas, que venga percibiendo y disfrutando el personal de plantilla, sean percibidas éstas por pacto entre la empresa y el personal o aplicación a éste de Convenio superior al presente de otro ámbito funcional»; Ambulancias (BOE 21 septiembre 2001), art. 8 «Todas las condiciones económicas y de cualquier índole contenidas en el presente Convenio, tienen la consideración de mínimas; por tanto, los pactos, cláusulas y condiciones vigentes en cualquier contrato o convenio considerados globalmente y que en el cómputo anual impliquen condiciones más beneficiosas para el trabajador o grupo de trabajadores, en relación con las que se establecen, subsistirán como garantía personal de quienes vengan gozando de las mismas»; Desinfección, Desinsectación y Desratización (BOE 17 noviembre 2003), art. 10 «todas las empresas que tengan concedidas a su personal por Convenio colectivo, contrato individual o pacto, condiciones más beneficiosas, en cómputo global, tendrán la obligación de respetarlas en su totalidad para todo el personal que las viniera disfrutando en la fecha de entrada en vigor el presente convenio colectivo»; Ferralla (BOE 30 septiembre 2002), art. 7 «se respetarán las condiciones más beneficiosas pactadas o acordadas en las empresas a título personal o colectivo que vengan disfrutando o tengan reconocidas los trabajadores a la entrada en vigor de este Convenio»; UNED (BOE 18 enero 2001), art. 6 «se respetarán, manteniéndose estrictamente *ad personam*, las condiciones reeconómicas particulares que con carácter global y en cómputo anual, excedan del conjunto de mejoras de este Convenio y vengan derivadas de norma preexistente, estatal o convenida colectivamente».

gen más variadas, además de las clásicas individuales o colectivas<sup>41</sup>. Así las cosas, podría apuntarse que la negociación colectiva, en algunos casos, se despega de la tendencia jurisprudencial y doctrinal a reconducir el fenómeno de la condición más beneficiosa al juego de la autonomía individual, y mantiene la más clásica de las fórmulas, que contempla la conservación de situaciones mejores derivadas de la aplicación de Convenios o normas colectivas sustituidas por el Convenio que reconoce su existencia. Por ello, no puede decirse que estén superados por la práctica los esfuerzos interpretativos que trataron de precisar el alcance de la expresión condiciones más beneficiosas «adquiridas» o «disfrutadas» al amparo de norma anterior, enlazando con la teoría administrativa de los derechos adquiridos.

Comoquiera que sea, el proceso de individualización es palmario en la mayoría de los pactos por lo que hace al origen de las condiciones, y desde luego es unánime en lo que respecta a la calificación de dichas condiciones como individuales, contractuales, *ad personam*, etc. Cualquiera que haya sido su origen, incluso la aplicación de un Convenio anterior, no existe vinculación alguna con reglas de derecho intertemporal: en la condición más beneficiosa nunca está presente una norma ultraactiva, por así decirlo; con sano criterio los Convenios recuerdan que a partir de su entrada en vigor la fuerza de obligar de la condición de que se trate se predica sólo del vínculo contractual singular, como resultado del entramado de obligaciones nacidas del contrato de trabajo. Lo cual dicho, sin embargo, parece que la interpretación de la cláusula convencional debe realizarse con cuidado. No se trata tanto, a mi juicio, de alterar la naturaleza colectiva de las condiciones que la tengan en su origen, sino de extraer su virtualidad de la regla colectiva de la que nacieron — porque, entre otras cosas, esa misma regla puede haber sido derogada —, de tal modo que es posible que en un momento posterior otra norma colectiva disponga de ellas, porque la legitimación colectiva no se ha borrado por el acuerdo de conversión en condición más beneficiosa singular.

Por lo demás, es muy de destacar que, probablemente por la fuerza de la inercia en la interpretación y aplicación de las reglas convencionales al respecto, los propios Convenios colectivos difieren sensiblemente en el alcance de la pervivencia de las condiciones que se reconocen. En efecto, habrá que convenir en que no es lo mismo garantizar la subsistencia de las condiciones más beneficiosas que se disfrutaban a título singular, sin más<sup>42</sup>, que garantizar eso mismo respecto de las condiciones que globalmente y en cómputo anual resulten ser más favorables que las establecidas en el Convenio de referencia<sup>43</sup>. En el primer

<sup>41</sup> CC Fabricación de calzado (BOE 25 julio 2003), art. 4 «la totalidad de los pactos económicos o de cualquier otro género, que contiene este Convenio se establecen con carácter de mínimos y por ello los acuerdos, cláusulas, pactos o situaciones de hecho existentes con anterioridad, entre la empresa y el personal, que impliquen condiciones más beneficiosas para estos últimos, deberán ser respetadas por aquellos».

<sup>42</sup> CC Residencias Privadas de la Tercera Edad y Asistencia Social (BOE 30 julio 2003), art. 8 «se respetarán las condiciones superiores y más beneficiosas tanto individuales como colectivas que venga disfrutando el personal de plantilla»; Fabricación de Calzado (BOE 25 julio 2003), art. 4: «la totalidad de los pactos económicos o de cualquier otro género, que contiene este Convenio se establecen con carácter de mínimos y por ello los acuerdos, cláusulas, pactos o situaciones de hecho existentes con anterioridad, entre la empresa y el personal, que impliquen condiciones más beneficiosas para estos últimos, deberán ser respetados por aquellos».

<sup>43</sup> Que es, con mucho, la formulación dominante en relación con el principio de condición más beneficiosa: CC Metalgráfica y fabricación de objetos metálicos (BOE 14 octubre 2003) «art. 4. Derechos Adquiridos.—

caso, la relación Convenio-contrato se contempla en su forma tradicional de conexión cláusula a cláusula típica del principio de norma mínima —«los mínimos de derecho necesario» del art. 3.3 ET han de respetarse en todo caso, sin comparaciones globales, a las que el propio precepto se refiere una vez que esos mínimos han sido respetados—; en el segundo, en cambio, y dominante, se da la paradoja de que el mayor beneficio se conserva «en su conjunto y en cómputo anual», lo que implica ya una comparación en los términos del art. 3.3 *in fine* ET, es decir, una comparación global propia del contraste entre normas del mismo rango.

Lo cual puede tener toda su lógica si estamos hablando de condiciones más beneficiosas de origen colectivo, pues ya hemos visto que su singularización lo es a efectos de determinar su fuerza de obligar, sin alterar las reglas de legitimación para disponer al respecto. Pero pierde su coherencia si se refiere a condiciones efectivamente nacidas al amparo del pacto individual de trabajo, que quedan abstraídas de su origen singular para entrar en una dinámica propia de condiciones colectivas de trabajo. En este segundo caso el Convenio, incluso afirmando que respeta las condiciones más beneficiosas, está alterando su régimen en un apartado fundamental (su forma de relación con la norma colectiva), y dándoles paso al modelo que hará posible su absorción, igualmente colectiva. No parece que existan obstáculos de relevancia a que se realice esta operación, al cabo menos incisiva que la prohibición de mejora o divergencia acordada singularmente, admisible por las razones expuestas más arriba, pero con todo y ello debe subrayarse esta relevante diferencia de régi-

---

Se respetarán las condiciones más beneficiosas colectivas y ad personam existentes, siempre que en su conjunto y en cómputo anual, sean superiores a las establecidas en este Convenio»; Tejas y Ladrillos (BOE 12 agosto 2003) Art. 8. Condiciones mas Beneficiosas.—Se respetarán las condiciones más beneficiosas que a la entrada en vigor del presente Convenio existan en los Convenios de ámbito inferior así como aquellas que a nivel individual tengan reconocidas los trabajadores. En aplicación del párrafo anterior, las condiciones económicas se valorarán en cómputo anual; «Pastas Alimenticias (BOE 18 febrero 2003)» Art. 4. Efectos.—El presente Convenio y sus anexos obligan, como ley entre las partes, a sus firmantes y las personas físicas o jurídicas en cuyo nombre se celebre el contrato, prevaleciendo frente a cualquier otra norma que no sea de derecho necesario. Las condiciones pactadas forman un todo indivisible... Se respetarán las condiciones acordadas en contratos individuales formalizados a título personal entre empresa y trabajador vigentes a la entrada en vigor del presente Convenio y que, con carácter global, excedan del mismo en conjunto y computo anual. Los contratos de trabajo celebrados a partir de la publicación de este Convenio no podrán contener ninguna disposición contraria al mismo»; Ambulancias (BOE 21 septiembre 2001) «Artículo 8. Garantía personal.—Todas las condiciones económicas y de cualquier índole contenidas en el presente Convenio, tienen la consideración de mínimas; por tanto, los pactos, cláusulas y condiciones vigentes en cualquier contrato o convenio considerados globalmente y que en el cómputo anual impliquen condiciones más beneficiosas para el trabajador o grupo de trabajadores, en relación con las que se establecen, subsistirán como garantía personal de quienes vengan gozando de las mismas»; Empresas Organizadoras del juego del Bingo (BOE 11 diciembre 2003)

«Artículo 10. Respeto de las mejoras adquiridas.—Las empresas afectadas por el presente Convenio respetarán las condiciones más beneficiosas o ventajas concedidas a sus trabajadores, antes o después de la aprobación del mismo, consideradas todas ellas en cómputo total anual, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo siguiente. Desinfección, Desinsectación, Desratización (BOE 17 noviembre 2003) «Artículo 10. Condiciones más beneficiosas.

Todas las empresas que tengan concedidas a su personal por Convenio colectivo, contrato individual o pacto, condiciones más beneficiosas, en cómputo global, tendrán la obligación de respetarlas en su totalidad para todo el personal que las viniera disfrutando en la fecha de entrada en vigor del presente convenio colectivo», entre otros muchos.

men jurídico. Ello por no hablar de que, como es obvio, la comparación conjunta y en cómputo anual de unas condiciones y otras sólo podrá tener lugar —nuevamente siguiendo la pauta del principio original, el art. 3.3 ET— sólo puede tener lugar respecto de condiciones cuantificables, lo que excluye de esta peculiarísima regulación a las condiciones que no tengan este carácter, que en principio parece que han de ser mantenidas sin más hasta su absorción por mejoras homogéneas.

Junto al modelo genérico de condición más beneficiosa, ciertamente el tradicional, la negociación colectiva más reciente presenta también una acusada tendencia a admitir la condición más beneficiosa en condiciones concretas de trabajo ya disfrutadas, al amparo, normalmente, de una norma o pacto colectivo anteriores, que han sido suprimidas o profundamente modificadas por la norma ulterior que las reconoce. La condición más beneficiosa encubre aquí, en realidad, una regla de derecho intertemporal que suaviza y matiza la dureza potencial del régimen de sucesión de Convenios, sobre todo en su más reciente concepción normativa, que autoriza a la derogación sin más de todo lo establecido en un Convenio por el que le sucede en un caso de retroactividad media típico (art. 82.4 ET). Las reglas de supresión o «reconducción» de los complementos por antigüedad, en la línea que abre a los Convenios el art. 25.1 ET, son la sede mayoritaria de este tipo de cláusulas<sup>44</sup>,

<sup>44</sup> CC Empresas inmobiliarias (BOE 15 julio 2003) «Artículo 9. Condiciones más beneficiosas: Garantías «ad personam». Con carácter estrictamente personal se respetarán las situaciones personales que, en conjunto y cómputo anual, superen las condiciones establecidas en el presente convenio, también consideradas en su conjunto y en cómputo anual. Al personal que a la entrada en vigor del presente convenio viniera percibiendo, en cómputo anual global, unas retribuciones superiores a las pactadas se le aplicará las tablas salariales de este convenio. La diferencia anual resultante, exceptuados, en su caso, el plus, complemento o cualquier otra denominación que retribuya la antigüedad y la diferencia entre el salario base del convenio de origen y el establecido por este convenio, que serán tratados conforme lo dispuesto en los siguientes párrafos, dividida por doce será incluida en las pagas ordinarias en concepto de «Complemento personal de garantía» no absorbible ni compensable ni revalorizable. A los trabajadores que a la fecha de entrada en vigor del presente convenio vinieran percibiendo un plus complemento o cualquier otra denominación que retribuya la antigüedad se les mantendrá el importe, que por dicho concepto salarial vinieran percibiendo, diferenciado en las hojas de recibo de salario con la denominación de «Antigüedad “ad personam”», siendo el mismo no compensable ni absorbible y revalorizable en el futuro únicamente en el mismo porcentaje que se revalore el salario base en las tablas salariales de este convenio. El complemento denominado «Antigüedad “ad personam”» es compatible con el «Plus de vinculación» regulado por este convenio que empezará a devengarse desde la fecha de su entrada en vigor. Del mismo modo la diferencia entre el salario base del convenio de origen y el salario base de este convenio en cómputo global anual constituirá un complemento personal diferenciado en las hojas de salario bajo la denominación de «SB “ad personam”», siendo el mismo no compensable ni absorbible y revalorizable en el futuro en el mismo porcentaje que se revalore el salario base en las tablas salariales de este convenio. En cualquier caso la retribución global anual de cada trabajador incluido en el ámbito de aplicación de este convenio para 2003, resultante de la adecuación de las hojas de salario a la estructura salarial de este convenio incluidos, en su caso, los complementos «Antigüedad “ad personam”», «SB “ad personam”» y «Complemento personal de garantía» no puede exceder de la retribución en cómputo global anual que hubiera percibido el trabajador en su convenio de origen incluidas las mejoras de empresa, cuando ésta fuera superior a la retribución en cómputo global anual que le correspondería recibir al trabajador por la aplicación estricta del presente convenio»; Paradores de Turismo (BOE 4 enero 2002) «Este complemento, no absorbible ni compensable se sigue manteniendo, a título personal a los actuales perceptores del mismo por aplicación de las reglas establecidas en el anterior Convenio, no es de aplicación a nuevas contrataciones de personal fijo y se incrementa cada año en el 60 por 100 del porcentaje de incremento del salario base, manteniéndose para sus perceptores sólo mientras no se rompa su vinculación con la Empresa»; General Optica (BOE 14 enero 2002) «Artículo 23. Complemento salarial personal.—El personal que a la entrada en vigor del

presente convenio, por razón de su categoría profesional, reciba un salario base superior al establecido en las tablas salariales, se le respetará, si bien la diferencia se incluirá como complemento salarial personal, que tendrá la condición de salario a todos los efectos incluida la revisión anual que se establece en el presente convenio»; ONCE (BOE 4 abril 2003) «Disposición transitoria cuarta.—1. Las cantidades que los trabajadores, vendedores y no vendedores, venían percibiendo en concepto de «antigüedad», de conformidad con los artículos 44 y 53 del Décimo Convenio Colectivo, se integraron a partir de la fecha de uno de julio de 2001 en una cuantía fija consolidada para cada trabajador en concepto de «Complemento por antigüedad y desempeño». Este complemento tiene carácter personal, no es absorbible ni compensable, ni tendrá ninguna revalorización en el futuro, con la única excepción de lo dispuesto en el apartado siguiente. 2. Como compensación por el cambio del sistema de antigüedad, y con carácter excepcional por una sola vez, a los trabajadores en plantilla a fecha uno de julio de 2001 que se encuentren perfeccionando un nuevo trienio, se les respetará el mismo conforme a las normas del Décimo Convenio Colectivo. A estos efectos, y sólo para dichos trabajadores, los trienios perfeccionados a partir de uno de enero de 2003, y hasta el 30 de junio de 2004, se tomarán por su valor reflejado en las Tablas Salariales definitivas del año 2000, una vez considerada la revisión salarial de dicho ejercicio. El importe así calculado se incorporará al «Complemento por antigüedad y desempeño». Esta cantidad no podrá ser compensada ni absorbida por ninguna mejora que la empresa efectúe en el futuro, excepto en el caso de que el trabajador sea destinado a un nuevo puesto de trabajo en los niveles salariales I y II, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición adicional segunda del presente convenio»; Agencias de Viajes (BOE 19 octubre 1999) Disposición transitoria segunda. Antigüedad.—Los trabajadores que a 31 de diciembre de 1995 vengán percibiendo alguna retribución en concepto de antigüedad derivado del complemento previsto en el artículo 26 del Convenio anterior, mantendrán en lo sucesivo el derecho «ad personam» a su importe, que se mantendrá como condición más beneficiosa, no siendo absorbible ni compensable por otras mejoras retributivas, así como tampoco revisable al alza por futuros incrementos del salario base. Asimismo, los trienios que se encuentren en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente durante los años 1994 y 1995, se incorporarán, una vez devengados, a la retribución del trabajador, en las mismas condiciones establecidas en el párrafo anterior. Tales trienios se calcularán en la forma prevista en el artículo 26 del Convenio precedente y sobre los salarios vigentes para cada uno de los dos años citados. A partir del 1 de enero de 1996 no se devengarán nuevos trienios»; Pastas Alimenticias (BOE 18 febrero 2003) Artículo 22. Supresión del concepto de antigüedad.—El I Convenio Colectivo Nacional para las Industrias de Pastas Alimenticias suprimió, con efectos de 10 de enero de 1996, la antigüedad como concepto retributivo. En consecuencia, a partir de dicha fecha dejó de formar parte de la estructura del salario en todas aquellas empresas que aplicaron el sistema de compensación regulado en el Convenio. Las empresas que no aplicaron el cambio de estructura retributiva vigentes en el I y el II Convenio Nacionales, podrán hacerlo durante la vigencia del presente, con sujeción al mismo régimen compensatorio regulado en el artículo 22 del I Convenio, referido al 10 de enero de 1999. Esto es: «La supresión del concepto o su equivalente implica el reconocimiento a favor del personal que cuente con una antigüedad mínima de seis meses al primero de enero de 1999, de un complemento “ad personam”. Dicho complemento ad personam estará compuesto por la cantidad que tenga acreditada cada trabajador por el concepto de antigüedad más un trienio, siempre y cuando no se hayan alcanzado el tope máximo del 66 por 100, no será absorbible ni compensable y se incrementará anualmente en el mismo porcentaje que se incrementen los salarios más un punto. Abono de una paga única, y de una sola vez, de importe 100.000 pesetas, que se harán efectivas antes del 31 de diciembre de 1999, a todo el personal con una antigüedad mínima de seis meses al primero de enero de 1999, incluido el personal que perciba el 66 por 100. Lo establecido en los párrafos precedentes se aplicará también a quienes no acreditando seis meses de antigüedad a primero de enero de 1999 adquieran la condición de fijos con posterioridad, y a partir de ese momento”; Metalgráfica y fabricación de envases metálicos (BOE 14 octubre 2003) art. 6.6.—Prevé el respeto ad personam de la media diaria de las cantidades percibidas en los últimos tres meses cuando se implanten sistemas científicos en supuestos en que antes hubiera trabajos no medidos. Por otra parte, en el art. 9 se prevé el respeto a título personal los periodos superiores de vacaciones existentes. En el art. 18 se aborda el caso específico del complemento de antigüedad. «1.—Queda suprimido el plus de antigüedad, A partir del 1 de enero de 1997 no se generarán derechos por este concepto, ni se abonará cantidad alguna por el mismo, quedando desde esa fecha formalmente sin efecto entre las partes el art. 59 de la derogada OL del sector. 2.—La antigüedad acreditada por los trabajadores a 31 de diciembre de 1995 les será compensada con la percepción de un complemento específico que tendrá la consideración de c+b y se respetará —a cada trabajador que lo acredite y en función de la categoría profesional ostentada a 31 de diciembre de 1995— a título exclusivamente individual, sin que sea compensable ni absorbible en el futuro, salvo por acuerdo entre las partes, incrementándose en su caso anualmente el porcentaje que las partes acuerden. 3.—El importe de este complemento será el fijado en el Anexo II y se percibirá en las doce mensualidades

aunque ciertamente no son las únicas<sup>45</sup>, lo que permite deducir ciertas reticencias de los negociadores a dejar caer el peso total de la sucesión de las normas que elaboran sobre las

ordinarias, en las gratificaciones extraordinarias de junio y diciembre y en la participación en beneficios. 4.—A partir del 1 de enero de 1997, se establece un complemento de paga extraordinaria consistente en el 1 por 100 del salario base anual, que se abonará por mitades en cada una de las pagas extraordinarias de junio y diciembre. Art. 21. Premio De Vinculación.—A los trabajadores en cuantía fija al cumplir una determinada antigüedad en la empresa párrafo 2.—Con carácter transitorio y hasta el 31 de diciembre de 2004, los trabajadores que se jubilen entre los 60 y los 65 años y con una antigüedad mínima en la empresa de 3 años, podrán solicitar la percepción de las cantidades que se establecían para este supuesto en el art. 17 del CC para los años 2000, 2001 y 2002, al que éste sustituye»; Lotería y Rifas (BOE 5 junio 2002). Art. 24.—Complemento Ad Personam. Tendrán derecho a percibir este complemento personal, de carácter consolidado y no absorbible, aquellos trabajadores que se encuentren vinculados a las empresas con anterioridad al mes de enero de 2002 si su salario base incrementado en un 2,5% respecto al percibido en el mes de diciembre de 2001 resulte superior a 627,87 euros mensuales, de manera que la diferencia entre éste y aquél conformará la cuantía del nuevo complemento salarial ad personam (en la DT única se establece que este complemento, para 2003 tendrá una subida del 2,3%). Art. 25. Complementos De Permanencia Y De Antigüedad (Rifas).—A partir de la entrada en vigor del presente Convenio, todas las cantidades que se percibían en concepto de antigüedad quedan consolidadas pasando a denominarse complemento de permanencia. Igualmente, a partir de la misma fecha se establece el quinquenio de antigüedad de 24,04 euros, sin perjuicio de los derechos en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente. DT Unica.—Se conservan «categorías A extinguir» que suben su salario de forma diversa, aunque el tope global de subida sea el mismo»; Agencias de Viajes (BOE 8 julio 2002) Art. 27. Antigüedad.—El régimen de aumentos retributivos por años de servicio previsto en el art. 26 del CC para los años 1994, y 1995 o en cualquier otra norma, legal o convencional, queda sin efecto alguno en el ámbito de las relaciones laborales regidas por este Convenio, por lo que los trabajadores afectados no devengarán complemento alguno derivado de dicho régimen, sin perjuicio de los derechos adquiridos y del derecho a los trienios correspondientes con anterioridad al 1 de enero de 1996 que se conservarán en la forma que determina la DT 2 de este CC a título personal»; Tejas y Ladrillos (BOE 12 agosto 2003) Anexo 4.—Antigüedad. Acuerdo de la Comisión Negociadora de 18 de marzo de 1998. Acuerdan suprimir la antigüedad, y respetan los periodos ya consolidados... esas cantidades (apartado b) son ad personam y no van a subir, no son absorbibles ni compensables. En el apartado c) se preve la creación de un complemento general para «compensar la desaparición del complemento de antigüedad»; Empresas Organizadoras del Juego del Bingo (BOE 11 diciembre 2003) Disposición adicional tercera. Sustitución del concepto de antigüedad por complemento «ad personam».—Las partes firmantes del presente Convenio, acordaron suprimir el complemento personal de antigüedad, recogido en el artículo 36 del Convenio Colectivo vigente hasta el 31 de diciembre de 1999. Los trabajadores que a fecha 31 de diciembre de 1997, perciban el complemento de antigüedad conforme al sistema que preveía la norma colectiva aplicable para 1995/1996, verán sustituido dicho concepto retributivo por un complemento «ad personam», de naturaleza salarial y de carácter no absorbible, ni compensable. 1. El trabajador que al día 31 de diciembre de 1997 tenga derecho a percibir complemento de antigüedad, es decir, con dos o más años de permanencia en la empresa, consolidará dicha cuantía, prorrateándose los días de exceso que pudieran resultar por meses completos. En consecuencia el cálculo del complemento «ad personam, se realizará de la siguiente forma: (Núm. Meses Antigüedad [31/12797]/24) —3%— Salario Base 1997) 2. Dicho complemento se incrementará en los años sucesivos, en el mismo tanto por ciento anual, que se pacte para el incremento salarial de cada año. No siendo de aplicación para las nuevas contrataciones de personal fijo. 3. Este complemento se devengará, para los trabajadores que tuvieran derecho a él, junto con el Salario Base en las Pagas Extraordinarias, tal y como se venía percibiendo el concepto de «Antigüedad» con anterioridad. 4. El sistema de complemento «ad personam», sustituye al concepto de plus de Antigüedad o cualquier otro que pudiera tener origen en los años de permanencia en la empresa, en el puesto de trabajo, tiempo en la prestación del servicio o cualquier otro de naturaleza análoga, de tal forma que fijado dicho complemento, no se podrán pactar pluses que deriven de los conceptos antedichos, ni se devengarán aumentos sobre el mismo, diferentes a los de la propia actualización que se pacte como incremento».

<sup>45</sup> Paradores de Turismo (BOE 4 enero 2002) «Disposición adicional tercera. Pluses personales.—Los trabajadores que a la firma del presente convenio tengan asignados pluses personales por circunstancias individua-

muy complejas relaciones individuales a cuya conformación homogénea esas mismas normas se dirige (de hecho el propio art. 25.2 ET genera esta potencial restricción cuando impone el respeto a los complementos de antigüedad ya consolidados).

Esta situación, que como se ha dicho no es nada infrecuente, genera de forma casi inevitable un problema de diferencia de condiciones entre trabajadores atendiendo a la fecha de ingreso en la empresa, pues es claro que todo el sentido de estas complejas reglas no es otro que simplificar la tabla salarial a partir de un determinado momento y en relación con uno o varios integrantes de la estructura clásica del salario. Y en esta situación el intérprete y sobre todo el órgano judicial han de tener un cuidado especial a la hora de valorar las inevitables diferencias de trato. Desde luego, la línea que perfila lo lícito de lo ilícito es el respeto a lo consolidado en el pasado (lícito), a partir de cuyo momento el trato futuro de la antigüedad ha de obedecer a criterios iguales para todos los trabajadores, sea cual sea su fecha de ingreso en la empresa, pues toda diferencia ulterior establecida en el Convenio queda por ello misma privada de justificación. Esta es la tesis que mantiene el TC en su Sentencia 27/2004, de 4 de marzo <sup>46</sup>.

lizadas, familiares y por razones históricas, continuarán percibiendo los importes asignados siempre que se mantengan las condiciones por las que se generó el derecho»; ONCE (BOE 4 abril 2003) Disposición transitoria primera.—Los trabajadores no vendedores que, a 31 de diciembre de 1994, vinieran percibiendo el Plus de residencia regulado en el artículo 44 RCL 1993\1766 del VI Convenio Colectivo de la ONCE y su personal, continuarán percibiéndolo en la misma cuantía, siempre que se mantengan las condiciones que generaron el derecho a su disfrute. Disposición transitoria segunda.—Al personal vendedor que, a 31 de diciembre de 1994, tuviera su trabajo habitual en las islas Baleares, Canarias, Ceuta o Melilla, se le abonará, en 2003 y 2004, el importe de un billete (o dos, si es con acompañante) en avión o barco en clase turista, desde el lugar de trabajo hasta el más cercano en el territorio del Estado Español, y regreso. Disposición transitoria tercera.—Los trabajadores que a la entrada en vigor del VI Convenio Colectivo vinieran percibiendo el 25 por 100 de complemento por trabajo nocturno de forma habitual, continuarán con dicha percepción mientras persistan en la realización de trabajos nocturnos»; UNED (BOE 18 enero 2001) «Disposición transitoria tercera. Complemento «ad personam».—Los trabajadores que a la entrada en vigor de este Convenio Colectivo vinieran percibiendo el anterior complemento de peligrosidad, toxicidad y penosidad, continuarán recibiendo las mismas cantidades en concepto de complemento «ad personam». Dichas cantidades permanecerán fijas y no serán objeto de revalorización, compensación ni absorción. No obstante, si el trabajador cambia de puesto de trabajo o de categoría profesional dentro de la misma Unidad, el importe de dicho complemento se reducirá en la cuantía correspondiente al incremento retributivo que experimente. Si dicho cambio se produce voluntariamente y a otra Unidad, el trabajador dejará de percibir el dicho complemento Seguros Privados (BOE 22 mayo 2003) en el art. 39 establece la supresión del complemento salarial anterior por uno nuevo, de participación en las actividades de la empresa por el de Participación en Actividades de la Empresa, y en el art. 40 se llama «complemento de adaptación individualizado» al resultante de la suma de una serie de complementos que desaparecen, cuyo cobro percibirá el trabajador individual con carácter inabsorbible, y evolucionará su cuantía como lo prevea la negociación colectiva.

<sup>46</sup> La Sentencia analiza un recurso de amparo que plantea la licitud constitucional de la desigualdad creada en la aplicación de un Convenio colectivo de empresa que preveía en su art. 19 un supuesto de desaparición paulatina de los complementos de antigüedad o vinculación similar a los aquí citados diferenciando entre los trabajadores en función de la fecha de ingreso en la empresa para proceder al corte paulatino con la situación anterior. Y el TC descarta la licitud de esta diferencia, por contraria al art. 14 CE pues, en muy resumida síntesis «la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo... (de modo que) nada excusa la necesidad de que en el nuevo Convenio, y a partir de su entrada en vigor, se fije una estructura salarial que trate por igual a todos los trabajadores a los que ha de aplicarse (sin perjuicio de que se respeten las percepciones consolidadas); pues lo

Frente a la condición más beneficiosa, general o particular, la respuesta que los Convenios proporcionan unánimemente es su caducidad potencial a través de los mecanismos de *absorción* y *compensación*. La búsqueda de la homogeneidad de condiciones de trabajo que en el fondo es uno de los objetivos de la negociación se ve en cierto modo obstaculizada con estas manifestaciones de la autonomía individual, ya se trate de pactos singulares ya de ejercicio individualizado de condiciones de origen colectivo, de ahí que su reconocimiento venga siempre acompañado de la regla compensatoria que a medio plazo permitirá que las diferencias desaparezcan. El juego de esta regla, por lo general, aparece vinculado a la idea de comparación global entre la condición conservada y las mejoras que con carácter general se vayan estableciendo en materias homogéneas por el desenvolvimiento normal de la negociación colectiva<sup>47</sup>, y ello por lo general justifica que su manifestación más típica guarde relación práctica con los incrementos salariales o, más ampliamente, económicos.

que es reprochable desde el derecho a la igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa» (FJ 6)». Es extremadamente discutible la tesis de fondo del TC, en la medida en que aplica las reglas propias de la prohibición de discriminación a un supuesto que no se relaciona con los factores sociales de exclusión típicos de esta figura y que es reconducible con mucho mayor acierto al juego del principio de igualdad, que como es sabido permite un mayor margen de discrecionalidad a las partes (y en cuyo marco el propio TC ha admitido en otras resoluciones que la diferencia temporal de los supuestos de hecho es un criterio válido de diferenciación entre colectivos: en un caso de incompatibilidad de pensiones, «la incompatibilidad es, pues, el resultado de una modificación normativa que, conforme ha tenido ya ocasión de declarar este Tribunal en la citada sentencia núm. 70/1983, de 26 de julio («Boletín Oficial del Estado» de 18 de agosto), no puede hacerse equivaler a una desigualdad de trato temporal, pues no es el transcurso del tiempo el que origina la diferencia de régimen, sino una sucesión de normas que responden a principios y condiciones diversas FJ 2 de la STC 121/84, de 12 de diciembre») pero descartando esta crítica —que excede con mucho del ámbito de este trabajo— la aplicación de su doctrina al caso parece perfectamente hilada, pese a las críticas que dirige al sentir mayoritario el voto particular.

<sup>47</sup> Esta es, como se ha dicho, una tónica presente pacíficamente en los Convenios Colectivos. Por todos, *vid.*, MAPFRE grupo asegurador (BOE 2 abril 2002) Artículo 5. Compensación, absorción y condiciones más beneficiosos.—Las retribuciones y condiciones contenidas en el Convenio, valoradas en su conjunto y cómputo anual, podrán compensar, hasta donde alcancen, las retribuciones y mejoras que sobre los mínimos viniera en la actualidad satisfaciendo la empresa, cualquiera que sea el motivo, denominación, forma o naturaleza de dichas retribuciones y mejoras, valoradas también en su conjunto y cómputo anual, salvo que expresamente hubieran sido calificadas de inabsorbibles. Las condiciones resultantes de este Convenio absorberán, hasta donde alcancen, cualesquiera otras que por disposición legal, reglamentaria, convencional o pacto, puedan establecerse en el futuro y que en su conjunto y cómputo anual superen aquellas»; UNED (BOE 18 enero 2001) Artículo 5. Compensación y absorción.—Las condiciones económicas establecidas en el presente Convenio compensarán todas las existentes en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea su naturaleza y origen. Si por disposición legal o reglamentaria se establecieran durante el período de vigencia mejores condiciones económicas, sólo tendrán eficacia si, consideradas globalmente en cómputo anual resultaren superiores a las previstas en este Convenio»; Pastas Alimenticias, BOE 18 febrero 2003

Art. 6. Compensación y absorción.—Las mejoras económicas que resultan del presente Convenio podrán ser absorbidas y compensadas hasta donde alcance, con los aumentos y mejoras existentes en cada empresa, así como con los aumentos y mejoras que se puedan establecer mediante disposiciones laborales que en el futuro se promulguen. Quedarán excluidos de la compensación y absorción antes citada las cantidades percibidas en virtud de pactos colectivos de empresa y «ad personam». Se respetarán aquellas situaciones personales que, en su contenido económico y con carácter de homogeneidad, excedan globalmente de lo pactado, manteniéndose estrictamente «ad personam». Dichas diferencias deberán contabilizarse a instancia del trabajador afectado y percibirá,

No obstante, como sucediera en relación con la consagración del propio principio de condición más beneficiosa, el juego real de la compensación y la absorción permite variantes y matices más ricos, que en alguna ocasión enlazan directamente con el juego de la autonomía individual y ponen de manifiesto hasta qué punto los negociadores son conscientes de la legitimación diferente que poseen para disponer de las llamadas «condiciones colectivas» —normalmente contempladas en los casos de compensación y absorción— y las individuales, que en más casos de lo que parece quedan a salvo de la disponibilidad colectiva mediante la expresa declaración de que inabsorbibles y por tanto acrecerán o desaparecerán en función de lo que la voluntad de las partes del contrato de trabajo haya establecido al respecto.

Es el caso por ejemplo del CC de Paradores de Turismo de España (BOE 4 enero 2002), art. 5, cuando proclama que «la compensación y absorción no actuará respecto de los complementos *ad personam* configurados como tales, no compensables ni absorbibles, en el presente Convenio»; o el de sector de Pastas Alimenticias (BORE 18 febrero 2003), art. 6 «quedarán excluidos de la compensación y absorción... las cantidades percibidas en virtud de pactos colectivos de empresa y *ad personam*». En ambos casos existe una relación expresa entre las condiciones realmente individuales y la invulnerabilidad frente a la absorción, aunque no puede decirse que sean los únicos: existen Convenios en que aunque implícitamente y sin hacer referencia a la individualidad de las cláusulas probablemente se está implantando una regla similar<sup>48</sup>. Como quiera que sea, parece claro que para esta serie de pactos la expresión «*ad personam*» adquiere un significado adicional, distinto del

---

si procede, una vez finalizado el año natural». Ambulancias (BOE 21 septiembre 2001) Artículo 6. Compensación y absorción.—Las mejoras económicas globales contenidas en este Convenio compensarán y absorberán las vigentes en las empresas que sean superiores a las aquí pactadas, excepto aquellas que se deriven de convenio de ámbito inferior que se pacten en desarrollo de este Convenio estatal», entre otros.

<sup>48</sup> Fotografía (BOE 15 enero 2002) Artículo 2.2. Compensación.—Las condiciones pactadas son compensables en su totalidad con las que anteriormente rigieran, por mejora pactada o unilateralmente concedida por la Empresa (mediante mejora voluntaria de sueldos o salarios, mediante primas o pluses variables, gratificaciones y beneficios voluntarios o mediante conceptos equivalentes o análogos), imperativo legal, jurisprudencia, contencioso o administrativo, convenio colectivo de trabajo, pacto de cualquier clase, contrato individual, usos y costumbres locales, comarcales o regionales, o por cualquier otra causa. Quedan excluidas de tal compensación los pluses o mejoras concedidas en base a un rendimiento superior al normal, más características del puesto de trabajo penosas o cualquier otra contraprestación establecida por un mayor rendimiento, esfuerzo o penosidad en el trabajo tales como incentivos, primas de producción, pluses de nocturnidad, de responsabilidad, etcétera»; Empresas Inmobiliarias (BOE 15 julio 2003) art.7.—El conjunto de pactos que contiene el presente convenio sustituye, íntegramente, las condiciones, tanto económicas como de trabajo, existentes a la fecha de su entrada en vigor en cualquiera de las empresas afectadas, quedando comprendidas y compensadas con la nueva regulación convencional independientemente de su origen, carácter, naturaleza, denominación y cuantía, con excepción de las garantías «*ad personam*» establecidas en el artículo 9»; Bancos Privados (BOE 10 marzo 2004) Artículo 5. Cláusula general de compensaciones y absorciones.—1. El Convenio compensa y absorbe cualesquiera mejoras logradas por el personal, bien a través de otros Convenios o Normas de Obligado Cumplimiento, bien por decisiones unilaterales de las empresas. 2. Quedarán asimismo absorbidos por el Convenio, en la medida en que sea posible, los efectos económicos que puedan derivarse de disposiciones legales o administrativas que entren en vigor con posterioridad a la firma del Convenio. A efectos de practicar la absorción se compararán globalmente la situación resultante de la aplicación del Convenio y la que resulte de las disposiciones legales y administrativas, excluidas de éstas las que fueran meramente aprobatorias de otros Convenios Colectivos.

clásico de equivalencia a las condiciones más beneficiosas, para caracterizar a las que, teniendo esta naturaleza, son individuales por su origen, motivo que justifica su tratamiento preferente por la norma colectiva.

Lo anterior no obstante, puede decirse que estas cláusulas de respeto a las condiciones individuales en sentido estricto son un añadido opcional para los Convenios Colectivos, que no suelen tener este reparo y plantean en su inmensa mayoría el juego de la absorción y la compensación como una regla de estricta homogeneización que, por lo tanto, se superpone sobre cualquiera condiciones más beneficiosas, ya sean de origen individual o colectivo. La disponibilidad natural de la lactación individual por la negociación colectiva, fruto de la «fuerza vinculante» de los Convenios garantizada a escala constitucional permite afirmar sin ambages la licitud de estas cláusulas de absorción «fuertes» en la medida en que no supongan una radical contradicción con la posibilidad de existencia y funcionamiento de la autonomía individual, en los términos y por las causas expuestas más arriba<sup>49</sup>.

Finalmente, la relación entre autonomía colectiva y autonomía individual emerge en la práctica de la negociación colectiva a través de un mecanismo ciertamente peculiar: la inserción en los *Convenios de cláusulas que sólo alcanzan su sentido en relación con cada concreto contrato individual*. Que abandonar la tónica apuntada en apartados anteriores de regular las condiciones de ejercicio de los poderes empresariales para introducirse en reglas que suponen actos concretos de ejercicio, sustituyendo la voluntad colectiva a la voluntad individual en este ámbito.

Se trata de casos relativamente frecuentes, de incidencia creciente en realidad, en dos ámbitos fundamentalmente: la subrogación empresarial en casos atípicos que difícilmente podrían considerarse incluidos en lo dispuesto en el art. 44 ET, o que no son incluibles en absoluto en el supuesto de hecho de la norma<sup>50</sup>. Y lo que en sentido amplio podríamos

<sup>49</sup> Tal parece ser la interpretación que hay que darle al art. 4 del CC de Pastas Alimenticias (BOE 18 febrero 2003) que, en la línea de homogeneizar condiciones de trabajo que expresamente afirma, concluye preceptuando que «los contratos de trabajo celebrados a partir de la publicación de este Convenio no podrán contener ninguna disposición contraria al mismo». Con menos extensión material, pero con igual contundencia, se expresa el CC de Ambulancias (BOE 21 septiembre 2001), art. 8 in fine: en él, tras afirmar en qué circunstancias surgen las condiciones *ad personam* —las habituales ya citadas— «en las condiciones específicas relacionadas con la cualificación y disposición del servicio de ambulancias, así como lo referente a la clasificación profesional, se estará a lo que el Convenio dispone».

<sup>50</sup> Como se ha dicho en el texto, son abundantes los supuestos que en este ámbito nos proporciona la negociación colectiva. Es el caso, por ejemplo, del CC de Seguros Privados (BOE 22 mayo 2003), art. 75, que expresamente considera un supuesto de subrogación del art. 44 ET al traspaso de la cartera de seguros; es el caso también del complejísimo art. 9 del CC de Ambulancias (BOE 8 octubre 2001) «Cuando una empresa pierda la adjudicación de los servicios concertados mediante concurso público de gestión de servicios públicos, por resolución o terminación del contrato con la Administración, la nueva empresa adjudicataria estará obligada a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores que venían prestando ese servicio, respetando en todo caso la modalidad de contratación de los mismos, y los derechos y obligaciones que hayan disfrutado en los siete meses anteriores a la adjudicación en la empresa sustituida, siempre y cuando éstos provengan de pactos y acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento junto con la documentación pertinente: A) Dicha subrogación de personal se producirá única y exclusivamente con respecto a los siguientes trabajadores: 1. Trabajadores en activo, con una antigüedad mínima en el servicio objeto del contrato de los últimos siete meses anteriores a la fecha en que la adjudicación del contrato se produzca, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independen-

cia de que, con anterioridad al citado período de siete meses, hubieran trabajado en otra actividad. 2. Trabajadores con derecho a reserva a puesto de trabajo, que en el momento de la adjudicación de la actividad tengan una antigüedad mínima de siete meses en la misma y se encuentren enfermos, accidentados, en excedencia, vacaciones, permiso, descanso maternal, servicio militar o situaciones análogas. 3. Trabajadores de nuevo ingreso que por exigencia del cliente se hayan incorporado a la actividad como consecuencia de una ampliación, en los siete meses anteriores a la nueva adjudicación de aquélla.

4. Trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado 2, con independencia de su antigüedad y mientras dure su contrato. 5. Trabajadores que sustituyan a otros que se jubilen, habiendo cumplido sesenta y cuatro años dentro de los siete últimos meses anteriores a la adjudicación de la actividad y tengan una antigüedad mínima en la misma de los siete meses anteriores a la jubilación, en los términos y condiciones del Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio. 6. No obstante lo anterior, quedan excluidos de la aplicación de la presente cláusula de subrogación aquellos empleados que sean directivos en su empresa, así como aquellos unidos por vínculos de consanguinidad y afinidad, salvo que acrediten la existencia de relación contractual. B) Todos los supuestos anteriormente contemplados se deberán acreditar fehacientemente y documentalmente por la empresa cesante a la adjudicataria, a sus trabajadores, y a los representantes de éstos, mediante los documentos que se detallan en el apartado I, en el plazo de diez días hábiles, contados desde que la empresa adjudicataria se lo requiera fehacientemente a la empresa cesionaria, siempre y cuando se trate de documentos que ya se hayan emitido o que se debieran haber emitido. A los efectos de la acreditación entre la empresa cesante y la empresa adjudicataria se aclara que se considerarán medios fehacientes de comunicación los siguientes: Envío de la documentación por conducto notarial, mediante burofax, telegrama o método equivalente que deje constancia del contenido. C) Los trabajadores que no hubiesen disfrutado de sus vacaciones reglamentarias al producirse la subrogación las disfrutarán con la nueva adjudicataria del servicio, que sólo abonará la parte proporcional del período que a ella corresponda, ya que el abono del otro período corresponde a la empresa cesante, que deberá efectuarlo en la correspondiente liquidación. D) La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador. Sin embargo por acuerdo mutuo de la cesante y el trabajador, podrá éste permanecer en la antigua empresa adjudicataria. En este caso, la cesante no podrá ceder a ningún otro trabajador que no prestara su trabajo en la actividad objeto del contrato, si la cesionaria no lo aceptara. E) En caso de que la comunicación no se produzca en el indefectible plazo marcado se entenderá que la empresa opta por la asunción de dicho personal laboral, ocurriendo lo mismo para aquellos datos y/o relación de personal que se comunique con posterioridad al plazo establecido. F) La subrogación efectiva se producirá en el momento en el que la nueva adjudicataria comience a prestar servicios y no antes, siendo la relación laboral anterior a tal momento de la exclusiva responsabilidad de la cesante. G) La empresa cesante responderá de las consecuencias derivadas de la falsedad o inexactitud manifiesta que la información facilitada pueda producir a la empresa adjudicataria, sin perjuicio de la reversión a la misma de los trabajadores indebidamente subrogados. H) Los miembros del Comité de Empresa, los Delegados de Personal y los Delegados Sindicales, podrán optar, en todo caso, entre permanecer en su empresa o subrogarse en la empresa adjudicataria, salvo en el supuesto que hubiera sido contratado expresamente por obra o servicio determinado para el centro afectado por la subrogación, o que la subrogación afecte a la totalidad de los trabajadores. I) La empresa cesante deberá facilitar a la nueva adjudicataria los siguientes documentos: Certificación en la que deberán constar los trabajadores afectados por la subrogación, con nombres y apellidos, fecha de nacimiento, estado civil, documento nacional de identidad, número de afiliación a la Seguridad Social, número de hijos, naturaleza de los contratos de trabajo, y categoría profesional (según la clasificación de este Convenio). Original o fotocopia compulsada de los siete últimos recibos de salarios de los trabajadores afectados. Fotocopia compulsada de los TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social de los siete últimos meses, o los correspondientes documentos o soportes que legalmente lo sustituyan. Relación de personal, especificando: Nombre y apellidos, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, categoría profesional, jornada, horario, modalidad de contratación y fecha del disfrute de sus vacaciones. Si el trabajador es representante legal de los trabajadores, se especificará el período de mandato del mismo. Fotocopia compulsada de los contratos de trabajo del personal afectado por la subrogación. Original o fotocopia compulsada de los títulos habilitantes para el desempeño de su puesto laboral. Copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador afectado, en los que se haga constar que éste ha recibido de la empresa cesante su liquidación de partes proporcionales, no quedando pendiente cantidad alguna. Estos documentos deberán estar en poder de la nueva adjudicataria de forma fehaciente, en el plazo de diez días hábiles contados desde que la empresa adjudicataria se lo requiera fehacientemente a la empresa cesionaria, o desde el momento que se emitan o se debieran haber emitido». O el caso del art. 59 del CC de Residencias Privadas de la Tercera Edad (BOE 30 julio

2003): «Con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:

1) Al término de la concesión de una contrata, el personal adscrito a la empresa saliente, en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, debiendo entregar al personal un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los treinta días siguientes a la subrogación, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: a) Personal en activo que vengán prestando sus servicios para la empresa saliente con una antigüedad mínima de tres meses, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo. b) Personal que, en el momento del cambio de titularidad de la contrata, se encuentren en suspensión del contrato con derecho de reincorporación (enfermos/as, accidentados/as, en excedencia, baja maternal, en servicio militar o situación análoga, etc.) y que reúna con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo la antigüedad mínima establecida en el apartado a). c) Personal que con contrato de sustitución, supla a alguno del personal mencionado en los apartados a) y b). d) Personal de nuevo ingreso que, por exigencias de la empresa o entidad contratante, se haya incorporado al centro, como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos noventa días. La empresa cesante deberá comunicar al personal afectado la pérdida de la adjudicación de los servicios, así como el nombre de la nueva empresa adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento de dichas circunstancias. 2) Todos los supuestos anteriormente contemplados se deberán acreditar, fehaciente y documentalmente, por la empresa saliente a la empresa entrante, en el plazo de tres días hábiles a partir del momento de la subrogación mediante la documentación siguiente: a) Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social, así como una declaración jurada de la empresa saliente en este sentido. b) Certificación en la que se haga constar, en relación a la totalidad del personal de plantilla a subrogar, lo siguiente: Apellidos y nombre. DNI. Domicilio. Número de la Seguridad Social. Tipo de contrato. Antigüedad. Jornada y horario. Fecha de disfrute de las vacaciones. Conceptos retributivos no incluidos en Convenio. Otras condiciones y pactos. Fotocopias de las nóminas, TC1 y TC2, de los últimos tres meses de la totalidad del personal a subrogar. c) Fotocopia de los contratos de trabajo. d) Documentación acreditativa de la situación de excedencias, servicio militar, incapacidad transitoria, baja maternal, servicio social sustitutorio, interinidad o sustitución análoga del personal que, encontrándose en tal situación, deben ser adscritos a la nueva adjudicataria del servicio. En cualquier caso, el contrato de trabajo entre la empresa saliente y el personal sólo se extingue en el momento que se produzca de derecho la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria. En caso de subrogación de representantes del personal durante su mandato (tanto miembros del Comité de Empresa, como Delegados/as de Personal o miembros de la Sección Sindical), la empresa entrante respetará las garantías sindicales establecidas en el presente convenio y demás legislación vigente. Los/as Delegados/as de Personal o los miembros del Comité de Empresa que hubieran sido elegidos en proceso electoral referido al centro objeto de subrogación, mantendrán su condición de representantes del personal a todos los efectos en la nueva empresa concesionaria, siempre que el número total de representantes del personal no exceda del que pudiera corresponder por la plantilla. En el caso de discrepancia, se acudiría a la Comisión Paritaria. No desaparece el carácter vinculante de este artículo en el caso de que la empresa adjudicataria del servicio suspendiese el mismo por un período inferior a los dos meses; dicho personal con todos sus derechos se adscribirá a la nueva empresa. Tampoco desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese el mismo por un período no superior a seis meses, siempre que se acredite que el servicio se hubiese reiniciado con la misma u otra empresa. Las empresas entrante y saliente respetarán siempre el calendario vacacional, concediéndose el disfrute total del período de vacaciones tal y como esté asignado en dicho calendario y con independencia de la parte proporcional de vacaciones que se haya devengado en cada empresa. En el supuesto de que se produzca la subrogación una vez comenzado el año natural, la empresa entrante y la saliente realizarán las compensaciones económicas necesarias para el cumplimiento de lo anterior. Caso de que no se produjera acuerdo entre ambas empresas en la compensación económica, la empresa en cuyo seno se haya disfrutado el período vacacional completo descontará en la nómina del trabajador o, en su caso, en la liquidación la cantidad correspondiente al período devengado en la otra empresa; la empresa en cuyo seno no se disfrutaron vacaciones abonará al personal la parte proporcional de vacaciones que le corresponda junto con la liquidación o en la primera nómina, según el caso. En los casos de falta de acuerdo, la empresa que no haya cotizado a la Seguridad Social el período correspondiente a las vacaciones devengadas vendrá obligada a abonar a la otra empresa la cantidad correspondiente a dichas cotizaciones. De la efectiva compensación económica entre las empresas se entregará copia a la representación legal del personal, a la asociación empresarial y a la Comisión Paritaria del Convenio. El personal percibirá de la empresa cesante la liqui-

llamar cláusulas de empleo, en cuanto superan las meras formulaciones de deberes abstractos y cuantifican y concretan decisiones a adoptar por los empresarios individuales, que ven de este modo restringida su capacidad de decisión no ya en el «cómo» ejercitar sus poderes de organización y contratación —al cabo, éste el ámbito normal de desarrollo de la función normativa del Convenio— sino en el «sí» y en el «cuánto» ejercerlos, que son ya aspectos que no son de conformación del poder, sino condiciones de ejercicio del mismo<sup>51</sup>. Hasta cierto punto, coinciden en la misma perspectiva intervencionista sobre el ejer-

dación de los haberes y partes proporcionales de gratificaciones que le pudieran corresponder. El mecanismo de subrogación, definido en el presente artículo operará automáticamente con independencia del tipo de personalidad de la empresa de que se trate, ya sea física, jurídica o de cualquier clase. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes que vincula: empresa o entidad pública cesante y nueva adjudicataria».

Y es sobre todo el caso del II Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería (BOE 21 julio 2002), arts. 43 y 48: «Art. 43. Introducción (en el apartado «Subrogación convencional de colectividades o Restauración social. Garantías por cambio de empresario»).—El presente capítulo del ALEH tiene por objeto garantizar la subrogación empresarial, con sus efectos, en supuestos de sucesión o sustitución de empresa de colectividades, en las que no concurre el requisito de la transmisión patrimonial. La absorción del personal entre quienes se sucedan mediante cualquier título en las actividades que se relacionan en el presente capítulo, se llevará a cabo en los términos y condiciones aquí indicados, de acuerdo con lo siguiente: ... Art. 48. Contenido de la protección.—1. Las disposiciones aquí contempladas son imperativas para las partes a las que afecta, empresa principal, cedente, cesionaria y trabajador, sin que sea válida ninguna renuncia de derechos. No desaparecerá dicho carácter imperativo en el caso de que la empresa cesionaria suspendiese total o parcialmente el servicio».

<sup>51</sup> Las llamadas cláusulas de empleo presentan una variedad sensible, pero nos interesan ahora casos como el del CC de Residencias Privadas de la Tercera Edad (BOE 30 julio 2003), art. 13, que impone a las empresas comprendidas en su ámbito de aplicación obligaciones porcentuales de mantenimiento de plantilla de trabajadores fijos (art. 13. Empleo.—(Uno de sus apartados, no numerado) Estabilidad en el empleo. Con el objetivo de fomentar la contratación indefinida y de dotar de mayor estabilidad a los contratos vigentes, se acuerda que todas las empresas afectadas por el presente convenio deberán tener un 45% de personal con contratos indefinidos a 31 de diciembre de 2003, un 60% a 31 de diciembre de 2004 y un 70% a 31 de diciembre de 2005. En consecuencia, los porcentajes máximos de contratación temporal, en cualquiera de las modalidades previstas en el presente convenio, serán los que resulten de restar al 100% de la plantilla los compromisos de contratación indefinida establecidos en el párrafo anterior para cada uno de los años de vigencia del presente convenio, con excepción de los contratos en prácticas y formativos. Para la aplicación de los compromisos adquiridos sobre el empleo estable, las empresas podrán acceder a los programas de las Administraciones Públicas que fomentan la transformación de contratos temporales en indefinidos. Para dar efectividad al cumplimiento de los porcentajes acordados en este apartado, las empresas que no los cumplan transformarán los contratos temporales necesarios en indefinidos hasta completar el porcentaje acordado, por orden de mayor antigüedad, excluyendo los contratos interinos para sustitución de personal. Para calcular los porcentajes acordados en este apartado, se tomará como referencia el número de puestos de trabajo ocupados de forma continua en el año inmediatamente anterior. Los porcentajes de contratación contemplados en este artículo, deberán ser cumplidos en el ámbito del centro de trabajo y de la empresa a nivel provincial. Se establece una moratoria de dieciocho meses para aquellos centros o servicios de nueva apertura desde el momento del inicio de la actividad. No se considerará inicio de la actividad la continuación del servicio por aplicación del artículo 59 sobre subrogación») En la misma línea se pronuncia, con las lógicas diferencias propias de la rama de actividad el CC DE Grandes Almacenes (BOE 10 agosto de 2001), Disposición Transitoria Octava: «Compromiso de contratación indefinida.—Las organizaciones firmantes del Convenio Colectivo de Grandes y Medianas Empresas de Distribución para los años 2001-2005, conscientes de la situación de inestabilidad en el empleo por la que atraviesa el país, y en la línea de asunción de los criterios recogidos en la Introducción del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, suscrito por las organizaciones empresariales CEOE-CEPYME y los sindicatos CC OO y UGT, ven conveniente y necesari-

ria su contribución para potenciar la contratación indefinida, favorecer la inserción laboral y la formación teórico práctica de los jóvenes y, en definitiva, contribuir a la estabilidad en el empleo a través de la transformación de los contratos de trabajo temporales en contratos estables, de conformidad con los siguientes compromisos: 1.º Compromiso de contratación indefinida: 1. Nomenclatura. A fin de clarificar el contenido de los presentes Acuerdos de Empleo, y a estos exclusivos efectos, se establece la siguiente nomenclatura: A) Contratos temporales. Se entienden por contratos temporales aquellos que, no habiéndose concertado bajo la modalidad de interinidad, tengan más de cinco meses de duración (incluida prórroga) y correspondan a centros de trabajo de más de dos años de existencia. B) Contratos a tiempo completo. Se entiende portales (a estos exclusivos efectos) los celebrados para realizar una jornada igual o superior al 75 por 100 de la máxima establecida en el convenio colectivo. C) Relación Empleo Temporal/Empleo Estable. Es el porcentaje que supone el número de contratos temporales —calculado según criterio a)— sobre la suma del mismo con los contratos indefinidos existentes en cada empresa (base 100). 2. Compromiso de contratación indefinida: A) A lo largo de la vigencia del convenio colectivo, las empresas contratarán/transformarán en indefinidos anualmente el número de contratos resultantes de aplicar sobre el número de contratos temporales el porcentaje previsto en la siguiente escala y en función de la relación entre empleo temporal y empleo fijo existente en cada empresa al 31 de diciembre del año anterior: 70 Por 100 O mas = 20 por 100. 60 Por 100 A 69 Por 100 = 17 Por 100. 50 Por 100 A 59 Por 100 = 14 Por 100. 40 POR 100 A 49 POR 100 = 11 POR 100. 30 Por 100 a 39 Por 100 = 8 Por 100. 20 Por 100 a 30 Por 100 = 2 Por 100. Las empresas que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 45rcl 2001\2087, jubilen obligatoriamente a trabajadores en tales circunstancias, deberán transformar en contratos indefinidos tantos temporales como trabajadores jubilados durante los cinco años de vigencia del compromiso de empleo. Al finalizar el primer año, y dentro del segundo, desde la apertura de un nuevo centro, el 40 por 100 de los trabajadores de la plantilla del mismo deberán estar contratados como fijos. B) La contratación/transformación se efectuará en términos homogéneos entre contratos a tiempo completo y a tiempo parcial, en función de la relación empleo temporal/empleo estable en cada una de estas modalidades. A efectos del cumplimiento del compromiso de empleo estable sí computarán los contratos temporales transformados en contratos indefinidos de aquellos centros de trabajo de menos de dos años. Igualmente computarán para el cumplimiento del compromiso las contrataciones indefinidas que efectúen las empresas en cada uno de los períodos. El compromiso anual se entiende a lo largo de la vigencia del convenio, por lo que las contrataciones/transformaciones anuales de contratos temporales en indefinidos por encima del número correspondiente con carácter anual y en función de la tabla anterior, computarán para el cumplimiento del compromiso en años sucesivos. La contratación/transformación en indefinida de un contrato a tiempo completo podrá computarse a efectos del cumplimiento del compromiso de transformación de contratos temporales a tiempo parcial, pero no a la inversa. El compromiso se asume a nivel de empresa, dando cuenta la dirección de su cumplimiento por centro de trabajo o unidad productiva anualmente, a la representación de los trabajadores del centro de trabajo. Las contrataciones/transformaciones pactadas se adecuarán, en lo posible, a la modalidad del contrato para el fomento de la contratación a cuyo efecto podrán transformar contratos de duración determinada en indefinida a lo largo de la vigencia del convenio. C) Los compromisos de contratación indefinida, contenidos en el apartado a) anterior, se entienden de manera global en el ámbito de la empresa, y sin que puedan acumularse al mismo otros compromisos contenidos en el texto del convenio, como la transformación de contratos formativos en contratos fijos o la sustitución de trabajadores jubilados. 2.º Seguimiento e información.—A fin de facilitar el seguimiento del compromiso adquirido en estos acuerdos y verificar su ejecución práctica, las empresas deberán: A) Dar información previa al Comité Intercentros y a la Comisión Sindical constituida al amparo de lo previsto en el artículo 63 del convenio colectivo, del número de trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial existentes al 31 de diciembre de cada año, especificando el número de temporales y de indefinidos calculados todos ellos de acuerdo con los criterios establecidos en estos acuerdos. Esta información se facilitará en el término de treinta días, a partir de la publicación del convenio en el BOE, o a partir de la incorporación al mismo, para el primer año de vigencia, y dentro del primer trimestre, para cada uno de los siguientes años de vigencia del convenio colectivo, concretándose, en la reunión celebrada al efecto, el compromiso de contratación. B) En el primer trimestre de cada año se informará al Comité Intercentros y a la Comisión sindical, sobre el grado de cumplimiento del compromiso asumido para el año en cuestión por la empresa, especificando por centro de trabajo o unidad productiva el cumplimiento de los presentes acuerdos. C) Con carácter anual y en la reunión prevista en el apartado a), la dirección de la empresa dará cuenta al Comité Intercentros Y A La Comisión Sindical del cumplimiento de contratación indefinida del año anterior, debiendo constar el conocimiento de las contrataciones/transformaciones efectuadas nominalmente por la representación legal de los trabajadores en el ámbito del centro o unidad productiva donde el contratado de manera estable preste sus servicios. D) Quedan exceptuadas del compromiso anterior las empresas afectadas por graves situaciones de crisis, puesta de manifies-

to a través de la presentación del consiguiente expediente administrativo. E) El incumplimiento de los presentes compromisos de empleo dará lugar a que la empresa de que se trate no pueda utilizar, hasta el cumplimiento del compromiso, la modalidad de Contratación Temporal por Obra o Servicio que se establece en el artículo 12.b.2 del presente convenio colectivo. F) La Comisión mixta velará por el estricto cumplimiento de los deberes de información precisos para el señalamiento de los compromisos aquí adquiridos y el grado de ejecución de los mismos en materia de empleo, teniendo facultades para recabar de las empresas la información necesaria y decidir, en caso de incumplimiento, la imposición de la penalización a que se refiere la letra anterior»; Empresas Organizadoras del Juego del Bingo (BOE 11 diciembre 2003) Art. 12. Modalidades de contratación... Dada la actual situación de paro existente en el Estado español y como medida de fomento del empleo, a partir de la entrada en vigor del Convenio quedará prohibida la contratación de personal en régimen de pluriempleo. Se exceptúa de la prohibición total de pluriempleo al trabajador fijo de carácter discontinuo y tiempo parcial.

### TÍTULO III

#### Del contenido de derecho mínimo necesario

### CAPÍTULO I

#### Empleo

Artículo 48. *Trabajadores vinculados con contratos por tiempo indefinido en las salas de bingo.*—Las partes conscientes de la necesidad no sólo de mantener sino de incrementar el trabajo estable como garantía de calidad en el servicio que se presta a los clientes en las Salas de Juego, acuerdan, establecer para todas las Salas de Juego afectadas por el presente Convenio, un número mínimo y obligatorio de trabajadores fijos, es decir, vinculados a la empresa mediante contrato laboral de carácter indefinido, según el aforo de jugadores de la Sala en los siguientes términos: Aforo de las salas Número de trabajadores fijos en salas cuyo horario de apertura sea de 13 horas o inferior Hasta 100 jugadores 4 trabajadores: 2 Técnicos de Juego y 2 Técnicos de Sala. De 101 a 250 jugadores 6 trabajadores: 2 Técnicos de Juego y 4 Técnicos de Sala. De 251 a 400 jugadores 10 trabajadores: 3 Técnicos de Juego y 7 Técnicos de Sala. De 401 a 700 jugadores 14 trabajadores: 3 Técnicos de Juego y 11 Técnicos de Sala. Más de 700 jugadores 23 trabajadores: 5 Técnicos de Juego y 18 Técnicos de Sala. En las Salas de Juego cuyo horario de apertura al público sea superior a 13 horas, el número de trabajadores fijos con carácter indefinido establecidos en el cuadro anterior se incrementará proporcionalmente al aumento del tiempo de apertura de la Sala con respecto del horario de apertura «tipo», establecido en 13 horas. De forma que, el cálculo del número de trabajadores fijos según el aforo de la Sala será el resultante del siguiente cálculo: Número de trabajadores fijos para salas de más de 13 horas de apertura = (Tiempo de apertura de la sala \_ Número de trabajadores fijos establecidos en la tabla anterior para la categoría de la sala en cuestión)/13 Núm. de trabajadores fijos para salas de más de 13 horas de apertura igual al cociente entre el tiempo de apertura de la sala multiplicado por el número de trabajadores fijos establecidos en la tabla anterior para la categoría de la Sala en cuestión, dividido por 13. El incremento de trabajadores que resulte de la aplicación del cálculo anterior con respecto de la tabla general se cubrirá con trabajadores de las Categorías Profesionales encuadradas en el Grupo de Técnicos de Sala. No será preceptiva la presencia física en la sala de toda ella en su conjunto y de forma continuada durante todo el horario de apertura de la Sala al público, salvo en aquellas Comunidades Autónomas o Provincias donde lo tengan regulado a nivel normativo, reglamentario o convencional.

Artículo 49. *Empresas de trabajo temporal (ETT).*—La contratación a través de estas empresas se ajustará a los siguientes criterios o requisitos: 1. Sólo podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria, organizadora del juego de bingo, en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria, organizadora del juego de bingo, podría celebrar un contrato de duración determinada, conforme a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en el presente Convenio Colectivo»; Comercio de herboristerías... (BOE 28 noviembre 2000).

Artículo 10. *Empleo.*—Las partes conscientes de la necesidad no sólo de mantener sino de incrementar el trabajo estable, acuerdan establecer para todas las empresas afectadas por el presente Convenio y que tengan una plantilla con diez o más trabajadores la obligatoriedad de tener un 75 por 100 de trabajadores con contrato indefinido. A efectos del seguimiento y control del compromiso adquirido las empresas facilitarán a la representación legal de los trabajadores trimestral relación de altas y bajas así como la copia de los contratos suscritos durante ese período. El criterio de transformación de contratos temporales a indefinidos será el siguiente: Mayor antigüedad total en la empresa. Contrato de mayor duración».

cicio concreto de los poderes empresariales de organización y selección de sus colaboradores las cláusulas convencionales que restringen las posibilidades de acceso a fórmulas de cooperación empresarial consolidadas, como las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs), o las llamadas empresas de servicios<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> En el apartado 3 de la Disposición Transitoria 8.ª del CC de Grandes Almacenes citado en la nota anterior se establecen restricciones —sobre todo formales— a la contratación de ETTs y Empresas de Servicios. También establecen restricciones a estas formas de contratación los Convenios de Comercio del Papel y Artes Gráficas (BOE 25 octubre 2000).

«Artículo 16. *Empresas de Trabajo Temporal*.—Las empresas afectadas por este Convenio no podrán tener un volumen de trabajadores provenientes de Empresas de Trabajo Temporal (ETT) superior al 15 por 100 de la plantilla habitual habida el año anterior (tanto fijos como eventuales). Sólo se podrán contratar los servicios de Empresas de Trabajo Temporal que apliquen a sus trabajadores el Convenio Estatal de Empresas de Trabajo Temporal vigente en cada momento. Las empresas darán a conocer a los representantes de los trabajadores los contratos de puesta a disposición y los contratos laborales de los trabajadores afectados, en un plazo máximo de diez días, a fin de que aquéllos puedan realizar las funciones de tutela de las condiciones de trabajo, formación y salud laboral de los trabajadores de las ETT, entendiéndose por tutela el derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral. No podrán utilizarse empresas de trabajo temporal en el supuesto de proceso de selección del personal. No podrá hacerse uso de empresas de trabajo temporal para la cobertura de un puesto de trabajo que haya estado ocupado anteriormente por un contrato en la empresa usuaria mediante la modalidad contractual de eventual por circunstancias de la producción cuando ya se hubiera agotado el plazo máximo de los trece meses en un período de dieciocho, asimismo tampoco se podrá hacer uso de empresas de trabajo temporal, en el mismo supuesto anterior, cuando este puesto de trabajo hubiera sido ocupado, cualquiera que sea su modalidad contractual, por un período de nueve meses por una o varias ETTs de forma continua o discontinua. No se podrá utilizar ETT para cubrir un puesto de trabajo, en el cual se haya producido previamente un despido improcedente. Los trabajadores de ETT percibirán la retribución total establecida en el presente Convenio para el puesto de trabajo a desarrollar». Comercio de Herboristerías (BOE 28 noviembre de 2000).

Artículo 12. *Empresas de trabajo temporal*.—No podrá hacerse uso de empresas de trabajo temporal para la cobertura de un puesto de trabajo que haya estado ocupado anteriormente por un contrato en la empresa usuaria mediante la modalidad contractual de eventual por circunstancias de la producción cuando ya se hubiera agotado el plazo máximo de los nueve meses en un período de dieciséis, así mismo tampoco se podrá hacer uso de empresas de trabajo temporal, en el mismo supuesto anterior, cuando este puesto de trabajo hubiera sido ocupado, cualquiera que sea su modalidad contractual, por un período de nueve meses por una o varias ETTs de forma continua o discontinua. En el supuesto que las empresas usuarias no alcancen el porcentaje de empleo fijo establecido en este Convenio, mientras persista esta situación, no podrán hacer uso de empresas de trabajo temporal. En el supuesto que las empresas incumplieran este precepto los trabajadores puestos a disposición tendrán el derecho a ser fijos en plantilla de la empresa usuaria. Los trabajadores de ETT percibirán la retribución total establecida en el presente Convenio para el puesto de trabajo a desarrollar. Las empresas afectadas por este Convenio no podrán tener un volumen de trabajadores provenientes de ETT superior al 5 por 100 de la plantilla habitual habida el año anterior (tanto fijos como eventuales). Sólo se podrán contratar los servicios de ETT que apliquen a sus trabajadores el Convenio Estatal de ETT vigente en cada momento»; Curtidos, Correas y cueros (BOE 23 julio 2001).

Artículo 64. *Empresas de trabajo temporal*.—Los contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal se utilizarán únicamente para cubrir necesidades productivas ocasionales y excepcionales de las empresas por acumulación de tareas, exceso de pedidos, preselección o interinidad, sin que se pueda hacer uso de esta modalidad de contratación para cubrir vacantes que se hubieran producido en los doce meses últimos por despido improcedente o finalización de contrato de duración determinada, y tampoco para la realización de actividades o trabajos especialmente peligrosos. A los trabajadores contratados a través de contratos de puesta a disposición se les aplicará la legislación laboral correspondiente y la normativa convencional propia, asumiendo la empresa usuaria las responsabilidades en materia laboral y de Seguridad Social que le impone la ley en este tipo de contratos, efectuando los trabajadores contratados bajo esta modalidad su trabajo en las mismas condiciones

Resulta difícil hacer valoraciones generales de reglas convencionales que indiscutiblemente se han elaborado en contemplación de las peculiaridades de cada sector productivo, y que reflejan compromisos adquiridos por las partes firmantes en los máximos niveles confederales (los sucesivos Acuerdos Interconfederales dan fe de la creciente preocupación de los negociadores por estas materias). La primera es que, como vemos, no es nada infrecuente que estos compromisos se articulen en Convenios de sector, y no en los de empresa, con lo que el problema de legitimación para disponer de facultades concretas de los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación se plantea con toda su dureza. Así las cosas ¿puede un Convenio de sector establecer porcentajes de plantilla fija y temporal con carácter general e incondicionado? ¿Puede establecer supuestos de subrogación adicionales respecto de los previstos en el art. 44 ET que afecten a empresarios que eran parte del Convenio en el momento en que se establecieron esos compromisos? ¿Puede el Convenio de sector prohibir pura y simplemente el recurso a ETTs o empresas de servicios, tratándose de actividades legalmente reconocidas en nuestro sistema?

Como hemos visto, algunos de estos interrogantes han sido respondidos ya por nuestra jurisprudencia en sentido negativo —los casos de subrogación contractual al margen de lo dispuesto en el art. 44 ET, que son casos de cesión de contrato que requieren el consentimiento de las partes del contrato de trabajo en los términos de la jurisprudencia Eurohandling—. En otros casos, aunque no por el TS, se han pronunciado nuestros Tribunales a favor de la licitud de los recortes convencionales a las posibilidades de recurso a las ETTs<sup>53</sup>. Y queda por zanjar la polémica que puede abrirse en torno a la variedad de cláusulas de compromisos de empleo. De todas las formas, pueden adelantarse algunas ideas:

- la primera, que obviamente no es la misma la capacidad de incidencia que posee un Convenio de empresa si comparado con uno de sector. En el primer caso, es el propio titular de los poderes organizativos el que los compromete y limita, siendo por tanto mayor el grado de particularismo que pueden poseer los compromisos adquiridos en el ámbito del empleo, hasta llegarse a un punto en que probablemente los acuerdos ya no sean tanto manifestaciones del derecho de negociación colectiva como manifestación de compromisos bilaterales en el ejercicio de poderes empresariales, a los que tan reiteradamente se ha referido el ET a partir de la reforma de 1994. En ese sentido, el «cuerpo» de Convenio no puede ocultar del todo el «alma» contractual estricta de los compromisos adquiridos por el empresario, y su directa exigibilidad por parte de los trabajadores concernidos.
- los Convenios de sector pueden, obviamente, condicionar y limitar el ejercicio de los poderes empresariales, en cumplimiento de su más básica función institucional. Pero la decisión de ejecución es obviamente una decisión propia del empresario, que no es ni puede ser sustituido por sus representantes. Esta sustitución no pare-

que los trabajadores propios de la empresa usuaria. Para poder recurrir a este tipo de contratación la empresa previamente tendrán que haber agotado las posibilidades de contratación a través de las modalidades de fijos discontinuos, eventuales y obra o servicio determinado, quedando limitada su duración a un mes si no hay acuerdo con la representación legal de los trabajadores, en caso de acuerdo, las partes fijarán la duración máxima de este tipo de contratos, de conformidad con la legislación vigente. Esta limitación a la duración de los contratos de puesta a disposición entrará en vigor a partir del 1 de diciembre del 2002».

<sup>53</sup> STSJ Andalucía, Granada 10 julio 2001 (2002/880).

- ce que quede amparada por el juego de la «representación institucional» propia de las organizaciones asociativas de representación empresarial. Por esa razón, con todo acierto, los Convenios buscan modalidades intermedias de coerción al cumplimiento por los empresarios singulares de los compromisos adquiridos: unas veces se trata de modalidades de control colectivo; otras, estableciendo fórmulas más originales, como es el condicionamiento de la aplicación de uno de los preceptos del Convenio al cumplimiento por el empresario de las reglas establecidas respecto de la estructura de las plantillas. Fuera de estos casos de coerción indirecta, parece dudoso que nazca a favor de los trabajadores potencialmente concernidos derecho alguno en relación con la estabilidad de su contrato o la subrogación empresarial —recuérdense las limitaciones de la jurisprudencia Eurohandling—, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda asumir la asociación empresarial por el incumplimiento del Convenio; y el propio empresario individual en el ámbito de la LISOS, por incumplimiento de una cláusula normativa del Convenio Colectivo (art. 5.1).
- finalmente, aunque no parece ser ésa la primera reacción de nuestros Tribunales, parece discutible la posibilidad de que un Convenio de sector establezca prohibiciones de recurrir a fórmulas de cooperación empresarial legalmente establecidas en nuestro ordenamiento (nuevamente, la posibilidad de que el titular de los derechos de organización y contratación, el empresario individual, asuma ese compromiso en Convenios de empresa no parece cuestionable). Una restricción de estos derechos incondicionada y general puede suponer una restricción excesiva de la libertad de organización empresarial íntimamente vinculada a la libertad de empresa regulada en el art. 38 CE, para el empresario comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio de sector, por supuesto, pero también para las empresas de trabajo temporal y de servicios, que son, ya se ha dicho, perfectamente lícitas en nuestro ordenamiento y que ven de este modo restringida su acción, por no decir que alterado en su perjuicio el funcionamiento del mercado y la práctica competencia que se garantiza por las leyes mercantiles estatales y comunitarias<sup>54</sup>. Por todo ello parecen prácticas más realistas y menos cuestionables legalmente las que muestra también nuestra experiencia negociadora orientadas a acentuar la intervención de la representación de los trabajadores y los derechos de información y de participación de éstos en las decisiones empresariales inherentes a la concertación con agentes externos, en la línea que han abierto en campos muy próximos las recientes reformas del art. 42 ET.

En suma, son las anteriores pautas interpretativas que no pueden agotar la múltiple variedad en que la autonomía colectiva se relaciona con la individual en una dialéctica que no puede ignorarse y que todavía entre nosotros se encuentra necesitada de estudio y profundización porque, como dijese Giugni hace tiempo «se puede afirmar que nunca es definitiva una doctrina sobre el contrato colectivo, precisamente porque la realidad a la que se refiere está en movimiento continuo y cualquier construcción sólo es idónea para fijar un momento evolutivo de la misma»<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> *Vid.*, especialmente art. 1.1 ley 16/89, de 19 de julio, de defensa de la competencia.

<sup>55</sup> GIUGNI, G., «La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro», en *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bologna 1989, pág. 151.



## EL FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

MANUEL MARÍA DE LOS MOZOS IGLESIAS

FÉLIX BENITO DEL VALLE

*Abogados*

*Profesores de Técnicas de Negociación y Conflicto*

*Licenciatura de Ciencias del Trabajo*

Universidad Carlos III de Madrid

### EXTRACTO

El estudio que a continuación vamos a realizar no pretende incidir en el sistema de Funcionamiento de la Negociación Colectiva en España, trabajo que se nos antoja muy dificultoso, no sólo dado que en nuestro país conviven casi 5.000 convenios colectivos, de centro, de empresa, sectoriales de rama de actividad provinciales, de Comunidad Autónoma o Estatales, convenios colectivos denominados «franja», convenios extraestatutarios, acuerdos con carácter de negociación colectiva como los que se afrontan en fusiones o absorciones de empresa, en momentos críticos de la vida de las empresas, expedientes de regulación de empleo, etc.

Por el contrario lo que se pretende mediante el siguiente estudio es introducir, a todos aquellos que dedican su actividad precisamente a la Negociación Colectiva en su máxima expresión, a una determinada metodología que pueda ayudar a superar determinados escollos en sus negociaciones, tengan éstas el ámbito que tengan y consigan, partiendo de las bases que en este trabajo se analizan, lograr un mayor éxito en sus empeños.

No obstante, cualquier «negociador» que se enfrente al mismo observará, con cierta facilidad, que la puesta en marcha de las indicaciones en él contenidas se antoja «excesivamente» teórica, distando mucho de esa «multirealidad» que se da en las Mesas de Negociación Colectiva.

Sin embargo esta Negociación Colectiva, como actividad humana trasladada a nuestro Derecho a lo largo de varios años, tiene unas características comunes que nos han animado a proponer un modelo de laboratorio en el que muchos de los «negociadores» se verán, sin duda, reflejados.

**INDICE**

1. NEGOCIACIÓN: UN ANÁLISIS SOCIAL
2. LAS VARIABLES ESPECÍFICAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 2.1. Variables ideológicas
  - 2.2. Variables contextuales
  - 2.3. Variables institucionales
3. EL FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 3.1. El plan estratégico
  - 3.2. La comunicación entre negociadores. El deber de buena fe en la negociación
    - 3.2.1. La codificación de los mensajes
    - 3.2.2. La eliminación de la distorsión de la información
  - 3.3. La gestión táctica
    - 3.3.1. Tácticas conciliadoras y funcionamiento interno de las mesas de negociación
    - 3.3.2. Las tácticas coercitivas y el funcionamiento interno de las mesas de negociación
4. EL CIERRE
  - 4.1. Acuerdos verbales
  - 4.2. Los cierres parciales
  - 4.3. Cierre final y acuerdo
    - 4.3.1. Los cierres con concesión
    - 4.3.2. Cierre con resumen
5. CONCLUSIÓN

**1. NEGOCIACIÓN: UN ANÁLISIS SOCIAL**

Muchos han sido los intentos, a lo largo de los últimos cincuenta años, de enmarcar la Negociación dentro de unos parámetros «razonables», que diesen un significado racional a una actividad tan antigua como el hombre.

La Negociación es una actividad social. Es el resultado de un conflicto de intereses que experimentan dos o más individuos, grupos u organizaciones, que estando estrechamente interrelacionados, deciden resolver sus diferencias de forma pacífica.

Se requiere para ello un escenario en el que los intereses divergentes sean menos intensos que la dependencia mutua de recursos.

Pruitt definía la Negociación como «el episodio en el que una parte trata de influir sobre el otro sobre un elemento del entorno común, mientras que la otra parte se resiste». Partiendo de la anterior definición, Deustch propuso que el conflicto supone, ante todo, la incompatibilidad de actividades en la que una de las partes necesita controlar o influir sobre el adversario.

Los términos «conflicto», «interés», «divergencia» e «interdependencia» se suceden en los distintos estudios teóricos de Negociación, de entre los cuales han sido los norteamericanos los que con más ahínco han profundizado en un intento de dar sentido a esta actividad social.

Así pues, desde esta perspectiva, la Negociación representa un modo particular de «sancionar» el conflicto que surge entre dos o más personalidades jurídicas, bien individuales bien colectivas, caracterizado por un intercambio de ofertas y contraofertas, para el logro de una situación que satisfaga el interés de los partícipes del conflicto.

Para Zartman la finalidad de la Negociación es la creación de una nueva realidad a través del juego del intercambio de la información y la transformación de valores fijos (aquellos con los que las partes acuden a la Negociación) en valores variables (aquellos que las



partes modifican a lo largo de la Negociación). Es decir, la Negociación es fruto del deseo de ambas partes de llegar a un Acuerdo, que se sitúa por encima de la situación de desencuentro de la que parten.

Para ello la noción de «Poder», y los modos y maneras de expresarlo, cobra una importancia vital, que se traduce en una definición de Negociación como el logro de una decisión conjunta que se consigue a través de una cesión mutua de intereses, de modo que sea posible combinarlos en un solo paquete, mediante la persuasión, la coerción o la fuerza.

Es decir, cada parte del proceso acudirá a la Mesa de Negociación con una cuota de Poder, directamente relacionada con los recursos que posee y de los que la otra parte es dependiente, con el que concederá o rechazará aquellas condiciones deseadas por su adversario.

Tanto si las partes en conflicto son patronales, sindicatos, o grupos, la Negociación será un proceso de interacción social, mediante el cual cada parte tratará de incrementar sus ganancias y disminuir sus pérdidas.

Para ello cada una de las partes inmersas en la Negociación se dotará de un Plan Estratégico y utilizará diversas Tácticas en aras a conseguir su meta, manipulando la percepción del adversario e influyendo de manera notoria en el «feed back» o «retroalimentación» que su adversario pueda obtener.

Estas Tácticas podrán incluir «el farol», la argumentación, las concesiones, las mentiras, e incluso la «huelga», como fórmula última, reconocida esta vez si por nuestro Ordenamiento Jurídico, para la defensa de los intereses de un Grupo, en este caso, los trabajadores.

## 2. LAS VARIABLES ESPECÍFICAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A lo largo de los estudios que en este número de la Revista preceden y suceden al que ahora abordamos, se analiza de forma extensa el concepto de Negociación Colectiva en el Ordenamiento Jurídico español, por lo que sería reiterativo, e incluso una «osadía», el realizar ahora un estudio paralelo, dada la más que notoria solvencia en el conocimiento profundo del Derecho de los autores con los que este número se comparte.

Ello no obstante es necesario, en aras a un análisis «higiénico» del funcionamiento interno de las Mesas de Negociación Colectiva el dotarnos de determinados instrumentos, algunos inmersos en las Leyes, otros fruto de estudios realizados por Notables, que nos ayuden y acompañen a lo largo del estudio.

Así, en el artículo 37.1 de la Constitución Española se reconoce el Derecho a la Autonomía Colectiva, cuya máxima expresión en la práctica de la Negociación es la fuerza vinculante de los convenios.

Por tanto, definiremos Negociación Colectiva como el instrumento a través del cual Representantes de los Trabajadores y Representantes de los Empresarios, en sus ámbitos correspondientes, se «autodotan» de una serie de normas que regirán su relación contractual, utilizando para ello una herramienta tipo: el Convenio Colectivo.

Ahora bien, para alcanzar dicho estado «perfecto», pues es perfecto para las partes el resultado de toda Negociación cuando el mismo es el Acuerdo, es necesario caracterizar la misma a través de una serie de variables sin las cuales sería imposible articular el sistema de funcionamiento interno de las Mesas de Negociación.

## 2.1. Variables Ideológicas

Tanto Representantes de los Trabajadores como Empresarios, están influidos y afrontan su llegada a la Mesa de Negociación, explícita o implícitamente, bajo una fuerte carga ideológica, que en España es fruto inequívoco del origen mismo de nuestro sistema de representación colectiva.

La sorprendente rapidez en la consolidación de los Agentes Sociales en nuestro país, que se hace mucho más notable cuando se realiza un estudio de la parte Social de las Mesas de Negociación, hace que la carga política inmersa en las Negociaciones Colectivas pueda llegar a distorsionar un análisis de las mismas.

Intentando acotar un origen a los sistemas de funcionamiento de las Mesas de Negociación, debemos de partir del momento en el que las mismas tomaron fuerza ejecutiva, so pena del riesgo que correríamos si intentásemos realizar un análisis histórico de difícil comprensión, dado que, tal y como veíamos al abordar la definición de la Negociación, la imposibilidad de dotarnos de un modelo único de estudio, crece de forma exponencial a la hora de descender a cada Negociación Colectiva en particular.

Ello no obstante, trabajadores y empresarios tienen, por definición, unos parámetros ideológicos antagónicos, que merece la pena recordar. Así, situamos a la Representación de los Trabajadores en el entorno de lo que Carlos Marx definió como la «lucha de clases», que se ha venido matizando a lo largo de nuestra corta historia constitucional, precisamente por la fuerte «unión» que ha tenido, especialmente hasta principios de los años 90, tanto Comisiones Obreras como la Unión General de los Trabajadores con los partidos políticos de izquierda y centro izquierda.

Fruto de la evolución de nuestro sistema democrático, se viene detectando un fenómeno de «autonomía» sindical en las relaciones entre partidos políticos y organizaciones sindicales, que se agudiza a lo largo de las legislaturas y se invierte, cada vez con menos incidencia, en los procesos electorales, bien municipales, bien autonómicos, o bien estatales.

Cuando abordemos las Variables Institucionales de la Negociación Colectiva observaremos como la carga o motivación ideológica varía en función del tipo de Negociación Colectiva a la que nos enfrentemos, y será motivadora, en gran medida de los distintos Planes Estratégicos y de las distintas Tácticas que se vayan a utilizar por la representación social de la Mesa de Negociación.

La carga ideológica de la representación empresarial resulta más sencilla de estudiar, dado que el motor de las relaciones laborales en las Empresas ha evolucionado de forma independiente de factores ajenos a la Negociación Colectiva.

Con esto no queremos decir que el sistema de Relaciones Laborales no influya, tal y como veremos más adelante en el Empresario, ya que muchos son, y cada vez con mayor incidencia, los que destinan una parte importante de sus cuentas de explotación a componer una mayor y mejor unión con los Representantes de los Trabajadores.

Sin embargo, hemos definido la Negociación desde la óptica del Conflicto de Intereses, y por ello es necesario el partir de un «imponderable» más teórico que práctico: la Negociación Colectiva desde la óptica empresarial es siempre para dar respuesta a una reivindicación laboral, bien por que lo que está en juego es componer unas reglas básicas de convivencia industrial, a través del Convenio Colectivo, bien porque lo que se intenta dilucidar es alguna medida de carácter traumático, como la superación de una Huelga, o aque-

llos procedimientos regulados en los artículos 40, 41, 50 y 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

## 2.2. Las Variables Contextuales

La Negociación Colectiva se sitúa dentro de un Sistema de Relaciones Industriales. Para Dunlop, un Sistema de Relaciones Industriales se puede definir a partir del juego cruzado de cuatro grandes variables: los Protagonistas, los Contextos, las Ideologías y las Reglas de Juego o sistema de normas que enmarcan el proceso de Negociación Colectiva.

Los protagonistas en España nacen del artículo 87 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con su Título II, sobre la Representación Unitaria, y la Ley Orgánica de Libertad Sindical, como fuente del Poder que las normas entregan a los Actores para autodotarse de un sistema propio de normas jurídicamente válidas, que, evidentemente, no puede exceder las normas básicas de nuestro Ordenamiento.

Esta dotación legal de Poder, lo que determinados autores denominan la «juridificación formal de la autonomía colectiva» que sólo se encuentra en nuestro derecho en su visión más pública, equilibra nuestro Sistema de Relaciones Industriales, y hace de las Mesas de Negociación auténticos «parlamentos», en los que se ponen en juego factores tan variables como un sistema de primas a la productividad en un Almacén de cualquier pueblo de España, hasta los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva, que sin querer entrar ahora en un análisis jurídico sobre su fuerza obligacional o normativa, que sirven de marco de referencia, o al menos así debiera de ser, en todas las Negociaciones que se llevan a cabo en ámbitos inferiores.

Las Variables Contextuales son las más frecuentemente estudiadas en relación con la teoría de los conflictos colectivos y resumen la influencia de un cierto número de sinergias en el inicio y desarrollo del proceso negociador. Así, y siguiendo el análisis de Dunlop, que posteriormente sería desarrollado por Dennis Carrier, en «*La Estrategia de la Negociación Colectiva*» encontraremos, siempre dentro de éstas, cinco subvariables: la tecnológica, la histórica, la política, la económica y la social, que tendrán una influencia determinante a la hora de comprender el funcionamiento interno de las Mesas de Negociación.

A partir de este breve análisis se desarrolla toda la Teoría Industrial de la influencia de los contextos en la Negociación Colectiva, que concluye con una afirmación «descorazonadora»: La Negociación Colectiva no tiene un único entorno, ni se desarrolla siempre en las mismas condiciones. Factores determinantes de nuestra realidad jurídico laboral, como las Huelgas, están fuertemente influenciadas por los contextos en los que nos movemos y negociamos.

Valores propios de la Negociación como la cuota de Poder de cada uno de los protagonistas, que influye de forma determinante en su capacidad de decisión, depende y gira en torno al contexto en el que se mueven dichos protagonistas.

## 2.3. Las Variables Institucionales

La Negociación Colectiva se encuentra dentro de un Sistema de Normas, que delimitan el Poder de las partes inmersas en el proceso de Negociación, y que les es otorgado por

las Leyes, a partir de un proceso, en el caso de la representación unitaria, electoral, en el caso de la representación sindical a través de la mayor representación, y en el caso empresarial a través de la titularidad de la Empresa o bien a través del porcentaje de representación exigido por el artículo 87.3 y 87.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El funcionamiento interno de las Mesas de Negociación Colectiva dependerá de en cuál de los espacios de Negociación nos movamos, y de cuales sean los actores laborales y empresariales que en ellos participen.

No es lo mismo, desde la óptica de la «divergencia», de la «interrelación», de los «intereses», etc., una negociación en un centro de trabajo para decidir cuáles son las medidas a tomar si nos enfrentamos a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo recogidas en el artículo 41 del TRLET, que si lo que buscamos es enmarcar un Sector de actividad en el ámbito estatal.

Las partes pueden ser diferentes, y de ahí la complejidad de los sistemas de funcionamiento de cada una de las Mesas de Negociación, que en España cobra un especial carácter a raíz de nuestro sistema de representación colectiva, definido como una «rara avis», y único en el Derecho Comparado, al dotar de igual fuerza y capacidad de negociación a representantes unitarios y a representantes sindicales.

Esta doble representación, y el Poder que cada parte del proceso representada en la mesa de negociación ostenta, que nace de nuestras Leyes laborales, fruto de procesos sociales que han quedado enmarcados en nuestro Ordenamiento tras casi treinta años de consolidación democrática, hacen de la Negociación Colectiva, y por lo tanto convierten las Mesas de Negociación, en un complicado entramado en el que se confunden intereses y objetivos, posiciones de partida y puntos de ruptura, filias y fobias, etc., que nos conducen a recomendar un posible esquema de funcionamiento para optimizar un resultado, dado la imposibilidad de realizar un análisis empírico de los múltiples, casi infinitos engranajes que cada Mesa de Negociación puede tener.

### 3. EL FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Ya hemos visto como resulta imposible dotarnos de un modelo jurídico práctico que resuelva la problemática de cómo abordar una Negociación Colectiva, y consecuentemente resulta imposible el definir un único funcionamiento «forense» de las Mesas de Negociación.

No obstante se puede definir un patrón teórico, basado en la experiencia, que pueda ayudar a aquellos que en un futuro se deban enfrentar a una Mesa de Negociación, en aras a la búsqueda de la obtención del mejor resultado, y que debiera de ser común a todas las Negociaciones Colectivas.

Así, hemos definido la Negociación como el resultado de un conflicto de intereses experimentado por dos o más individuos, grupos u organizaciones, relacionados por una dependencia mutua de recursos; otorgándole una «plus calificación» cuando hemos abordado de forma breve la Negociación Colectiva como el instrumento a través del cual Representantes de los Trabajadores y Representantes de los Empresarios, en sus ámbitos correspondientes, se «autodotan» de una serie de normas que regirán su relación contractual, utilizando para ello una herramienta tipo: el Convenio Colectivo.

Para abordar con garantías dicho Proceso, habrá que tener en cuenta un esquema que vendrá determinado por la concurrencia de los siguientes requisitos: la elaboración de un Plan Estratégico, la Comunicación de los Negociadores, la Gestión Táctica y el Cierre.

### 3.1. El Plan Estratégico

Definiremos el Plan Estratégico como el Conjunto de actividades coherentes e integradas dirigidas a la consecución de los objetivos de cada una de las partes en la resolución de la negociación/conflicto (Munduate Jaca).

La elaboración de este Plan Estratégico resultará determinante del éxito o fracaso de la actuación de cada una de las representaciones de la Mesa de Negociación, y en gran medida, su elaboración por las partes determina el grado de «madurez» de la Mesa de Negociación y de sus integrantes.

Pruitt y Rubin definieron el Plan Estratégico desde sus diferencias con la Gestión Táctica, y así mientras que el primero viene establecido por el conjunto de objetivos y metas a lograr en un Proceso de Negociación, la segunda se caracteriza por englobar los medios y las tácticas que las partes deben de poner en marcha para alcanzar la consecución de los objetivos pre-fijados.

Es decir, que mientras que nuestro Plan Estratégico se centrará en un elemento «Macronegocial», la Gestión Táctica se centrará en el segmento «Micronegocial», pudiendo, tal y como veremos más adelante, mutar a lo largo del Proceso.

Pues bien, a la hora de elaborar el Plan Estratégico, cada parte debe de ser consciente de su interés, de su objetivo, y de lo que es más importante, se debe plantear cuál o cuáles de los elementos que configuran su cuota de Poder en la Mesa son anhelados por su adversario.

Este procedimiento —la elaboración del Plan Estratégico— es previo a la Constitución de la Mesa Negociadora, o debiera al menos de serlo.

La experiencia práctica arroja resultados de Negociaciones en las que se observa con total nitidez la falta de elaboración de Planes Estratégicos por parte de la representación empresarial y por parte de la representación de los trabajadores, que dilatan, muchas veces de forma innecesaria el Proceso de Negociación, siempre en perjuicio del objetivo común: el Acuerdo.

Tampoco existe un momento legalmente tasado para la elaboración del Plan Estratégico, pudiendo pecar de «temerarios» si nos decidimos a apostar por el plazo máximo de un mes entre la comunicación del deseo de negociación recogido en el artículo 89.1 del TRLET, y el momento de constitución de la misma, ya que casi nunca se comienza a Negociar en el momento de la constitución de la Mesa de Negociación, artículo 89.2 TRLET, sino que su inicio se suele producir mucho antes.

Decíamos antes que el Plan Estratégico es la fase más relevante del Proceso de Negociación, y que es clave del éxito de los objetivos planteados. Si se planifican las actuaciones durante la fase de discusión y debate de la Negociación estaremos a merced de la otra parte, que puede haber preparado el Proceso, y si pensamos sobre la marcha en los argumentos para defender nuestros intereses, estaremos incurriendo en un doble error: perdemos la oportunidad de obtener información sobre los intereses del contrario y cometeremos errores a la hora de calcular el peso de nuestras ofertas y de las contraofertas del adversario.

La Preparación del Plan Estratégico requiere considerar que la finalidad de la Negociación es crear una nueva realidad a través del intercambio de Información, sin la cual será imposible avanzar en el Proceso, ya que no seremos capaces de transmitirle a la otra parte nuestras preferencias ni nuestros objetivos. Igualmente requerirá que ese intercambio de Información se realice mediante un diálogo libre entre las partes, cuyo objetivo es único y común a todas las Negociaciones Colectivas en España: obtener una nueva realidad que sea lo más ventajosa para los propios intereses de la parte que haya elaborado correctamente su Plan Estratégico.

Para lograr una buena preparación de la Negociación, en el desarrollo del Plan Estratégico es necesario el acudir a determinadas Técnicas que ayudan a integrar y articular las actividades a desarrollar por los negociadores: división de tareas, elaboración de una Playa de Negociación y establecimiento de una serie de objetivos a distintos niveles.

Comenzando por la primera de ellas, la División de Tareas, es necesario indicar que es raro que la Negociación Colectiva en España, y en especial en el banco sindical, se dividan las tareas dentro del Proceso Negociador.

Esto es debido a que en determinados ámbitos, sobre todo en los territoriales provinciales o en aquellas empresas en las que por su dimensión o por la materia que se aborda en el proceso de Negociación, los sujetos en los que recae la potestad de negociar suelen estar dotados de mucha capacidad para abordar el problema concreto planteado, pero su capacidad de abstracción de cara a la perfección de un análisis de las distintas variables que confluyen en el proceso de Negociación es, salvo rara excepción, inversamente proporcional a la primera.

La División de Tareas se detecta conforme más «profesional» es el proceso de Negociación, y por lo tanto, conforme mayores medios tienen las partes inmersas en el mismo para acudir a la Mesa de Negociación.

Siguiendo la definición de Kennedy, Benson y Mac Millan, las tres tareas básicas de un proceso de Negociación son dirigir, sintetizar y observar; y son fruto del origen mismo de la Negociación, en el que para realizar un intercambio controlado de la información es necesario una implicación profunda de las partes en el proceso, que exige un amplio esfuerzo a la hora de debatir, discutir, parlamentar, regatear, comerciar, alabar y ensalzar o criticar al contrario, etc., que difícilmente, y esto dependerá en gran medida del grado de complejidad técnica de la Negociación Colectiva de la que se trate, puede ser realizado por una única persona.

Es común a las Negociaciones Colectivas en las que las partes acuden asesoradas por profesionales de la Negociación, el que dicha tarea se encuentre dividida de antemano, y que, conforme avanza el Proceso, se pueda intercambiar el rol del sujeto que interactúa con el objetivo de dispersar al contrario o de agilizar la consecución del Acuerdo.

Normalmente, y esto también es un arquetipo de la Negociación Colectiva, el director del proceso de negociación suele ser el más experto de los integrantes de cada una de las partes, recayendo en su «guardia pretoriana» las otras dos funciones básicas de la Negociación: la síntesis y la observación.

La segunda de las Técnicas en las que se basa el Plan Estratégico como elemento conformador del funcionamiento de las Mesas de Negociación Colectiva consiste en la determinación de una Playa de Negociación, o espacio en el que las partes deben de interactuar, teniendo en cuenta que una vez constituida la Mesa de Negociación y en su caso, una vez que las partes se han dotado de un Calendario de Negociaciones, artículo 89.2 del TRLET,

la Negociación se encuentra en permanente movimiento, y es sensible a cualquier cambio que se pueda producir dentro de las variables que, como ya hemos visto, enmarcan los procesos de Negociación Colectiva.

Para ello es requisito indispensable que las partes renuncien a parte de sus reivindicaciones iniciales, normalmente generadoras del proceso de Negociación en sí mismo o contenidas en la Plataforma de Reivindicación del nuevo Convenio Colectivo, etc., y debemos de conocer e identificar, los negociadores o los representantes de trabajadores o empresarios que estén en la mesa, dónde se encuentra el punto de ruptura a partir del cual cualquier avance o retroceso desencadena el Conflicto al que se ha renunciado en busca de la Negociación.

Y es conveniente, como veremos cuando abordemos la comunicación entre los actores de la Negociación Colectiva, el comunicar con cierta prontitud dónde se encuentra el punto de ruptura, ya que si bien a la hora de Negociar un Convenio Colectivo, los efectos del retraso «in tempore» de las Negociaciones se suele paliar con una cláusula de no pérdida de poder adquisitivo, que retrotraiga los efectos económicos del Convenio al momento en el que el anterior perdió vigencia, determinado tipo de Negociaciones Colectivas, como son las que nacen a partir de causas traumáticas que motivan decisiones «contra natura» dentro de nuestro sistema jurídico, como la extinción colectiva de contratos, o la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas, exigen una transparencia entre negociadores, so pena de mayores traumas, como los vividos en conflictos que ya han pasado a los libros de historia de nuestro Sistema de Relaciones Industriales como el de SINTEL, o el más reciente de los Astilleros IZAR.

### 3.2. La Comunicación entre Negociadores. El deber de buena fe en la Negociación

La Comunicación es el proceso mediante el cual las partes inmersas en el proceso de Negociación se envían y reciben mensajes.

Ocurre no obstante que en Negociación Colectiva se codifican permanentemente estos mensajes, de modo tal que es necesario introducir tanto fuentes para distorsionar la información en el caso del emisor, como determinados medios para eliminar dicha distorsión para el caso del receptor.

Merece la pena con carácter previo, hacer una especial mención al deber de buena fe en la Negociación dentro del funcionamiento interno de las Mesas, y especialmente en el momento de iniciar la comunicación entre las distintas partes que integran el proceso.

Durante el proceso de Negociación pesa sobre las partes el deber de negociar de buena fe, que no obliga a llegar a un Acuerdo, pero si realiza un serio y verdadero intento para conseguirlo, tal y como indica la Sentencia de la Sala de Social del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998 (Ar. 2372).

Este deber de buena fe ha sido matizado por los Agentes Sociales, CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva 2003, que se apunta aquí dado que el ANC 2004 no es más que una prórroga del primero, y se dan algunos criterios generales del procedimiento negociador enmarcados dentro del principio de «buena fe», tales como intercambiar información que facilite el desarrollo del proceso de Negociación; mantener la Negociación abierta por las partes hasta el límite de lo razonable, formular propuestas y alternativas en situaciones de bloqueo en el proceso, y acudir a los pro-

cesos de solución de conflictos, bien estatales o bien autonómicos, en casos de diferencias irreconciliables.

Pues bien, el proceso de Comunicación debe estar presidido por este «deber de buena fe», que choca con la realidad práctica en muchas de las fases del proceso.

Esta afirmación puede resultar peligrosa. Sin embargo, tal y como veíamos antes, la Negociación Colectiva se enmarca en España desde la óptica del «conflicto de intereses». Este conflicto es el que sitúa a la Negociación Colectiva en un marco «distributivo». Cuando se negocia un incremento salarial, o una reducción de jornada, es legítimo que la parte laboral aspire al máximo, y la parte empresarial al mínimo. Por eso, el Plan Estratégico antes estudiado, suele elaborarse a partir de posiciones inalcanzables.

Entonces: ¿no estaremos colocando a nuestro adversario en una posición imposible? Y por lo tanto: ¿no estaremos quebrantando así el principio de buena fe en la negociación colectiva?

Siguiendo la doctrina de nuestros Tribunales de Justicia, en la ya clásica Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998, este deber de buena fe no implica la necesidad de llegar a un Acuerdo, pero sí el «afrontar» la negociación desde un punto de vista serio y verdadero.

Según el desarrollo de este deber, la mayoría de las Negociaciones Colectivas en España atentan de forma directa contra el deber de buena fe negocial.

Evidentemente la afirmación anterior es matizable, y como en tantas otras ocasiones, el alto grado de éxito de la Negociación Colectiva en España, con casi 5.000 convenios colectivos con vigencia en la actualidad, disfraza los medios utilizados para alcanzar el fin.

La obtención de un resultado satisfactorio, como es el Acuerdo, a través de un planteamiento «integrativo» de la Negociación Colectiva, en el que el clásico «toma y daca» se suaviza hasta el punto de crear una situación que «estocolmizaría» el funcionamiento interno de las Mesas de Negociación, requiere de un grado de madurez y de implicación en el proceso productivo que no existe en nuestro país.

### 3.2.1. *La codificación de los Mensajes*

Es precisamente la situación, práctica o teórica, de conflicto, la que motiva que en Negociación Colectiva se codifiquen permanentemente los mensajes, y es la figura del Negociador la que más incidencia tiene en esta fase del proceso, dado su papel o rol de representante y portavoz de los distintos colectivos que pueden estar representados en la Mesa de Negociación y su innegable papel de transmisor de la información y de receptor de la que su adversario emite.

Dentro de las posibles fuentes de distorsión de la información, y siguiendo un análisis psicosocial, nos encontramos con la selección perceptiva, el estado de ánimo del Negociador, la credibilidad de la fuente y los problemas semánticos. Resulta sencillo el observar que la incidencia subjetiva del Negociador cobra una especial importancia en esta fase. No es lo mismo, tal y como antes mencionábamos, una Negociación conducida por profesionales que una Negociación puntual en la que el peso de las partes inmersas en el proceso recae sobre los que están o estarán a futuro influidos por el Acuerdo que se pueda lograr.

La selección perceptiva, definida en este punto como la respuesta del adversario frente a las intenciones del emisor, y la capacidad de éste de incidir en las aspiraciones de aquel

que recibe la información, se convierte en un elemento indispensable de la Negociación Colectiva.

Así, si el objeto de la Negociación es un acuerdo de ámbito funcional reducido, como un centro de trabajo, los protagonistas del proceso de acuerdo con el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores son, por parte laboral, los delegados de personal o el comité de empresa de dicho centro.

En este contexto, el elemento proximidad puede dificultar o facilitar el desarrollo de la Negociación, por lo que la posible aparición en escena del Negociador puede servir de elemento dinamizador del proceso, ya que posiblemente su «alejamiento» de la materia que se encuentre sobre la Mesa puede solventar determinados estancamientos producto de la cercanía entre empresa y representación laboral.

Por el contrario en Negociaciones de ámbito superior, generalmente de carácter sectorial, que normalmente suelen ir acompañadas de una profunda carga de «asesoramiento», tanto patronal como, ahora si sindical por aplicación del artículo 87.3 y 87.4 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión de la información suele estar mucho más codificada.

La respuesta a la pregunta de las causas que conducen a distorsionar la información en las Mesas de ámbito superior tiene su origen en el nacimiento de nuestro «extraño» sistema de representación.

Si tomamos como ejemplo un sector como el de la Industria Química, con un convenio colectivo de ámbito estatal maduro, en el que la interlocución entre Patronal y Sindicatos firmantes es fluida, e imaginamos la negociación del mismo, que afecta a empresas tan dispares como una pequeña mercantil dedicada a la fabricación de caucho, como a una gran multinacional dedicada al tratamiento industrial del plástico, las dudas sobre la capacidad de aquellos que actúan de representantes de intereses económicos y laborales surgen de forma inmediata, como de forma inmediata surge el interrogante del funcionamiento real de la Mesa de Negociación.

La estructura de «liberados» sindicales, especializados en la Negociación, acompañada de la presencia de asesorías externas en el proceso no facilita la respuesta al interrogante planteado.

Pues bien, es precisamente esa «heterogeneidad» de representados dentro de la «homogeneidad» sectorial la que obliga precisamente a la codificación de los mensajes que se emiten en la Negociación. Las Mesas de Negociación en las que están presentes los afectados por el Acuerdo y sus Negociadores profesionales.

Un Plan Estratégico montado sobre la transmisión de todas y cada una de las inquietudes del adversario conduciría el proceso en una espiral ascendente de reivindicaciones de imposible asimilación para cualquier estructura económica.

Por eso es necesario el transmitir nuestros objetivos de forma que sólo los entienda aquel que luego, mediante la decodificación selectiva, será capaz de transmitirlos de forma puntual a cada representado.

De ahí que la credibilidad de la fuente sea un elemento fundamental en todo proceso de Negociación: si no nos cree nuestro adversario, si la capacidad de influir en el contrario tiende a cero porque nuestro oponente «no nos cree», la Mesa de Negociación está destinada a fracasar.

Distintos problemas plantean aquellas Mesas de Negociación en la que las cuestiones que se abordan adolecen de un excesivo contenido técnico.

Este tipo de Negociaciones se suelen concentrar en ámbitos funcionales de relativo pequeño tamaño, o en Mesas de Negociación de convenios colectivos de ámbito exclusivamente empresarial.

La generalidad de los convenios colectivos sectoriales y su relativa lejanía respecto de la «puesta en marcha» de los contenidos del mismo en las empresas justifican la afirmación anterior.

Nos referimos, fundamentalmente a cuestiones de una complejidad técnica alta, y que suelen ir acompañadas de la necesidad del Negociador de soportar sus posiciones con informes y asesorías técnicas especializadas en la materia a tratar.

El receptor de los mensajes se encuentra en este punto perdido, lo que suele significar, en el mejor de los casos, una dilación en el proceso de negociación, producto de los problemas semánticos planteados en la comunicación.

En determinadas Mesas de Negociación «quirúrgica», como las requeridas por los artículos 41 y 51 del Estatuto de los Trabajadores para los casos de modificaciones colectivas de las condiciones de trabajo y los despidos colectivos, la necesidad de codificación y decodificación de los mensajes se eleva en proporción geométrica. De hecho la figura del Negociador es imprescindible para el éxito de este tipo de procesos, ya que la «gravedad» de las medidas a tomar produce constantes situaciones de bloqueo entre las partes inmersas en el proceso. Es precisamente en este tipo de Mesas de Negociación donde una buena codificación de los mensajes emitidos, si el receptor es el adecuado, donde se produce la optimización de los mensajes enviados, y consecuentemente existe un alto grado de probabilidad de éxito, por cualquiera de las dos partes inmersas en el proceso.

### 3.2.2. *La eliminación de la distorsión de la información*

Lo apuntábamos antes: el mejor medio de eliminación de la distorsión en la comunicación reside en escuchar activamente.

Las Mesas de Negociación Colectiva, fruto de nuestro sistema de representación y fruto así mismo de la complejidad que revisten muchas de las Negociaciones que en ellas se desarrollan se vienen convirtiendo en «teatros», en los que la acción se ha desarrollado mucho antes de su puesta en escena.

Se invierte por tanto el proceso de Negociación desde el punto de vista del desarrollo, teniendo normalmente más tensiones la fase «intraorganizativa» que la Mesa en sí misma, donde, en aquellas Mesas que tienen ya una madurez notable, la marcha del proceso ha sido ya prevista con antelación.

Ocurre no obstante, que este grado de madurez o de especialización desafortunadamente no se da en la totalidad de las Mesas de Negociación que cada ejercicio se abren en España.

Esto obliga a las partes a la necesidad de decodificar los mensajes enviados por el adversario.

Para ello es necesario dotarse de algún elemento de retroalimentación perceptiva o «*feed back*», que no es otra cosa más que el procedimiento mediante el cual se informa al emisor de que el mensaje emitido ha sido recibido.

Dichos elementos se deben de plantear en el desarrollo mismo de la Negociación en la Mesa, y la habilidad del Negociador / Receptor residirá en su capacidad de influir en el discurso del Negociador / Emisor, mientras su éste dure.



De igual manera que hemos calificado la necesidad de codificación del mensaje como elemento fundamental de aquellas Mesas de Negociación que revisten un carácter especialmente técnico, la eliminación de la distorsión reviste los mismos condicionantes si lo que se pretende es llevar a «buen puerto» el proceso.

Este sistema de retroalimentación perceptiva otorga mayor precisión al receptor, que podrá transmitir a sus representados con mayor certeza las pretensiones reales de la parte contraria, sean estas del tipo que sean, donde se puede incluir desde el punto límite de cuantía indemnizatoria que se está dispuesto a pagar en un proceso de regulación de empleo, al tope máximo de jornada que se está dispuesto a admitir en un proceso de reducción de la misma, pasando por el recorrido verdadero que se puede dar a un sistema de primas de producción, etc.

Las claves de la decodificación de la información en la Negociación Colectiva, como en todo ejercicio de relación humano, residen casi siempre en elementos subjetivos del Negociador. Sin embargo, y aún a riesgo de que el análisis parezca excesivamente «docente», a continuación establecemos algunas técnicas que aunque sólo sea por su evidencia, resultan claves en esta fase del proceso:

- Hablar menos y escuchar más: en la mayoría de las Negociaciones la experiencia del Negociador resulta un factor determinante del desarrollo del proceso. Es frecuente que en aquellas Negociaciones que se desarrollan bajo un alto nivel de intensidad de tensiones, *vid.* Soluciones de Conflictos que se han externalizado a través de una Huelga, Expedientes de Regulación de Empleo, situaciones críticas que motivan situaciones «contra natura» como reducciones de salario o incrementos salariales negativos, el ansía y la necesidad de alcanzar un acuerdo coloca a las partes en una posición de «salida» en la Negociación de una excesiva «vigorosidad». Esta «prisa» por alcanzar una salida consensuada a los problemas que se plantean en la Mesa de Negociación se traducen, con carácter general en graves defectos de imprecisión. Una imprecisión que puede tener su reflejo bien en un mal acuerdo para alguna de las partes o bien en un bloqueo total del proceso.
- Preguntar a la otra parte: resulta fundamental a la hora de obtener un correcto «*feed back*» de la posición verdadera de nuestro oponente. Además suele servir como fórmula básica para «atrapar» al contrario en su propia «red argumentativa».
- Hacer que la otra parte hable, pedir aclaraciones o solicitar una mayor calidad argumentativa, etc., son otras de las técnicas más frecuentemente utilizadas en las Mesas de Negociación Colectiva como elementos de obtención de una retroalimentación adecuada.

### 3.3. La Gestión Táctica

El paso de la planificación estratégica, antes definida desde el plano de la «macronegociación», a la Gestión Táctica, supone la transformación de un estudio teórico en un itinerario real.

Este itinerario real es la verdadera puesta en marcha de todas y cada una de las variables estudiadas hasta ahora y por tanto tiene una influencia directa en el resto de las caracterizaciones de la Mesa de Negociación Colectiva: plan estratégico, comunicación de los negociadores, aproximación final y cierre.

Siguiendo a la Profesora Munduate Jaca definiremos las tácticas como los mecanismos y modelos de conducta que las partes utilizan para influir en el otro y lograr una solución satisfactoria tras una situación de conflicto, entendiendo este desde la óptica de nuestra particular definición de Negociación, en cuyo origen hemos situado el conflicto laboral.

En las Mesas de Negociación Colectiva, por su origen distributivo, viene siendo habitual el uso de dos tipos de tácticas: las conciliadoras y las coercitivas.

### 3.3.1. *Tácticas conciliadoras y funcionamiento interno de las Mesas de Negociación*

De nuevo volvemos a encontrarnos con el «nudo gordiano» que preside este estudio: en España, y quizá en todos los países en los que se llevan a cabo Negociaciones Colectivas «democráticas», el origen de la interlocución plantea problemas irresolubles a la hora de establecer un estudio teórico sobre las mismas.

Ello no obstante, por ser las más frecuentes, las tácticas conciliadoras más habitualmente utilizadas, cuya adjetivación indica una mayor suavidad a la hora de ser planteadas por las partes integrantes de las Mesas de Negociación, son:

- Realizar alguna concesión: es habitual en las Mesas de Negociación Colectiva en las que se negocia algún tipo de convenio de los del artículo 87 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el que se deje la valoración final y por lo tanto el acuerdo, a un análisis en conjunto de lo negociado. No obstante, y en función de la cuota de poder que cada parte ostente en la negociación en curso, si lo que se pretende es acercar el acuerdo y dar una sensación de proximidad y de comprensión a la otra parte de sus posiciones, es habitual el realizar alguna concesión sobre las planteadas por el empresario o la representación de los trabajadores. Así por ejemplo, en Convenios Colectivos, en los que el grado de intensidad de las tensiones tiende a cero, por la falta de cultura de Negociación Colectiva en el seno de la empresa, o por el sobrado poder adquisitivo, tanto de compañía como de trabajadores, que reduce la negociación a una serie de ofertas y contraofertas de fácil asimilación por los que están inmersos en el proceso, puede ser conveniente ir cediendo en determinados aspectos de forma recíproca. Este tipo de táctica, también denominada «de punto por punto» o «de fragmentación de la negociación», tiene como principal inconveniente el estancamiento en alguno de los puntos y la dificultad de movimiento de las partes negociadoras una vez que ya se han adquirido determinados compromisos.
- Mencionar posibles compromisos: Más cautelosa que la anterior pero también conciliadora, la mención de determinados compromisos suele hacerse depender de concesiones del adversario. Así por ejemplo, en negociaciones colectivas en las que lo que está en juego es la necesidad de mayor productividad por parte de los trabajadores, a cambio de la cual la empresa está dispuesta a establecer un determinado sistema de incentivos, es habitual el condicionar dicho compromiso a por ejemplo, una mejor distribución de la jornada que permita a través de horarios irregulares optimizar la prestación de trabajo de los operarios. El inconveniente de este tipo de táctica es, de nuevo, el estancamiento en cualquier otro punto planteado en la negociación y lo que a continuación definiremos como el dilema de la honestidad.

- Revelar los objetivos propios: Es la más agresiva de todas las tácticas conciliadoras y por lo tanto la que más riesgos acarrea. Tal y como veíamos con anterioridad la negociación colectiva, en virtud de lo establecido en el Artículo 89 párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores, debe de estar presidida por el principio de buena fe en la negociación. Un análisis «frívolo» de las Mesas de Negociación Colectiva que cada año se abren en España arroja una conclusión desalentadora: no se sabe negociar sin mentir. Evidentemente, la Negociación Colectiva es mucho más que un simple «toma y daca», no obstante lo cual las plataformas de negociación de las representaciones legales de los trabajadores y las propuestas de negociación de las empresas o de las patronales, están llenas de lo que los negociadores denominan «paja», y sus verdaderos objetivos, se sitúan muy por encima de lo que verdaderamente esperan obtener. Este factor, convierte el dilema de la honestidad en un escollo muy frecuente en todos los procesos. ¿Cómo demostrar a mi adversario que soy honesto? Si tuviésemos la respuesta a este interrogante daríamos con la clave para resolver cualquier tipo de contingencia que se produjese entre empresarios y trabajadores, y por lo tanto, convertiríamos la Negociación Colectiva en un proceso dinámico y productivo. El revelar nuestros propios objetivos de la negociación, sin duda, nos coloca en una posición de total honestidad, lo que automáticamente nos conduce a una posición de debilidad en la negociación. Claro, la utilización de este tipo de tácticas, sólo se puede poner en marcha cuando se cuenta con la total confianza del interlocutor, hecho éste que lamentablemente no es frecuente en España.

### 3.2.2. *Las tácticas coercitivas y el funcionamiento interno de las Mesas de Negociación*

Por el origen de la Negociación Colectiva en España, las tácticas más utilizadas en las Mesas de Negociación, son aquellas que implican una reducción de los beneficios que se entregan a la otra parte en el proceso.

Tal y como venimos anunciando a lo largo del estudio la primera táctica coercitiva que se emplea en las Mesas de Negociación Colectiva es la elaboración de las plataformas y propuestas que se ponen sobre la Mesa. Un purista de la negociación se «levantaría» automáticamente del 90% de las Mesas que se abren en España si asistiese al espectáculo de imaginación literaria de los contenidos de las plataformas y propuestas de las partes. Los casi 25 años de Texto Estatutario, han puesto de manifiesto que dicha distancia entre posiciones iniciales y objetivos finales es una constante inamovible de la «liturgia» de la Negociación Colectiva en nuestro país.

El factor distributivo de las Negociaciones Colectivas en España otorga a la puesta en marcha de las tácticas coercitivas un mayor descenso en el grado de interdependencia existente entre las partes del proceso. Frente a las tácticas conciliadoras, que como hemos visto implican un mayor acercamiento entre los negociadores, las tácticas coercitivas, como las amenazas, las huelgas y la exteriorización de otros conflictos, por su esencia alejan a las partes y por lo tanto, actúan de arma de doble filo que tan pronto puede acercar la negociación a el acuerdo, como puede romper la Mesa de Negociación.

La primera de las tácticas coercitivas es la amenaza, o el intento conocido de causar un perjuicio a la otra parte si no se actúa de un modo determinado.

Las ventajas de este tipo de tácticas son que permiten poner sobre la Mesa el potencial coercitivo, como muestra del poder que ostenta la parte que desarrolla la misma, para conseguir una concesión de la otra parte evitando los costes que acarrearía el llevar a cabo el daño enunciado.

El inconveniente principal reside en la falta de eco que pueda tener la amenaza, ya que si no se consigue el objetivo previsto, la parte que haya puesto en marcha la táctica se verá obligada a ponerla en marcha, ya que en caso contrario vería reducida su credibilidad.

Mención distinta merece la huelga como táctica coercitiva. Sin entrar ahora a hacer un análisis jurídico de lo que la huelga es en nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral, es conveniente el estudiar la amenaza de huelga como táctica para la obtención de una mejor posición negociadora. La huelga es un derecho recogido en el Artículo 28.2 de la Constitución Española, y por lo tanto, un ejercicio legítimo de la misma está amparado por nuestro Derecho. Ello no obstante, determinadas Mesas de Negociación Colectiva que se constituyen en Sectores en los que la autonomía natural de las partes, empresas y representantes de los trabajadores, se encuentra sometida a contextos a priori ajenos a la Negociación, arrojan la exteriorización del conflicto como un elemento «bastardo» de la Negociación Colectiva. Pese a lo peyorativo del término, conviene aclarar que nos estamos refiriendo a un elemento ajeno a las relaciones laborales entendidas en sentido puro: la participación de un tercero. Determinados Sectores en los que la Autoridad Administrativa actúa como concedente necesario de la actividad empresarial, como el transporte de viajeros, puertos, minería, autopistas, recogida de basuras, etc., las partes del proceso tienen un elemento más que incluir en la Negociación. Lamentablemente, por el eco social que suelen tener estos Sectores, el «secuestro del ciudadano» se convierte en motivación de la puesta en marcha de tácticas coercitivas. Además suelen ponerse en práctica en determinadas negociaciones cuyo ejemplo más reciente hemos tenido en los Astilleros IZAR, que colocan la negociación fuera del escenario de la Mesa de Negociación, obligando a las partes inmersas en el proceso, Sindicatos y Empresa, a maniobras rápidas cuyo fruto, el Acuerdo, dependerá en gran medida de acontecimientos futuros imposibles de prever en la Mesa de Negociación por la urgencia existente en alcanzar el mismo.

En cualquier caso, las tácticas coercitivas como herramientas de manipulación de la percepción sobre la relación de poder existente entre las partes, tienen la ventaja de que dar a entender a la otra parte que se controlan más recursos que los del oponente, al tiempo que se incrementa la percepción del grado de dependencia del adversario y se incrementa la necesidad de éste de reducir sus pretensiones, so pena de sufrir un daño mayor.

#### 4. EL CIERRE

Las Mesas de Negociación, una vez que se firma el acuerdo sufren un proceso de fagocitación de intereses en el plano intraorganizativo de cada una de las partes inmersas en el proceso.

Dunlop definía el anterior proceso como el Dilema del Negociador:

«¿He podido sacar algo más?»

La respuesta a este interrogante se encuentra en la naturaleza misma del ser humano. La Negociación Colectiva como instrumento de las relaciones laborales para dar forma a un determinado «campo de juego» entre empresas y trabajadores, cuando se alcanza su

objetivo final, el Convenio Colectivo, los representados no suelen estar satisfechos. El proceso de negociación a lo largo del cual se han abandonado las posiciones iniciales en beneficio de un acuerdo positivo para ambas partes, tiene el inconveniente de la transmisión del contenido del acuerdo a aquellos, sean empresas o trabajadores que no han estado presentes a lo largo del desarrollo del mismo.

En cualquier caso y volviendo al origen la imposibilidad de cerrar una negociación gira siempre entorno a una defectuosa elaboración y preparación del plan estratégico.

Analizaremos tres tipos de cierres, comunes a las Mesas de Negociación Colectiva que se abren en España: El acuerdo verbal, los cierres parciales, y el cierre final y acuerdo.

#### 4.1. Acuerdos Verbales

El Artículo 1261 del Código Civil define a sensu contrario los requisitos esenciales para la validez de los contratos: que exista consentimiento de los contratantes, que el objeto que sea materia del contrato sea cierto, y que exista una causa de la obligación que se establezca en el contrato.

Pese a determinadas teorías doctrinales que apuntan a una contraactualización total de la Negociación Colectiva, que ahora no vamos a analizar, el hecho indiscutible es que a día de hoy el producto de las Mesas de Negociación tiene carácter normativo, y de extensión si las partes que lo suscriben están legitimadas para ello, a todos los trabajadores del ámbito funcional que se defina en el acuerdo.

Ello no obstante, existe en el origen de la Negociación Colectiva un indudable carácter contractual, aunque sólo sea porque en el Convenio Colectivo se derivan derechos y obligaciones para trabajadores y organizaciones económicas.

La pregunta pues está servida: «¿Es válido un acuerdo verbal en Negociación Colectiva?».

Cuando analizábamos las tácticas conciliadoras veíamos como la concesión de determinadas cuestiones a lo largo de la Negociación, o lo que denominábamos el negociar «punto por punto», puede resultar útil en Negociaciones Colectivas con carácter integrativo, en las que la teoría del proceso se inscribe en un simple «ganar / ganar». Sin embargo los acuerdos verbales revisten una complejidad mayor.

Nuestro Ordenamiento Jurídico contempla la validez del Convenio Colectivo a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial correspondiente. Es decir, que el efecto normativo del convenio hace que su contenido no se pueda, entendiendo el poder como la convivencia de derechos y obligaciones recíprocos, poner en práctica hasta después de su firma, lo que naturalmente hace desaparecer la duda sobre la posible viabilidad de estos acuerdos verbales, rechazando la misma.

Ocurre no obstante que no todas las Mesas de Negociación Colectiva se abren para suscribir un Convenio Colectivo de los regulados en el Estatuto, por lo que a priori, y siguiendo la teoría civilista, los acuerdos verbales son igualmente válidos en este tipo de negociaciones.

Las Mesas de Negociación que se abren en procesos de modificaciones sustanciales de trabajo, determinados Acuerdos Colectivos que no es necesario inscribir y registrar para su publicación, etc., admiten, a priori, los acuerdos verbales como fórmulas finales de los procesos de Negociación que en ellas se desarrollan.

Sin embargo esta fórmula apenas se utiliza en nuestro sistema de relaciones laborales. La razón es la evidente falta de seguridad jurídica que tienen los cierres verbales, idéntica pero con mucho mayor grado de compromiso que la negociación que se aborda «punto por punto». Desde la óptica de psicología del Negociador, la posibilidad de alcanzar un cierre verbal en una Mesa de Negociación girará en torno a factores como la importancia del acuerdo, la confianza de las partes y la integridad demostrada del Negociador, planteando muchos problemas la falta de un cierre escrito ya que la Negociación está permanentemente sometida a los cambios en los contextos que pueden motivar la necesidad de volver a negociar aquello que las partes creían cerrado.

#### 4.2. Los Cierres Parciales

Si la Mesa de Negociación es excesivamente compleja, puede resultar oportuno realizar cierres parciales sobre determinados puntos y posponer la Negociación a un momento posterior.

Esta formulación del cierre, similar, por no decir idéntica a la negociación punto por punto para tener éxito debe de estar necesariamente sometida al conjunto del acuerdo, en el momento en el que este se produzca. Suele resultar adecuado en negociaciones en las cuales el cumplimiento de la totalidad de lo acordado se somete a una obligación futura.

El artículo 1.114 del Código Civil contempla la posibilidad de someter la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos a un acontecimiento futuro, que en virtud del 1.115 del mismo texto debe de depender bien de la voluntad de ambas partes, bien de un tercero. Si la condición a la que se somete el conjunto del Acuerdo depende de un hecho futuro en el que ambas partes ponen en juego sus intereses, como puede ocurrir en aquellos compromisos en los que se pospone la Negociación de un sistema de primas a un determinado nivel de productividad, y con ello se da por cerrada una Mesa de Negociación sobre incremento salarial, puede resultar interesante, ya que en contra de dilatar el proceso durante varios meses se puede dar a los representados un objeto cierto que puedan asumir, condicionando un mayor incremento a futuro a una realidad, como es la mayor productividad, en la que ambas partes integrantes de la negociación tienen capacidad de influencia.

Ello no obstante los cierres parciales vuelven a plantear las mismas dudas de seguridad jurídica que hemos manifestado respecto de los cierres verbales.

#### 4.3. Cierre final y Acuerdo

Las Mesas de Negociación Colectiva en España vienen manteniendo el ritual de la negociación hasta el final.

Pese a las dudas respecto al carácter de «Negociación Colectiva pura» que levantan determinado tipo de Acuerdos Colectivos, como los pactos de empresa subsidiarios —Sala Franco— o sustitutivos de convenios colectivos, los pactos que ponen fin a una huelga, pactos que modifican convenios colectivos estatutarios, los acuerdos de descuelgue salariales, los pactos de reestructuración productiva, de modificación sustancial de condicio-



nes de trabajo y los llamados pactos de fusión o absorción de empresa; la generalidad ritual, casi «religioso» del final de las mismas es un Acta Final en la que se recogen por escrito los Acuerdos a los que se ha llegado, con independencia de su publicación o no en el Boletín Oficial de turno.

Distinguiremos dos tipos de comportamientos habituales por su generalidad en las Mesas de Negociación: los cierres con concesión y los cierres con resumen.

#### 4.3.1. *Los cierres con concesión*

Suele ser el más frecuente el la Negociación Colectiva patria y lamentablemente el más inadecuado de los dos que arriba apuntábamos.

Y es inadecuado porque significa una concesión que se mantiene hasta momentos antes de la suscripción del Acuerdo por las partes que integran la Mesa de Negociación. Frases de tipo «(...) esa reivindicación la dejamos para el último momento», llevan implícita una doble carga:

- Por un lado una cierta falta de representatividad del Negociador, que presa del «vértigo» que le produce el inminente Acuerdo, y también por qué no, víctima del ya mencionado Dilema del Negociador, ha agotado ya todos sus recursos y deja el final de la Negociación en manos del representado, que probablemente ante el dilema que supone el perder el fruto de la Negociación por no admitir una reclamación de segundo orden de la parte contraria termine cediendo, y:
- Por otro lado, una falta de síntesis por parte del Negociador, incapaz de realizar una venta adecuada al adversario de los éxitos recíprocos obtenidos a lo largo del proceso.

Como detalle apuntaremos que, casi con total certeza, el 90% de los Convenios Colectivos de Empresa que se firman en este país adolecen de este tipo de cierres, mientras que en Negociaciones en las que se ponen en juego intereses más generales, como los distintos Acuerdos que desde el Básico Interconfederal de 1979 vienen formando parte de los que se conoce como «Concertación Social», recientemente «renovada» por la Declaración firmada por los Agentes Sociales y el Ejecutivo socialista, dado el contenido de las mismas, el cierre con el que se suelen acabar es aquel que hemos denominado cierre con resumen.

#### 4.3.2. *Cierre con resumen*

Es el más adecuado, ya que demuestra y pone de manifiesto los esfuerzos realizados por las partes durante el proceso y la importancia de llegar a un acuerdo. Lamentablemente, y tal y como anunciábamos antes, es el menos utilizado en Negociación Colectiva.

## 5. CONCLUSIÓN

Tal y como hemos podido constatar a lo largo del presente estudio, las Mesas de Negociación Colectiva en España funcionan de muy diversas formas, no obstante lo cual des-



de aquí se pretende generar en aquellos a los que este artículo va destinado, una introducción a lo que podríamos llamar la «ciencia de la Negociación Colectiva» en España, dando un método que por supuesto puede estar sujeto a críticas, que sin duda enriquecerán no sólo el funcionamiento de las Mesas, sino también, por qué no, el contenido mismo de la Negociación Colectiva.





## EL IMPACTO DE LOS «ACUERDOS INTERCONFEDERALES» SOBRE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: UNA VÍA DE MEJORA EXASPERADAMENTE CAUTA Y LENTA

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Jaén

### EXTRACTO

Asistimos a una nueva etapa en el Diálogo Social sobre las reformas pendientes de la negociación colectiva. Para abordar con mayores garantías de éxito, respecto a la que resultó en el año 2001, esta importante e inaplazable cuestión es imprescindible hacer un adecuado balance sobre el significado y efectos de los Acuerdos Interconfederales en la negociación colectiva de estos años. Por lo general, los Informes que, de parte, se suelen manejar, evidencian una actitud tan positiva que induce a sospecha, si quiera sea porque las deficiencias que arrastra nuestro sistema goza de amplio reconocimiento por lo que la ausencia de autocrítica parece constatar con los datos. Ciertamente que estos datos son también interpretables, pero es difícil negar que la actual mejora de los contenidos de la negociación, principal sino único activo de los Acuerdos, realmente ni son tan sustanciales ni hubieran sido demasiado diferentes sin ellos, como acredita la comparación de los datos de 200 y 2001 con los de 2002 y 2003. La realidad de los datos de nuestro sistema de negociación colectiva parece, pues, que ofrece más razones para la crítica que para la complacencia. Este trabajo, una vez que hace somero repaso de las principales líneas de orientación definidas por los Acuerdos Interconfederales, sobre cuya naturaleza jurídica y significado político-convencional aún hoy se mantienen muchas dudas, ha procedido a contrastar tales criterios con los contenidos realmente asumidos por la negociación colectiva. Sin duda ésta es la única forma de poder emitir una valoración basada en datos y no en puras especulaciones o apriorísticas —e ideológicas— posiciones interpretativas.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS: EJES FUNDAMENTALES DE LA CARACTERIZACIÓN TÉCNICA Y «POLÍTICA» DE LOS ANC-2002 Y 2003
3. LA DIMENSIÓN FUNCIONAL: EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL PROCESO DE RENOVACIÓN DE LOS CONTENIDOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS
  3. 1. La materia salarial: garantizado el objetivo de la moderación salarial no se consigue extender los sistemas de retribución variable
  3. 2. La flexibilidad empresarial en la regulación de las condiciones de trabajo: especial referencia al tiempo de trabajo y a la clasificación profesional
  3. 3. Los nuevos contenidos de la negociación: las cláusulas de empleo y formación profesional
  3. 4. La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la regulación convencional: derechos «on line» y teletrabajo
  3. 5. La negociación colectiva y «calidad de clima laboral: prevención de riesgos e igualdad de trato por razón de género, dos asignaturas demasiado pendientes
4. REFLEXIÓN FINAL

## 1. INTRODUCCIÓN

Poco antes de cumplir los «100 días» del nuevo Gobierno de la Nación, tanto él como los interlocutores sociales han sentido la necesidad de volver «a transmitir a la sociedad en su conjunto un inequívoco mensaje de confianza institucional», según reza en el Preámbulo de la Declaración-Manifiesto para el Diálogo Social 2004, titulado «Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social». Se inicia de esta manera una nueva fase del proceso permanente de reformas del mercado de trabajo español, y una vez más el «valor de referencia» fundamental, hasta encabezar el documento que le da «luz verde», es la «Competitividad» y, en consecuencia, la mejora de la «productividad» de nuestras empresas y nuestra economía.

Pues bien, también de nuevo, entre las líneas principales a seguir para alcanzar este objetivo, persistente en las dos últimas décadas y fuente de inspiración de la innumerable saga de reformas laborales acometidas en estos años, en particular en 1994, se sitúa la actuación sobre la Negociación Colectiva. Como los propios firmantes de la Declaración expresan, la «racionalización de la estructura de la negociación colectiva», en la línea marcada por el AINC-97 —que se menciona expresamente—, o «el enriquecimiento de los contenidos negociales», en la dirección de los Acuerdos Interconfederales 2002 y 2003 —que no se mencionan expresamente, lo que quizás pueda interpretarse como un silencio elocuente—, representan «otro relevante capítulo de esta nueva etapa del diálogo social».

El horizonte de esta «nueva etapa» es, sin embargo, exactamente el mismo que el que inspiró tanto la reforma, en este caso unilateral, de 1994, con la Ley 11/1994, otrora criticada hasta el extremo por los sindicatos pero hoy plenamente aceptada a través de la convalidación que han supuesto los referidos Acuerdos Interconfederales de 2002 y 2003, cuanto el proyecto de reforma, igualmente unilateral, de 2001, abandonado por la satisfacción del Gobierno anterior con la respuesta dada por los interlocutores sociales a través de estos Acuerdos Interconfederales, prorrogados para el año 2004. Entonces como hoy el mensaje de fondo dado, al margen de las formas con que se envolviese, era el mismo: «las partes sociales han de buscar las fórmulas más convenientes para propiciar la capacidad de adaptación de la negociación colectiva a las necesidades de empresas y sectores productivos».

así como para mejorar la productividad» (punto 11, párrafo segundo, Declaración firmada el 8 de julio de 2004).

Sabido es que en el año 2001 el anterior Gobierno de la Nación decidió afrontar, bien de forma negociada con los interlocutores sociales, bien de forma unilateral si aquella fracasaba, una reforma de la Negociación Colectiva, de modo que dos décadas después de la aprobación del Estatuto se afrontará de forma decisiva la modificación del Título III, que regula u ordena el modelo principal de negociación que conoce nuestro país: el estatutario. Igualmente sabido es, aunque no siempre se reconozca del mismo modo por todos, que el modelo de reforma e innovación auspiciado por los Acuerdos Interconfederales de 2002 y 2003 estaba fuertemente condicionado por una doble coyuntura, económica —incertidumbre— y política —presión gubernamental por un cambio de modelo en profundidad, y tenía «plazo de caducidad». Como aceptado está, aunque tampoco se quiera expresar de forma clara por nadie, ni interlocutores ni analistas, que el modelo de negociación colectiva estatutario hace tiempo que precisa de reformas relevantes, tanto en el plano legislativo como en el plano convencional, aunque ello en modo alguno suponga desacreditar, antes bien todo lo contrario, las bondades o virtudes del mismo, si valorado en su conjunto.

En este contexto, si bien los interlocutores sociales valoran positivamente uno —el marco normativo estatutario— y otros —los Acuerdos Interconfederales—, también han evidenciado ya la necesidad de introducir algunas correcciones significativas, al objeto de alcanzar el grado de innovación, racionalidad y modernización del sistema de negociación colectiva que precisa tanto nuestra sociedad como nuestra economía, que desde luego no son ya las de 1980, ni siquiera, pese a su mayor proximidad, las de 1994. Veladamente, y desde luego siempre en el marco de un protagonismo radical de los interlocutores, el que se pretendió hurtar con el Proyecto de Reforma del año 2001, contestado con razón sindical y empresarialmente, esta necesidad de reforma legislativa aparece en la actual fase, en cuanto que la llamada al primado de la autonomía de las partes para introducir los cambios no descarta que puedan y deban «contar con apoyos públicos», tanto en el terreno de la racionalización estructural como en el del enriquecimiento de los contenidos de la negociación colectiva.

A la vista de estas observaciones, parece que ha llegado ya el momento no ya sólo de reflexionar en profundidad sino actuar sobre la resistencia y vigencia del modelo, que casi todos dan por parcialmente superado pero que nadie quiere, o todos dudan, modificar formalmente, mucho menos «levantar su acta de defunción»<sup>1</sup>. Desde luego, esta sede no es la apropiada ni para realizar un análisis de tal calado, si bien se afronta parcialmente en cada uno de los trabajos que integran este monográfico, ni para ensayar el oficio de «profeta»,

<sup>1</sup> Para el sector empresarial habría que «amoldar su reforma desde la consideración de que el balance del tiempo transcurrido no solo no era negativo, sino que resultaba abrumadoramente positivo». Cfr. MÁRQUEZ, F. «El ANC 2003 desde sus firmantes». Mesa Redonda. En Aa. Vv. *Nuevos Problemas de la Negociación Colectiva*. MTAS. 2004. pág. 152. No obstante, también desde la organización empresarial se plantea hoy la cuestión del balance, sin llegar a una respuesta clara, en la medida en que la mejora en términos de renovación de los contenidos, además de extremadamente lenta, no habría conseguido satisfacer significativamente «los deseos de las Confederaciones signatarias de dicho Acuerdo, de romper con la excesiva «salarización» de muchos Convenios Colectivos, apuntada por la doctrina, y justamente criticada por todos aquellos que durante los últimos años han asediado nuestra Negociación».

aventurando por dónde puede ir en esta ocasión el modelo elegido por los interlocutores, y consentido por el Gobierno, en torno a la renovación estructural y funcional de la negociación colectiva. En este trabajo se nos ha marcado un objetivo más limitado, pero necesario y previo.

En efecto, antes de saber qué va a pasar a partir de ahora con la negociación colectiva hay que reflexionar sobre qué ha pasado en el pasado inmediatísimo y que pasa en el presente, desde el 2001 hasta hoy, esto es, cuál ha sido la suerte corregida en los convenios colectivos por aquella «reinención» de los Acuerdos Interconfederales, que unos han considerado como producto extremadamente sofisticado y muy innovador, tanto en el plano de la técnica jurídica como sobre todo de la política convencional, y que otros hemos relativizado notablemente, en ambos ámbitos, sin perjuicio de reconocerles algunos puntos de novedad e interés. En otros términos, ¿cuál es el balance a realizar en torno a la capacidad real, al impacto, de estos Acuerdos Interconfederales para promover la ansiada renovación del sistema de negociación colectiva, en particular en relación tanto al procedimiento de negociación colectiva, que se había revelado conflictivo en ciertos ámbitos, cuanto, y sobre todo, a los contenidos de los convenios, una vez que temas «calientes» como la estructura parecieron quedar aparcados ante las dificultades de realizar los objetivos marcados por el AINC de 1997 ?

Es conocido que los interlocutores sociales han realizado ya un balance moderadamente positivo de los Acuerdos, siendo más complacientes con el primero que con el segundo. También fue positiva la valoración del anterior Gobierno, aunque no se mostrara completamente satisfecho. La prórroga para el año 2004 y no renegociación evidencia sin embargo esta progresiva pérdida de confianza en el referido modelo.

Yo adelanto ya mi opinión crítica, evidenciando el claro agotamiento de esta técnica, en sí misma, por más que pueda constituir un «producto jurídico» que contiene algunas dosis de originalidad que no cabe en modo alguno infravalorar, en particular en un contexto de mutada racionalidad jurídica, y también por sus dificultades para conseguir los objetivos marcados, en especial una renovación determinante, no sólo relevante, de nuestra negociación colectiva. La crítica debe hacerse tanto por lo que no dicen, dejando al margen cuestiones importantes que ahora parecen querer retomar —la recurrente necesidad de racionalizar la estructura convencional—, como por lo que dicen y no hacen, o no hacen suficientemente, como es renovar tanto la dinámica de elaboración y gestión de los convenios como, especialmente, el enriquecimiento real, esto es, cualitativo, no sólo en términos cuantitativos o de referencias estadísticas, de sus contenidos. Ahora bien, en todo caso, esta crítica, que no desconoce su capacidad de mejora, pero que deriva de la exasperante lentitud, prudencia y diversidad con que tal mejora se produce, sólo podrá estar fundada en un análisis detenido de la influencia real que las recomendaciones u orientaciones dadas en tales Acuerdos han tenido en los convenios de estos 3 últimos años.

## **2. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS: EJES FUNDAMENTALES DE LA CARACTERIZACIÓN TÉCNICA Y «POLÍTICA» DE LOS ANC-2002 y 2003**

Previamente a realizar esta comprobación sobre el impacto o influencia real de los Acuerdos Interconfederales en los convenios colectivos, entiendo pertinente recordar algunas de las claves que han servido para intentar comprender el sentido y alcance de los

mismos como «producto jurídico» diferenciado, incluso atípico, de negociación colectiva y sobre el que se han vertido opiniones y realizado caracterizaciones bien diferentes, a veces incluso radicalmente opuestas<sup>2</sup>. A este respecto, considero que aún hoy existe una gran incertidumbre sobre su auténtico significado y alcance, tanto en el plano técnico-jurídico cuanto en el plano de la política jurídica convencional. En el primero, en el de la caracterización técnica, porque por muchos esfuerzos, más o menos voluntaristas, más o menos realistas o antiformalistas, que se hagan, se resisten hasta el extremo para ser encajado en la tipología de técnicas convencionales previstas en el Estatuto de los Trabajadores. En el segundo, en la medida en que no existe tampoco un consenso mínimo en orden a definir su auténtica significación. Si para unos inauguraría una etapa bien diferente de gobierno verdaderamente autónomo de las relaciones laborales en nuestro país, para otros no deja de ser una actualización, desde luego adaptada a nuestro tiempo, de los Acuerdos de este tipo de la década de los años 80, uno de cuyos contenidos esenciales, cuando no principal, era el de servir como instrumento a la política de moderación salarial —pactos de rentas— y de cooperación con las políticas de flexibilización de las relaciones laborales, esto es, en definitiva, de colaboración con los instrumentos orientados a poner el énfasis en la competitividad económica<sup>3</sup>.

La extraordinaria ambigüedad de estos Acuerdos Interconfederales —que sin duda lo son por los sujetos, incluso por su contenido, aunque se dude por su estructura técnica—, sin duda permiten las más diversas «construcciones», desde las más fantásticas y creativas, de corte marcadamente optimista, casi eufórico, hasta las más formales y tradicionalistas, de corte incluso pesimista, pasado por supuesto por diversos estadios intermedios. Aunque, a mi juicio, ni la revalorización que se hace de mecanismos convencionales de fijación de pautas de convergencia de los contenidos negociales que, típicos de la década de los años 80, buscan una incidencia general para toda la población asalariada, si quiera sea a través de documentos de referencia común o «Recomendaciones» de carácter bilateral o consensuado; ni la clara voluntad expresada de consolidar un proceso con rasgos de estabilidad y continuidad en el tiempo, si quiera sea con la debilitada forma de «señales de confianza» a la sociedad —más bien a los mercados—, que ahora parece repetirse con la firma de la Declaración-Manifiesto para el Diálogo Social 2004; ni su estrecha vinculación a momentos de especial incertidumbre económica, que siguen en nuestros días, son datos suficientemente relevantes como para dotarlos de una originalidad extrema respecto de sus «precedentes históricos», si atendemos tanto a su técnica como a parte de sus contenidos,

<sup>2</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.-VALDÉS, F.-CASAS, M. E. «El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002». *RL*, 2002-I; MOLINA NAVARRETE, C. «Una experiencia particular de sofá Reflexive Law en el Derecho Sindical Español: entre “lo obligacional” y “lo extravagante”». *RL*, 2002-II.

<sup>3</sup> Aunque todos reconocen que enlazan con los productos de larga tradición —transición política y social—, que buscaban pactar las innovaciones principales a introducir en los contenidos de los convenios colectivos en todo el territorio nacional —«convenios para convenir»— se ha entendido que se inscriben dentro de «una nueva hornada» o «nueva generación» de Acuerdos. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J. «La nueva hornada de acuerdos interconfederales para la negociación colectiva: 2002, 2003 y 2004». En Aa. Vv. *Nuevos Problemas de la Negociación Colectiva*. MTAS. 2004. Busca una mayor separación de estos, para él falsos o limitados, «precedentes» históricos, VALDÉS DAL-RÈ, F. «El Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2002, desde la perspectiva jurídica». En Aa. Vv. *Nuevas Relaciones Laborales y Negociación Colectiva*. MTAS. 2003.

sí que es posible, y necesario, atribuirles aspectos de novedad. Ahora bien, la cuestión sigue siendo si estas particularidades eran lo suficientemente relevantes como para haber incidido de forma decisiva, o al menos significativa, en la orientación de los contenidos negociales.

Ya hemos dicho que la valoración positiva es tanto de los interlocutores sociales como del Gobierno anterior. Éste no dudó en considerarlos como expresión de «un ejercicio consciente y medido de responsabilidad social», por transmitir un mensaje muy positivo a los mercados y por coincidir y buscar soluciones conjuntas a la coyuntura económica internacional, transmitiendo una señal de confianza en una coyuntura de desaceleración económica y de incertidumbres en la economía internacional, que naturalmente no sólo no han desaparecido sino que han crecido, aunque las expectativas de crecimiento ahora sean mayores. Se destacan por doquier sus valores positivos en orden a la salvaguarda de la «paz social», valor económico donde los haya, al fomento de la «convergencia de criterios» o «cultura de valores compartidos» —típica técnica comunitaria del «*Avis Comun*»—, la capacidad de promover modelos de (auto)regulación radicalmente autónomos, de modo que la centralización de poderes no conlleve lesión de la autonomía, tanto organizativa como normativa, de los poderes sindicales y empresariales en ámbitos inferiores, frente al «dirigismo» de las décadas precedentes, hasta 1997 (INC/1997). Incluso se estima en extremo el recurso a la técnica «*soft reflexive law*» —derecho reflexivo o procedimental «no vinculante», «débil» o «suave»—, de modo que se busca más la consecución de objetivos, mediante la creación de procedimientos y espacios de gobierno consensuado, que la fijación de reglas concretas, convencidos todos de que «*pueden lograr un mayor impacto práctico que a través de pretensiones más ambiciosas desde la perspectiva jurídico formal*»<sup>4</sup>.

Ahora bien, sus criterios u orientaciones han influido de manera incisiva la práctica negocial, de modo que se revelan más vinculantes que una regla formalmente coercitiva por su alto grado de compromiso. Es decir, se ha confirmado su eficacia como *Soft Reflexive Law*.

Un análisis detenido de esta importante cuestión de comprobación del significado y alcance práctico entiendo que debe abarcar, al menos, los 5 ámbitos siguientes:

- a) Naturaleza Jurídica: ¿ha servido realmente para iniciar una nueva época en las técnicas de regulación convencional?<sup>5</sup>.

Ya hemos evidenciado las dudas hoy existentes sobre su caracterización jurídica. Su dimensión obligacional permite rechazar con claridad su entendimiento como normativo, pero este rasgo no permite garantizar su carácter estatutario o no, en la medida en que la simple publicación en el BOE y el carácter más representativo de sus firmantes no puede ser elemento determinante, hoy por hoy, de tal entendimiento. También se rechaza, con razón, su dimensión puramente política y pedagógica —«pastoral» o «macro-circular»—. Se rechaza que sea un pacto de concertación social, y menos un pacto social cooperativo o neocorporativo, pues nace de un diálogo social libre y autónomo, gestado única y exclusivamente por las organizaciones sindicales y empresariales. Pero no se puede ignorar, en-

<sup>4</sup> Cfr., CRUZ VILLALÓN, J., *op. loc. cit.*

<sup>5</sup> Las propias partes ya han renunciado a denominarlos «Interprofesional», dejándolo en la más vaga de «Acuerdo General», de modo que no se incluye en el art. 83. En este sentido, MÁRQUEZ, F. «El ANC 2003 desde sus firmantes». Mesa Redonda. Aa. Vv. *Nuevos Problemas de Negociación Colectiva*. MTAS. 2004, pág. 152

tiendo, que su razón de ser principal reside en convertirse en un instrumento que «concierte» voluntades empresariales y sindicales en orden a conseguir los objetivos, que ahora se hacen comunes, de mejorar la productividad, la flexibilidad, la competitividad de las empresas, a cambio de un objetivo que es más de política social que jurídico, el empleo. Para unos es un acuerdo de cierre de una etapa histórica —el periodo de transición del modelo diseñado por la Ley 11/1994, de sus reglas de juego y de los escenarios en los que aquellas pueden aplicarse—, mientras que para otros enlaza con aquellos en algunos de sus elementos, sin perjuicio de la renovación, siendo expresión del Diálogo Social.

Las partes han rechazado o rehusado calificar el Acuerdo por ellas suscrito. Aunque es obvio que la tarea del jurista debe ser encontrar la adecuada «calificación», la extrema libertad que las partes tienen de configuración de sus productos convencionales, se reconducen o no al Estatuto —aunque la atipicidad ya evidencia, por sí misma, la deficiencia del modelo estatutario que, sin embargo, se resisten a cambiar—, y la relatividad de esta cuestión a los efectos que aquí nos hemos marcado, así como la propia heterogeneidad de las redacciones dadas al clausulado, son elementos que nos llevan en estos momentos a centrarnos aquí sólo en dos cuestiones. A saber: se caractericen como se caractericen, lo cierto es que revelan una línea que promueve los «productos contractuales» más que los normativos, persiguiendo tanto reglas vinculantes, aunque sea obligacionalmente, y otras como puras recomendaciones o programas, favoreciendo reducir lo normativo, y la carga de imperatividad que conlleva, y ampliar lo obligacional, por tanto, las orientaciones y consejos (modelos autónomos de dirección de las conductas)

b) significación en el marco de la política negocial.

El deliberado rechazo a un Acuerdo Interprofesional del art. 82, sea punto 2 sea punto 3, o ambos, no sólo obligaba, como ellos mismos eran conscientes, a un mayor esfuerzo de difusión, explicación y defensa —«proselitismo»—, sino a un esfuerzo de persuasión. Ambas partes han conscientes que del «invento» se hacía depender el éxito global de la empresa, a través de la «*reafirmación de una política moderada en materia de incrementos salariales, y de un enriquecimiento del contenido de los Convenios*», objetivos esenciales de los Acuerdos. El primero es una realidad el segundo aún no.

En última instancia, como se desprende con total nitidez de una lectura ni apasionada ni ácida de los mismos, no tienen más razón de ser que la de «generar un marco de confianza, único horizonte posible en el que podamos radicar los más sólidos optimismos» —una dimensión más de ética socio-económica y de búsqueda de espacios de cooperación entre los «contendientes», ahora interlocutores—. Por tanto un instrumento de concertación que, a diferencia de la década de los años 80, en el que se reclamaba actuación legislativa, cambios normativos, se incluían contenidos reguladores, no persigue más que influir en las actitudes, en el cambio de mentalidades, y muy poco a poco, en el paso de compromisos a prácticas.

A este respecto, hay que tener en cuenta 3 factores que están en su origen y definen su opción de política jurídico-convencional:

- reforzar su autonomía, amenazada, y el papel de la negociación, amenazada por la individualización
- dar solución a un nuevo momento, ante la obligación de renegociar acuerdos, como los de 1997 —de NC y de CV—, como el de ANC-2002
- nuevas dinámicas: de procedimiento y de contenidos, pero no sólo por su vinculación a nuevas demandas sociales, sino sobre todo a un nuevo enfoque, en el que la

productividad, la competitividad, y a cambio el empleo, están en el centro. Influye el proceso de construcción

En este sentido, lo que en todo caso han venido a significar, como luego ha acreditado la negociación colectiva posterior, era

- una llamada al moderado crecimiento de los salarios durante 2002. Ciertamente que no tiene referencias a esquemas cerrados, mediante bandas salariales insuperables, pero sí llamadas a la moderación salarial permanentes, que ha cumplido su objetivo, como acabamos de aseverar
- definitivo reconocimiento de la utilidad de las medidas de flexibilidad interna previstas en la legislación laboral española, en buena medida resultado de la en otro tiempo polémica reforma de 1994 pero que ahora se da por aceptada
- el ANC aparece como instrumento coadyuvante para las políticas públicas orientadas a la mejora de la calidad del empleo, que ahora aparece como garantía de la competitividad empresarial y no sólo como garantía de estabilidad para los trabajadores
- el ANC se revela como medio para estimular la modernización de las relaciones laborales en España: incluye previsiones que buscan servir de estímulo innovador, con objeto de modernizar las relaciones laborales en nuestro país —remover obstáculos para la implantación de las nuevas tecnologías; Observatorios sectoriales de ámbito estatal para el empleo y la competitividad, con objeto de mejorar la capacidad de gestionar anticipadamente el cambio; mejora de la calidad de ambiente de trabajo, en virtud de promover la igualdad y la salud...—.
- El ANC como medio para agilizar la negociación y administración de los convenios colectivos, aunque se subraye habitualmente su parquedad a tal fin, se enfatiza su interés porque podría redundar en reducir la conflictividad que acompaña frecuentemente al proceso negociador en nuestro país —profundizar la línea del II ASEC-31. 1. 2001—

c) dinamización de los procedimientos de negociación colectiva.

Se persigue no sólo dar orientaciones sino mejorar sustancialmente los procesos de negociación, a través de la construcción de instrumentos de participación que permitan contar con cauces estables de relación entre las organizaciones sindicales y empresariales en los ámbitos sectoriales, que permitan predecir —prever— los cambios a afrontar y establecer de común acuerdo la manera de hacerlo —un modelo de gobierno dinámico y consensuado de las relaciones de trabajo—. En este sentido en el ANC-2003 se expresa que

*«la culminación de la Unión Monetaria, al provocar un cambio de marco para el desenvolvimiento económico, exigía también 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».*

La regulación estatal del procedimiento de negociación colectiva se concentra en el momento inicial, esto es, la iniciativa y comienzo de las deliberaciones —arts. 87 y 88—, así como en el momento final, a través de la formalización del convenio colectivo —arts. 90 y ss.—... En medio queda un amplísimo espacio que permanece prácticamente ajeno a la regulación heterónoma, sin más llamamiento que la guía o pauta que supone someter

todo procedimiento negociador a las exigencias de la buena fe, principio jurídico general. Es un momento de plena autonomía negocial donde tienen escaso relieve las reglas formales, por lo que la capacidad para establecer pautas generales de funcionamiento sobre el método de afrontar los diversos procesos negociales es muy amplia por parte de los Acuerdos Interconfederales. Si hasta el momento se habían centrado sólo en la estructura de la negociación, descuidando este aspecto, entre otras cosas por la convicción de que esta desregulación abría un margen de flexibilidad amplio que facilita la consecución de acuerdos, ahora se entiende que es necesario revisar ciertas prácticas dilatorias que han desembocado en rigideces y disfuncionalidades, así como ciertas prácticas obstativas.

En realidad, no estamos sino ante un intento de proceder, en coherencia con lo que sucede en modelos menos formalizados y más dominados por la intervención convencional que por la legal, a una concreción del deber de negociar de buena fe incluido en el art. 89 LET. Se trata de precisar qué conductas se consideran incluidas, qué conductas son contrarias y qué sanciones caben en caso de inobservancia de aquéllas y deriva en éstas. Las medidas son iguales en ambos Acuerdos

Junto a las conductas —inmediatez en el inicio de los procesos, intercambio de información útil, apertura permanente de la negociación hasta lo razonable, favor por propuestas escritas que den transparencia, favorecer la resolución extrajudicial frente a la conflictual o presión, y sin esperar el tiempo límite (5 meses desde la constitución de la mesa negociadora en el caso del ASEC)—, se promueve el papel de la Comisión Paritaria, buscando impulsar un funcionamiento más eficaz. El compromiso aludía a una regulación más completa de tales Comisiones en los Convenios colectivos, si bien siempre se ha entendido que sus deficiencias están más en la carencia de «cultura del pacto» que en lagunas normativas.

También se comprometió fomentar la utilización de los mecanismos de solución de conflictos colectivos para solventar los bloqueos en los periodos de consultas de las reestructuraciones empresariales, ya para traslados, modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos, esto es, para todas las vicisitudes, modificativas, suspensivas o extintivas de las relaciones. Sabemos que formalmente ya estaba previsto, pero también teníamos noticia de su deficitario funcionamiento práctico en lo cuantitativo, por lo que se valoró positivamente que las partes se comprometieran a insistir en las bondades de estas vías.

d) Estructura o racionalización de la estructura de negociación: ¿se ha confirmado la incapacidad de reforma un sistema que todos critican?

Como ya se ha dicho, los Acuerdos Interconfederales son relevantes no sólo por lo que dicen —se haga o no—, sino por lo que callan, esto es, sus silencios elocuentes, por ser aspectos relevantes que se dejan deliberadamente fuera de su acción, bien porque se aparca el problema por no tener capacidad para resolverlo de momento, bien porque se acepta el status quo actual, sin más... En este sentido, importante ha sido la dejación producida en torno a la mejora de la racionalización estructural del sistema de negociación. Las dificultades aplicativas del AINC 97, también por la incidencia de una controvertida y «dirigista» jurisprudencia, llevó a renunciar a este objetivo, si bien aquél AI ya suponía apostar por la autonomía de las diferentes Federaciones... El silencio implicaría aceptar el status quo o la imposibilidad de proceder de otra manera. La resignación ¿definitiva?

En relación a la estructura, recuérdese que se pretendía por el Gobierno desplazar de modo significativo la negociación desde el sector a la empresa, algo que los interlocutores sociales estaban dispuestos a combatir activamente.

No es irrelevante. Como es ha dicho, sea cual fuere la valoración de la política convencional centralizadora llevada a cabo a mediados de la década de los años 80, lo cierto es que el ANC supone un cambio de estrategia contractual. Inauguraría una nueva política de negociación intersectorial, cuyas tendencias centralizadoras caminan a través de reglas flexibles, objetivos y recomendaciones. Así, sus «precedentes» históricos optaron por mantener en el ámbito de las Confederaciones el poder contractual, el ANC dispersa este poder, distribuyéndolo y repartiéndolo en un sentido vertical a lo largo y ancho de la red de estructuras organizativas que se integran en las confederaciones sindicales y empresariales firmantes. Disponen de un muy amplio margen para el ejercicio de una libertad de contratación en la que se discute tanto materias abordadas como las no abordadas. La integración no producirá un efecto de uniformidad en el estatuto jurídico del trabajo por cuenta ajena. Se trata de promover no sólo la coordinación sino la armonización, o la convergencia, pero no acabar con la diversidad actual mediante la uniformización de condiciones de trabajo<sup>6</sup>.

No obstante, en el actual proceso de reforma abierto a partir del cambio de Gobierno, esta cuestión aparece expresamente relanzada, con lo que todo hace augurar que tendremos una reedición, si bien renovada y adaptada, de lo sucedido en 1997 más que continuar la línea de los Acuerdos de 2002-2003.

- e) El catálogo de nuevos contenidos: ¿ha supuesto una verdadera renovación por enriquecimiento y redefinición de los contenidos?

Los Acuerdos pretendían no sólo dinamizar los procedimientos de negociación sino enriquecer los contenidos de la negociación, cuyo papel se quería igualmente reforzar como regulador de las condiciones de trabajo y de la organización del mismo en general. Se pretendía vincular más esos contenidos, los nuevos y los viejos, a la situación económica por sus repercusiones para el empleo, pero también para la competitividad de las empresas, ello en el marco del proceso de construcción europea. Clara al respecto esta declaración:

*«La ampliación de la Unión Europea hace más necesario que nuestro aparato productivo se inscriba dentro de un modelo de competencia moderno, esto es, capaz de competir sobre la base de la mejora del valor añadido y no exclusivamente a través del ajuste constante de los costes»*

Las claves se pone, pues, en la búsqueda de la estabilidad en el empleo, el equilibrio entre seguridad y flexibilidad, la inversión en recursos, incluidas las personas que trabajan, pero también en las nuevas tecnologías, en la mejora de la calidad de vida: igualdad, conciliación, salud, medio ambiente... A penas se reflexione un poco, los objetivos que ahora aparecen para la nueva etapa, lo que obviamente significa, como no podía ser de otra manera dada su ambición, complejidad y lentitud de estos procesos de cambio, que no se han alcanzado antes y hay que seguir apostando por ellos.

Desde esta perspectiva, medir o valorar el impacto real de las recomendaciones de política negocial en los convenios exige, al menos en hipótesis, atender a dos niveles:

- a) normativo: ¿está realmente en condiciones de influir ante su debilidad jurídica, o justo por su debilidad está en mejores condiciones de influir en los convenios colectivos?

<sup>6</sup> Vid., VALDÉS DAL-RÈ, F. «El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2002, desde la perspectiva jurídica». Aa. Vv. *Nuevas Relaciones Laborales...*, op. cit., pág. 61.

Ya hemos visto que a tal fin hay posturas para todos los gustos, de modo que unos entendemos que la apuesta por modelos de regulación tan «suave» tiene en sí misma disfunciones y carencias que pueden explicar el limitado impacto, mientras que otros entienden precisamente todo lo contrario. En todo caso, hay que tener en cuenta no sólo su estructura jurídica sino también los instrumentos creados para su desarrollo. En este sentido, convencidas como están las partes de que el éxito de los Acuerdos está en la capacidad para trasladar a los negociadores los objetivos y contenidos marcados en el AINC, se considera clave el reforzamiento de los órganos de seguimiento y aplicación del Acuerdo. De ahí, que la Comisión de Seguimiento se configure de manera especial, pues no se limita a la parte negativa o patológica —incumplimiento— sino también positiva, promoción y atención a todo el proceso negociador.

A tal fin, 6 tareas específicas de la Comisión de Seguimiento (discapacidad, teletrabajo, nuevas tecnologías de la información y la comunicación, cobertura de vacíos, buenas prácticas en igualdad de oportunidades, y la promoción de Observatorios Sectoriales Estatales). Sin embargo, sólo se han desarrollado el documento relativo a «*Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva*», de modo que se plantea la necesidad de recuperar la actividad de la Comisión, paralizada casi desde su inicio<sup>7</sup>.

Junto a esta responsabilidad Confederal, un catálogo o «paquete» de (buenas) recomendaciones a los diferentes ámbitos de negociación para que asuman tareas propias, desarrollar instrumentos de información y de análisis para favorecer la adecuada adaptación a los cambios productivos, así como para el seguimiento de lo pactado en la negociación colectiva; concretar y desarrollar a través de la negociación colectiva, a partir de la regulación legal vigente, el conjunto de materias que deben ser objeto de información, consulta o negociación con los representantes legales; mejorar la aplicación y eficacia de lo pactado, mediante una buena articulación de las materias que integran el convenio colectivo; potenciar la función de administración del convenio por parte de las Comisiones Paritarias; crear Observatorios sectoriales de ámbito estatal entre organizaciones sindicales y empresariales; establecer Comisiones de trabajo específicas, vinculadas a la Paritaria, para evaluar la aplicación del convenio desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades; constituir en los convenios sectoriales Comisiones específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como negociar las formas de designación de los Delegados de Prevención.

Sin embargo, coherente con su respeto a la autonomía, no especificaba mecanismos y cauces de los que habría de valerse para cumplir el deber de influencia en los convenios. Se remite a los estatutos y prácticas que rigen el funcionamiento interno de cada organización. La obligación quedaría satisfecha con poner los medios que resulten adecuados a tal fin, de modo que este criterio indeterminado será la medida de valoración del cumplimiento del referido deber de influencia —modelo de autorregulación—

b) fáctico: ¿qué ha pasado realmente en estos 3 años de negociación colectiva?

La continuidad o no de una apuesta tan arriesgada radica básicamente, más que en los motivos que los originaron, absolutamente contingentes, en la constatación de su eficacia en el desarrollo de los compromisos establecidos, esto es, de la percepción de los negocia-

<sup>7</sup> Vid., PUIG-SAMPER MULERO, F. «El ANC-2003 desde sus firmantes». Mesa Redonda. *Op. cit.*, pág. 167

dores sobre la contribución del acuerdo a la solución de problemas concretos. Aquí se tropezaría con un problema consustancial a un acuerdo que se limita a serlo de criterios, orientaciones y recomendaciones: que no altera los núcleos de poder ni los intereses respectivos en cada ámbito de negociación. Y es así que las propias partes advierten «choques entre el contenido del acuerdo y su desarrollo práctico en materias de gran importancia para los trabajadores, los empresarios y el conjunto de la sociedad española». La inicial complacencia, que llevó al ANC-2003, está dando paso a mayores críticas, más allá de la desaparición de las incertidumbres que dieron lugar a su elaboración, como fue la presión derivada de evitar una reforma unilateral que hubiera sido mucho más convulsiva.

Como adelantábamos, es este nivel el que aquí interesa ahora más, por lo que evidenciaremos el calado que los principales objetivos de los Acuerdos han tenido en los convenios. Para ello utilizaremos los Informes «oficiales» al respecto, en particular los de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios y del Consejo Económico y Social, así como los del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, todos ellos de los años 2001-2004.

### 3. LA DIMENSIÓN FUNCIONAL: EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL PROCESO DE RENOVACIÓN DE LOS CONTENIDOS DE LOS CONVENIOS

Estos Acuerdos, a diferencia del AINC 1997, van más dirigidos a fijar las pautas de los contenidos de los convenios a negociar, sin pretender impactar directamente sobre la estructura negocial propiamente dicha. Desde este punto de vista, se ha valorado en sí mismo como positivo que aparezca un catálogo de materias a negociar —y no negociar—, pues ni tenemos reserva constitucional ni legal a favor de la negociación ni adecuada, por lo que, cualquier ordenación al respecto, parece que cualquiera que sea su alcance, deberíamos aceptarla como mejora de la situación de indefinición legal<sup>8</sup>. El argumento no parece muy firme y desde luego es discutible, tanto por las deficiencias de contenidos previstos como por las ausencias, pero no deja de ser razonable, por lo que lo damos en este momento por bueno. En todo caso, lo auténticamente importante es calibrar qué reflejo han tenido estos contenidos en la negociación colectiva de estos 3 últimos años, esto es, en la que podríamos denominar últimas «hornadas» de convenios, pues es sabido que su periodo de vigencia ya está en una media de algo menos de 3 años

#### 3.1. La materia salarial: garantizado el objetivo de la moderación salarial no se consigue extender los sistemas de retribución variable

La regulación del régimen salarial está en el fundamento mismo de la negociación colectiva, pero el extremado tradicionalismo del que adolece hoy se está revelando especialmente disfuncional, de ahí la necesidad de reorientar su rumbo. El carácter pretendidamente inflacionario de los convenios ha estado, y está, también en el centro de las críticas gubernamentales y empresariales. Por eso era el aspecto principal, sin duda alguna, de los Acuer-

<sup>8</sup> Vid., CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, págs. 130 y ss.

dos Interconfederales, pues es el indicador más incisivo sea sobre la —mayor— competitividad sea sobre la —menor— conflictividad con la que pueden desarrollarse los diferentes procesos negociales. Es el compromiso más concreto y realista que «ofrecen» los sindicatos. Los empresarios, a cambio, debían ofrecer algo menos tangible, la creación o el mantenimiento de «empleo». Es también la máxima expresión de la influencia del proceso de construcción europea, y la relevancia de recuperar la competitividad, de modo que expresa la aceptación de las organizaciones sindicales del peso que la negociación salarial tenía en las políticas macroeconómicas al perderse, como consecuencia de la integración monetaria, instrumentos de regulación de la competencia internacional como los tipos de cambio.

En consecuencia, este tipo de Acuerdos ya contaban con precedentes, al menos en el plano funcional, en otros países comunitarios. Así, a partir de un Informe de la CES, que ya había tenido seguimiento en países como Finlandia, Italia, Alemania, Holanda..., el ANC-2002, se vinculaba con esta tendencia europea a contar con un mayor grado de determinación sobre los salarios derivados de la necesidad de facilitar la implantación del Euro.

Las partes, y algunos analistas, se apresuran en rechazar para estos Acuerdos cualquier vinculación con los precedentes «Acuerdos de Rentas», esto es, pactos de moderación salarial, por cuanto incorporarían una amplia gama de materias que se ven como conjunto y elude explicitar bandas cerradas en materia de incrementos salariales. Ahora bien, si se analiza con detenimiento el alcance más «comprometido», tanto en el plano de política negociada como en el jurídico, que tiene este objetivo respecto de otras materias, a las que se vincula, y lo sucedido en estos años, es difícil dudar seriamente del peso que esta cuestión tiene en el origen y significado de aquéllos. Ciertamente estamos ante un «acuerdo para negociar» la competitividad de las empresas a cambio de garantías de creación y, al menos, mantenimiento del empleo ( Pacto Competitividad y Empleo ), pero en el modelo de competitividad subyacente la moderación salarial sigue teniendo una influencia netamente superior a la de otras variables que inciden en los «costes laborales unitarios»<sup>9</sup>.

Como es sabido, el ANC para el 2003 reitera prácticamente de un modo literal los criterios ya recogidos en el ANC 2002, y otro tanto ocurre, consecuentemente, con la prórroga para el 2004. Ahora bien, ante esta constatación de continuidad cabe plantearse un interrogante: ¿realmente estaríamos ante un ejercicio de autocomplacencia de los interlocutores sociales por la oportunidad y corrección de lo que pactaron, una vez realizado un balance positivo de los resultados prácticos logrados, o más bien nos encontramos ante una evidencia del agotamiento del modelo y de su incapacidad de ir más allá?

A este respecto, conviene dejar claro que las dudas que podrían plantearse en orden a la aplicación de estos criterios, bastantes menores de las que inicialmente se podría creer ante la falta de verdadera novedad de los mismos —la fórmula IPC+Productividad+Revisión Salarial es un auténtico tópico sindical—, han dejado su lugar a «evidencias empíricas» o resultados experimentales. Pues bien, una mínima atención a estos resultados, obtenidos tanto de Informes Oficiales como de las propias partes implicadas, evidencia con nitidez

<sup>9</sup> Quizás no sea ociosa la referencia que el anterior Secretario General de Empleo, J.P. CHOZAS, hacia respecto del ANC-2002, en el sentido de considerar que uno de sus «contenidos esenciales consistiría en un pacto de moderación salarial para el indicado ejercicio». *Apertura de las XIV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. MTAS. 2003, pág. 18.

que sólo hay motivo para sentirse satisfechos en relación con el objetivo del crecimiento moderado de los salarios, con el consiguiente efecto positivo en los correspondientes índices de competitividad de nuestras empresas. Si éste no se ha conseguido, si hemos de creer las recurrentes llamadas de atención sobre los peligros que tienen nuestras empresas de perder —o no ganar suficiente— competitividad en los mercados internacionales, será porque otros factores incidentes no han cumplido con su papel. En todo caso, lo que se evidencia es que los criterios complementarios que se perseguían con la nueva ordenación salarial no han conseguido implantarse de manera relevante en la negociación colectiva, lo que deja de manifiesto o la residualidad real de los mismos, o la incompetencia —o desidia— de las partes en cumplir con su deber de influencia.

En realidad, es cierto que aquí es donde está el resultado más visible y apreciable: se ha conseguido el objetivo de moderación salarial, no obstante las persistentes críticas al respecto. Quizás no por casualidad en este ámbito es donde se han querido formular, o ver, las estipulaciones más comprometidas jurídicamente, si bien dentro de la tónica general de debilidad de mandatos. Así, parecía querer prohibir el recurso a previsiones de inflación distintas de las oficiales, sea en ámbitos funcionales o territoriales. Como es sabido, 3 son los criterios básicos —considerados como inseparables y defendidos sindicalmente desde largo— conforme a los cuales se recomienda afrontar la fijación de los porcentajes de incremento salarial, siguiendo un modelo de referencia que se mantiene inmodificado:

- la inflación prevista por el Gobierno
- el incremento de la productividad en el sector o la empresa en cuestión ( en realidad es más formal que otra cosa, y renuncian todos, porque eso llevaría a un incremento elevadísimo al que no están dispuesto los empresarios y es consentido por los sindicatos)
- introducción de cláusulas de revisión salarial

Pues bien, más del 70% de los convenios colectivos —60% de los convenios sectoriales, 80% de los de empresa— han optado por referenciar este incremento salarial con la inflación prevista por el Gobierno. No obstante, todavía son un porcentaje relevante, un 30%, los que han optado por otras fórmulas, acudiendo bien a porcentajes a tanto alzado (15%), bien sobre inflaciones pasadas (15%). Según datos del CES, el incremento salarial medio pactado en los convenios colectivos registrados hasta 31.12.2003 fue del 3,50%, medio punto superior al de los convenios registrados en el año anterior en la misma fecha.

Sin embargo, y por efecto de las cláusulas de salvaguarda o garantía salarial, el incremento hasta el 31.3.2004, con efectos en el 2003, está en el 3,67%, inferior al año anterior, al tiempo que parece que los pactados con posterioridad aún tienen un porcentaje menor. Aunque la subida se produce por encima de IPC real, lo que es verdad, no menos cierto es que el incremento de poder adquisitivo de los salarios que representa no se ha traducido en un deslizamiento salarial negativo en 2003 del mismo alcance, a tener en cuenta el índice de Costes Laborales (ICL) elaborado por el INE (3, 3% de aumento).

En todo caso, unos datos estadísticos y otros han de analizarse con extremada cautela, ante las constatadas deficiencias tanto por infraestimación como por subestimación de los colectivos cubiertos. Además, ha de tenerse en cuenta que el impacto de las cláusulas de garantía salarial en los Convenios Colectivos ha tendido a decrecer, a medida que ha ido moderándose la diferencia entre la inflación prevista por el Gobierno y el resultante a final de año en cada ejercicio.

La imprevisión e incertidumbre sobre esta cuestión, especialmente en un país como España que no termina de controlar los problemas de inflación, hace casi «suicida» cualquier renuncia sindical a pactar estas cláusulas. El 65% de los Convenios cuentan con esta cláusula, lo que significa que un 79% de los trabajadores cubiertos por convenio se benefician de esta garantía de revalorización, pues su incidencia es mayor en los convenios sectoriales —70,6%— que en los empresariales —49,7%—. El porcentaje de trabajadores cubiertos en 2001 era del 73,4 % y en el 2002, del 75,2%. En consecuencia, la mejora es indiscutible, pero no menos indiscutible es que el crecimiento respecto del año 2001, en el que no existía ANC, no es elevado, y que el crecimiento en las últimas fechas es también bastante moderado. Lo que significa que más del 20% de los trabajadores cubiertos por convenio, además del 15% que no tiene cobertura convencional, están fuera de estas garantías, y que un porcentaje importante de convenios sectoriales —casi un 30%—, y muy relevante de los empresariales —50%— hacen caso omiso de estas recomendaciones.

En definitiva, aquí siguen evidenciándose problemas para un modelo estable de negociación colectiva. Se llama la atención sobre la credibilidad de las previsiones de inflación, puesto que las fuertes desviaciones de las mismas se traducen o en pérdida de renta, si no hay cláusulas de revisión, o en incertidumbres sobre los costes para las empresas, si las hay. Si los Gobiernos presionan para que haya crecimientos más vinculados a la productividad que a la inflación, por ser factor externo, ciertos empresarios aceptan romper la política de moderación salarial antes que admitir un modelo basado sobre cláusulas de revisión salarial<sup>10</sup>.

Por su parte, otros contenidos específicos del régimen salarial, que también aparecen como criterios o recomendaciones de los Acuerdos están teniendo peor fortuna en la negociación colectiva, o encuentran más dificultades para generalizarse. Así sucede, en primer lugar, *con la fijación de salarios variables*, de modo que el objetivo claramente marcado en los Acuerdos de promover una negociación que establezca salarios acordes con las nuevas realidades productivas, incorporando una estructura más racional y adaptada o moderna, está encontrándose con significativas resistencias por las partes negociadoras. El proceso de adaptación aquí adolece de un ritmo excesivamente lento, pese a que las cláusulas sobre estructura salarial tienen una presencia muy relevante en la negociación colectiva (74% de los convenios, 73% de trabajadores cubiertos).

En consecuencia, y según concluye el CES, «lo cierto es que una parte importante de esos convenios mantiene una estructura salarial escasamente innovadora, integrada por el salario base de la categoría profesional, los complementos de puestos de trabajo y la antigüedad»<sup>11</sup>. Los convenios más innovadores son los de grandes empresas, que conectan cada vez más frecuentemente sus estructuras salariales con los resultados de la empresa y la productividad de los trabajadores, diferenciándose los salarios en atención a un sofisticado o complejo sistema de valoración de puestos de trabajo. Por lo tanto, aunque no se puede negar que un porcentaje creciente de estas empresas —70%— poseen sistemas de retribución variable, hay que tener en cuenta varias precisiones.

Primero, que estos convenios colectivos no son los más influidos por los Acuerdos Interconfederales, por lo que podría entenderse que su capacidad de innovación no sólo

<sup>10</sup> Según denuncia CCOO, a través de PUIG-SAMPER, F., *op. cit.*, pág. 169.

<sup>11</sup> *Vid.*, Memoria 2003. MTAS. 2004, pág. 336.

está al margen en gran parte sino que precede a la acción de los Acuerdos. Segundo, que estos sistemas no siempre se reflejan en los textos de los convenios colectivos sino que se articulan o se llevan a efectos en otros productos de la negociación colectiva que, sin embargo, parecen quedar relegados por los interlocutores sociales, como son los acuerdos colectivos de empresa o los pactos de empresa, o incluso técnicas de regulación unilateral —ej. Stock Options—. Finalmente, estas indudables manifestaciones de renovación no evita que la «estancamiento» siga siendo rasgo señero de nuestro modelo salarial, y los sistemas de retribución variable modernos tan sólo una tendencia incipiente <sup>12</sup>.

La revalorización de su legitimidad, como alternativa a su implantación mediante técnicas de individualización de las relaciones de trabajo, que deriva de su introducción consensuada no ha supuesto, pues, un cambio sustancial, ni en lo cuantitativo ni en lo cualitativo, de las tendencias de la negociación colectiva en esta materia. Un cambio que tampoco alcanza el grado de satisfacción o impacto pretendido respecto de otra materia, también especialmente «reivindicada» por los empresarios y aceptada ya por los sindicatos, como es las «cláusulas de descuelgue salarial». En este sentido, sabido es que entre los mandatos que parecen contar con algún grado de vinculatoriedad jurídico-obligacional está el de incorporar, junto a cláusulas de garantía salarial, cláusulas de descuelgue salarial, las primeras a favor de los trabajadores las segundas a favor de los empresarios con «situación económica negativa».

Por lo que hace a estas cláusulas de descuelgue salarial, se ha querido ver en la relativa incoherencia de regulación legal —es contenido mínimo, pero condicionado a lo dispuesto en el art. 82. 3 LET—, una vía de justificación de la opción de los interlocutores, en cuanto a partir de su compromiso jurídicamente vinculante sí que sería contenido mínimo —norma que no está prevista de sanción—, por lo que depende del compromiso de los destinatarios. La previsión en los acuerdos tiene el significado político, en la medida en que la parte sindical acepta una figura respecto de la cual ha sido cuando menos reticente desde su incorporación a la regulación española, y jurídico, en la medida en que las partes renuncian a que entre el juego el sistema alternativo del artículo 82. 3 LET, propiciando un efectivo compromiso de incorporar la cláusula a todos los convenios colectivos sectoriales donde ellos participen en su negociación <sup>13</sup>. En definitiva, se optaría así, frente a esa «economía de opción» típica de la regulación flexible de la norma legal, más por reforzar el papel de las unidades de negociación sectorial, frente a los acuerdos colectivos de empresa. Estos instrumentos, por reforzar la descentralización recibirían, otro revés por parte de los interlocutores sociales.

Sin embargo, conforme a la estadística de convenios colectivos del MTAS únicamente el 50% de los convenios sectoriales, únicos que pueden recogerlas, recogían una cláusula de este tipo. El escaso impacto de esta recomendación queda en evidencia al comprobar que, en el año 2000, estaba en un 47% de los convenios, en el 2001, en el 48%, en el 2002 en un 49% con un total del 68% de los trabajadores cubiertos, por lo que el incremento es prácticamente inapreciable. Aunque las formas concretas que asume en cada convenio es bien diferente, evidenciando grados distintos de concreción de las situaciones económicas

<sup>12</sup> Vid., MERCADER, J. «Nuevos rumbos en materia salarial», que forma parte del Capítulo III («Nuevos contenidos del salario»), de la Obra Colectiva (dir: R. Escudero). *La negociación colectiva en España*, pág. 339.

<sup>13</sup> Cfr., CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, pág. 134.



negativas habilitantes, lo más frecuente es que los convenios se centren en establecer garantías para el ejercicio de esta facultad empresarial, tanto de carácter procedimental como temporal.

### 3.2. **La flexibilidad empresarial en la regulación de las condiciones de trabajo: especial referencia al tiempo de trabajo y a la clasificación profesional**

Junto a la moderación en el crecimiento de los salarios, objetivo significativamente cumplido en términos de valoración global, la otra «gran concesión» realizada por los sindicatos como objeto del intercambio socio-económico «concertado» y cooperativo que suponen, guste más o menos que se diga así, los Acuerdos Interconfederales, es la plena legitimación de la flexibilidad como valor de las técnicas de gestión del personal. Objetivo muy contestado de la reforma de 1994 ahora se acepta, incluso de buen grado, oficialmente porque permitiría incrementar la competitividad sin perder empleo.

Aunque este valor está presente en muchas condiciones de trabajo y se conecta a múltiples factores, yo me detendré tan sólo en dos ámbitos laborales que considero de la mayor relevancia y que ocupan, en la lógica del intercambio de los Acuerdos, un papel destacado: el tiempo de trabajo, por un lado, la clasificación profesional, con su corolario de movilidad funcional, por otro. Ambos aspectos comparten su instrumentalidad para verificar la posibilidad de hacer real el objetivo, en otro tiempo considerado como la «cuadratura del círculo», de conciliar la «flexibilidad» —libertad de gestión—, que no sólo ya no se discute sino que se promueve sindicalmente, con la «seguridad» —estabilidad en el empleo—, que también se acepta como valor por los empresarios, por cuanto puede traducir mejoras de productividad sin mermar, más allá de lo razonable y aceptable socialmente, el volumen de plantilla de la empresa.

Por lo que atañe a la gestión del tiempo de trabajo, las exigencias de flexibilidad se concentran principalmente no en la reducción sino en la distribución del mismo. En este sentido, los Acuerdos de Negociación Colectiva, desde el recurrente uso de la técnica de los silencios elecentes, parecen haber renunciado al objetivo de la reducción de jornada como instrumento de política de empleo, mientras que desde la técnica de las recomendaciones u orientaciones ha apostado claramente por la anualización del criterio de cómputo y por la distribución irregular de la jornada, sin perjuicio de favorecer la conciliación de la vida familiar y profesional. La gradual reducción de jornada que registran los convenios —hoy equivalente a 38 horas y 28 minutos— no se vincula para nada al reparto del empleo, pero tampoco a las exigencias de conciliación de la vida laboral y familiar, de modo que estas posibilidades prácticamente pasan desapercibidas en la actual negociación colectiva<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> En realidad, puede detectarse incluso el proceso contrario, pese a la reducción global de jornada nos encontramos con un aumento significativo de los tiempos de disponibilidad del trabajador a las necesidades empresariales, no todo el año sino en determinados periodos, con lo que es difícil mantener el criterio de la conciliación con la vida familiar, naturalmente si se pretende «liberar» a la mujer de parte del trabajo doméstico y permitir un reparto más equitativo de los tiempos de trabajo, profesional y doméstico.

En cambio, la anualización de jornada si está llevando a promover la distribución irregular de jornada, ajustando el tiempo de trabajo a las necesidades productivas. Ahora bien, aunque aquí la consolidación de estas cláusulas es particularmente relevante, lo cierto es que el porcentaje de trabajadores afectados por las mismas se mueve en parámetros no muy disímiles, entre el 43 y el 48% del total. En este caso, parece dominar más la regulación bajo el parámetro de la flexibilidad —se remite para su justificación a una genérica cláusula de adecuación a las necesidades de la empresa; la práctica convencional tiende a atribuir directamente a la dirección de la empresa la distribución irregular...—, que en atención a las garantías —fijación de topes máximos, derechos de preaviso...—. Esta lógica flexibilizadora está igualmente presente en otras cláusulas que contemplan procedimientos específicos, por lo general negociados, para la modificación de las jornadas inicialmente pactadas.

Por cuanto concierne a la clasificación profesional, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 destaca como «una estructura profesional basada en grupos profesionales, favorece la mayor empleabilidad, formación y desarrollo profesional de los trabajadores y trabajadoras, así como la competitividad de las empresas».

Partiendo de esta consideración, el ANC-2003, como el precedente, aconseja «seguir avanzando en la generalización de las estructuras profesionales mediante grupos...». Esta renovación, que se manifiesta en formas y con intensidades bien diferentes, se produce unas veces con la implantación de este modelo preconizado de clasificación profesional —art. 22. 2 LET— y otras con la constitución de Comisiones Paritarias para analizar la implantación del nuevo sistema, o manifiestan de forma expresa la necesidad de proceder a la actualización, aunque no se acometa en ese momento.

En este apartado la novedad es prácticamente inexistente, si bien sí es relevante el nuevo enfoque adoptado: favorecimiento de la flexibilidad empresarial, sin perjuicio de ciertas garantías, en especial la conciliación de la vida laboral y familiar aunque, como hemos visto, su concreción brilla por la ausencia en los convenios. En este punto los compromisos de las partes eran particularmente débiles, no obstante su contribución teórica al principio de mantenimiento de los niveles actuales de empleo, o al menos de mantenerlo en niveles razonables. Si en algunos aspectos pudiera pensarse que se incorporaban compromisos algo más firmes, como la conversión del antiguo sistema de categorías profesionales en grupos profesionales —con lo que se gana en movilidad funcional de los «recursos humanos»—, eso es porque ya estaba extendido en un buen número de convenios colectivos, de forma que su impacto real es poco importante, ni siquiera en aquellos donde aún no se ha efectuado tal cambio.

Lo cierto es que, además de esta diversidad, nos encontramos con que más del 30% de los Convenios vigentes persisten en mantener la continuidad de sistemas similares a los existentes durante la vigencia de las Ordenanzas y reglamentaciones de trabajo, pese a su derogación —ciertamente también difusa, diferida y agónica— en 1994, pero que todavía siguen coleando y de qué manera, a través de diversas vías —muchos convenios colectivos remiten más a éstas que al Acuerdo de Cobertura de Vacíos...—. La mayor parte opta por la combinación de clasificaciones.

Por su parte, el análisis de la cláusula de movilidad profesional incorporada a los Convenios Colectivos, permite destacar que pese al esfuerzo de los Agentes Sociales en intentar implantar e impulsar el mismo como elemento de desarrollo profesional de los trabajadores en las empresas, las normas convencionales dejan un notable empobrecimiento en lo relativo a este aspecto. Al tiempo que carecen de tratamiento autónomo y diferenciado,

diluido en el más amplio marco de la clasificación profesional. Los Convenios Provinciales siguen arrastrando la lacra de una clasificación profesional cerrada y de escasa utilidad práctica, lo que sin duda lleva a su renovación y gestión por otros medios. La parquedad de la implantación de los criterios sólo aparece corregida parcialmente por los avances que se producen en el ámbito sectorial nacional y en el de grandes empresas, así como por el reflejo indirecto que en esta materia tienen determinados regímenes retributivos, que contemplan complementos de polivalencia u otras formas de retribución adicional que incentivan la movilidad <sup>15</sup>.

### 3.3. Los nuevos contenidos de la negociación: las cláusulas de empleo y formación profesional

El compromiso del Diálogo Social, a través de los Acuerdos en la Cumbre, con el empleo arranca, en su fase más reciente, con el AIEE/1997, donde ya se recogía el compromiso de los interlocutores sociales con la creación de empleo y, sobre todo, con el carácter estable de éste. Los Acuerdos Interconfederales de 2002 y 2004 no harán sino convertir este objetivo en el auténtico «precio» a pagar por su compromiso con la competitividad, mediante moderación salarial y máxima flexibilidad interna de la gestión de personal. Ahora bien, mientras que lo ofrecido por los sindicatos aparecía bastante más tangible y concreto, lo que ofrecían las organizaciones empresariales se revelaba mucho más difuso e incierto, como la propia parte sindical reconocía tácitamente.

En efecto, ya en la formulación de estos «compromisos» se veía que su «seriedad» era bastante menor. El reconocimiento de la complejidad del problema, por la incidencia de muchos y heterogéneos factores —por cierto, lo mismo que sucede en relación a la inflación, pero aquí el compromiso sí es mayor—, hacía que las partes no sólo adoptaran una actitud de prudencia en cuanto a los logros que se puedan alcanzar directamente por la acción inmediata de la negociación colectiva, sino que además por omisión no consideran conveniente asumir compromisos en los propios convenios colectivos sobre el particular. Su pretensión es, por tanto, de influencia refleja o indirecta. En realidad, aceptando una lógica bien próxima a la liberal, según la cual el empleo siempre será el reflejo o resultado del conjunto de políticas incidentes en la materia, aquí también se acepta que será más que un valor añadido un resultado global de todo el conjunto de las políticas económicas y laborales propuestas por medio de tales acuerdos. De nuevo hay que primar el crecimiento económico y, como añadidura, se derivara el efecto benéfico —casi salvífico— de los niveles de empleo.

Renunciando a una influencia directa en el empleo, sí parecen querer influir de forma más expresa en el «tipo de empleo», esto es, en su «calidad». El objetivo prioritario es más cualitativo que cuantitativo: tornar de la temporalidad a la estabilidad.

El acento se pone en la reducción de las elevadas tasas de contratación temporal en nuestro mercado de trabajo, eliminando la temporalidad injustificada, aún aceptando su con-

<sup>15</sup> Vid., ALAMEDA, M.T. -TRUJILLO, F. «La utilización flexible de la fuerza de trabajo y su reflejo en la retribución». Aa. Vv. (dir: R. Escudero). *La negociación colectiva...*, op. cit., págs. 443 y ss.

tribución a la necesaria flexibilidad. Ahí sí se proponen medidas para incidir en la negociación colectiva: reiterando los compromisos de conversión de contratos temporales en contratos fijos, que se vienen incorporando en los convenios colectivos desde 1997, particularmente cuando se trata de convenios de empresa, que son los más idóneos para concretar la intensidad real de este tipo de cláusulas; adopción de fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales. Por supuesto la novedad, en ambos casos, es escasísima: en el primer caso se reitera el compromiso de 1997, en el segundo se recoge el art. 15.5 LET, a partir de la reforma de 2001 y norma comunitaria de 1999. Pese a la imperatividad, más aparente que real, de la fórmula utilizada —en realidad sólo se dice que «deberán seguir avanzando», pero es que ¿cabe decir otra cosa o callarse en ese punto nodal?—, los negociadores tienen margen tanto para valorar la prioridad en cada momento de las cláusulas a introducir como para elegir el tipo de reglas impeditivas del encadenamiento contractual injustificado.

La consecuencia de tanto «encaje de bolillos» e «ingeniería jurídico-conventional» es que la expresión práctica de esta recomendación de recurrir a políticas activas de empleo estable está sólo en la conversión de contratos temporales en fijos. Casi el 30% de los Convenios del año 2002 —y sólo un punto más en el año 2003— contiene pactos expresamente relativos a dicha conversión, de los cuales un 36% se encontraban dentro de Convenios Colectivos sectoriales estatales. Muy pocos, en torno al 10%, incluyen cláusulas que establecen un porcentaje máximo de empleo temporal en relación con el volumen máximo de trabajadores con contrato indefinido en la empresa.

Por supuesto, todavía menor es el porcentaje de los que introducen compromisos de creación de empleo, en torno al 5%. Todavía más marginales, si cabe, son los convenios que incorporan compromisos de impulsar la contratación de determinados colectivos, especialmente el de las personas con discapacidad, pese a ser una de las novedades principales del ANC 2003 —año de la discapacidad—, que se reitera en la prórroga para el 2004, además de incidir la nueva política normativa comunitaria en esta materia desde año 2000. El texto del ANC-2003 dice expresamente:

*«Instar al Gobierno para que potencie el diálogo en esta materia con las organizaciones empresariales y sindicales»*

En realidad, más que una llamada a reforzar el diálogo social es a reconducir el papel de los interlocutores sociales, en la medida en que es sabido que la mayor parte de los Planes de Empleo de estos colectivos se ha llevado al margen de ellos, promoviendo más bien el Diálogo Civil, esto es, con las representaciones asociativas de estos colectivos. Este compromiso, que es esencial e indispensable para la eficacia de cualquier política de desarrollo, se ha llevado más con aquellos que con los interlocutores sociales, cuando deberían ser estos los que promuevan la integración laboral en el empleo ordinario de las personas con discapacidad. Esa medida se considera necesaria ante un Gobierno que negociaba acuerdos con colectivos que no son organizaciones sindicales.

Todavía más «soft» —débil— es la intervención en orden a las diversas modalidades de contratación previstas en nuestro ordenamiento laboral, particularmente de aquellos que estadísticamente son más utilizados por las empresas actualmente: obra o servicio determinado, eventual, formativos, tiempo parcial, relevo y fijos discontinuos. El ANC 2003 No innova nada en esta materia, salvo ratificar que en todo caso la negociación «permitirá

*adecuar la organización del trabajo a las modalidades de contratación, y el empleo a las necesidades productivas de las empresas».*

En consecuencia, sí es cierto que la negociación colectiva más reciente está ampliando la atención dedicada a las modalidades contractuales, enriqueciendo los contenidos a tratar, no menos cierto es que no hay de momento variaciones sustanciales. Así, ni los Acuerdos Interconfederales anuncian medidas concretas que aconsejen afrontar desde la negociación colectiva ni ésta se ha sentido llamada en causa de una manera significativa. Sólo encontramos, si acaso, un mensaje subliminar en las referencias de los ANC: se ruega un uso correcto de esas variantes que eviten un uso desviado de las mismas, con fines diversos de los que justifican su incorporación a la legislación vigente, en especial a raíz de los reveses que vienen sufriendo en sede jurisprudencial. Es más una llamada de atención debida por esa política judicial del derecho convencional de la contratación, que una voluntad real de acabar con esa vía, ante el respeto a la libertad de negociación de cada ámbito (recuérdese el Informe del CES favorable a la capacidad de la negociación para ampliar la duración de los contratos, no como factor de precariedad sino de estabilidad).

En definitiva, vía convenios colectivos, ni se ha conseguido reducir significativamente la temporalidad ni se promueve la contratación indefinida a tiempo parcial. Por tanto, ni la creación de empleo ni su calidad constituyen realidades sustancialmente diferentes en la negociación colectiva tras los Acuerdos Interconfederales, no obstante la atención creciente que éstos y los convenios le dedican, y aún harán más en el futuro, con o sin Acuerdos de este tipo.

Los Agentes Sociales en el ANC-2003 son plenamente conscientes de la vinculación entre el Empleo y la Formación, de modo que recogen la difundida configuración de la formación profesional como un factor incidente en el empleo. El impulso de la mejora en las cualificaciones de los trabajadores parece como elemento importante para la empleabilidad, del mismo modo que este desarrollo profesional sirve al objetivo de la competitividad de las empresas. A este respecto, y si la cuestión bien merecería una reflexión específica, sí puede confirmarse un avance notable no sólo en el plano cuantitativo, si bien el cambio de modelo que ha supuesto la doctrina constitucional favorable a exigir una implicación o participación de las Comunidades Autónomas genera importantes incertidumbres y abre una nueva etapa que, de momento, no tiene reflejo en la ordenación convencional. La Declaración firmada el 8 de julio de 2004 sí llama ya la atención sobre este factor y la necesidad de afrontar sus consecuencias en el proceso de Diálogo Social.

#### **3.4. La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la regulación convencional: derechos «on line» y teletrabajo**

Como es sabido, el «coste laboral unitario», concepto que es expresamente tenido en cuenta en la política regulación salarial avalada por los Acuerdos Interconfederales por su influencia en la productividad, acostumbra a expresarse como el porcentaje que representan los costes laborales sobre el Valor Añadido Bruto, con lo que equivale al salario real dividido por la productividad media o aparente del trabajo. Por tanto, el coste laboral unitario crecerá —o disminuirá— cuando el salario real aumenta más —menos— que la productividad real. En consecuencia, para que ese «cociente» entre costes y productividad sea favorable a la competitividad habrá que actuar tanto en un lado, los salarios —moderación de crecimiento— como en el otro —incremento de la productividad por mejoras en inno-

vación—. Otros factores, como la mejora de las inversiones tanto en «capital humano» como en innovación tecnológica, organización del trabajo y de la empresa..., inciden fuertemente en la mejora de la productividad, de ahí que se contemplen en los Acuerdos Interconfederales.

Pues bien, dejando de lado las «innovaciones tecnológicas», que adquieren una creciente presencia, más cuantitativa que cualitativa en la negociación colectiva, otra gran dimensión es el fomento tanto de la institucionalización del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) cuanto de las nuevas formas de organización del trabajo. Puesto que este último aspecto es objeto de otro estudio específico, aquí nos limitaremos a dejar constancia del tratamiento convencional sea de los denominados «derechos on line» —derechos de acceso y uso de las infraestructuras informáticas y telemáticas para fines ajenos al desempeño de la actividad laboral, incluida la acción sindical— sea del teletrabajo. Si en relación a los primeros comenzamos a tener, desde julio de 2001 —CC Telefónica SAU—, algunas experiencias relevantes, siempre en el marco de grandes empresas y sin que alcancen en modo alguno el grado de desarrollo deseado y auspiciado por el mismo Consejo Económico y Social, respecto al teletrabajo las experiencias son todavía más escasas.

En este sentido, novedosa resultó la atención prestada en el Acuerdo de 2003 al régimen de contratación de los teletrabajadores. Esta atención vino inducida por la consecución de un Acuerdo voluntario europeo específico sobre la materia, aunque las partes apenas asumen compromisos de carácter formal en esta materia, si bien la extensión del texto dedicado a tal fin es significativa, incorporando como Anexo, el contenido literal del acuerdo marco comunitario.

De nuevo lo más relevante está en las «señales» de política convencional donde alcanza su mayor significado, por lo que su relevancia es mayor en el fomento del cambio de «discursos», mucho más por los sindicatos —asunción de las claves de la cultura empresarial de la competitividad— que por los empresarios —asunción de la cultura de la estabilidad en el empleo—, que en el cambio de prácticas. Así, sin perjuicio de llamar la atención sobre la necesidad de mantener en todo momento el indispensable equilibrio de intereses en juego, lo más relevante es la definitiva aceptación, no obstante sus riesgos, del teletrabajo como una forma de organización del trabajo a contemplar positivamente, especialmente en determinadas actividades profesionales o ramas de actividad, de modo que habría que mostrar una actitud de favor y no de rechazo —una nueva renuncia a la tradicional «lucha sindical»—. No hay, sin embargo, más compromiso que la divulgación del contenido del referido acuerdo, lo que puede explicar, junto a las fuertes resistencias empresariales a dejar en manos de la autonomía colectiva una cuestión netamente organizativa que siguen considerando de su competencia «exclusiva», que la evolución convencional en los sectores más significativos del teletrabajo no evidencie una mínima influencia por los criterios del ANC 2003, redactados con tanta sofisticación en el plano de la ingeniería jurídico-convencional como ineficaz en la práctica.

### 3.5. Negociación colectiva y «calidad de clima laboral: prevención de riesgos e igualdad de trato por razón de género, dos asignaturas siempre pendientes

Para finalizar este recorrido, que podría ser bastante más extenso pero que no conviene dilatar, he dejado conscientemente la referencia a dos cuestiones que, bien diferentes,

comparten un aspecto de gran relieve, que formulo en términos de paradoja. Así, no cabe duda que expresan dos derechos sociales fundamentales especialmente reforzados en las normas, comunitarias y nacionales, son presupuestos ineludibles de un «clima laboral de calidad», requisito para la mejora de la productividad, y, sin embargo, siguen adoleciendo en los convenios colectivos de un tratamiento puramente cuantitativo —incremento de referencias nominales o formales—, pero carecen de auténtica significación convencional. En estas dos materias, pues, los esfuerzos de las partes que firmaron los Acuerdos Interconfederales, particularmente significativos en términos de discurso, menos en términos de compromisos vinculantes, no encuentran un reflejo mínimamente relevante, más allá, claro está, de contentarse con ver como crecen las referencias nominales en los convenios colectivos pero sin traducirse ni en reglas vinculantes ni mucho menos en prácticas.

La tozudez de los datos, que se empeña en evidenciar una y otra vez las dificultades de nuestro país para reducir significativamente tanto las altas tasas de siniestralidad como las discriminaciones por razón de sexo, hasta marcar nuevas reformas legislativas, no puede hacer que cualquier intento, documento, o posición que insista en buscar la tan predicada como desconocida «cultura de la prevención» o la «igualdad de género», sea siempre bienvenido, sin reparar demasiado en su alcance efectivo. Lo loable de los mensajes hace que se descuiden las críticas, de modo que tiende a atribuirseles un efecto «benéfico» sólo por existir, bastando los «mensajes» hechos de buena voluntad y sin reparar demasiado en sus contenidos. En este sentido, en el primer caso, la prevención, parecen contentarse las partes con referir a la necesidad de nuevos compromisos normativos, en la línea de la reforma reciente, consensuada con los interlocutores sociales, en el segundo domina.

Más allá de la generalización de las remisiones al compromiso con el cumplimiento de las normas, parece asumirse, fatalmente a mi juicio, que el papel del convenio debe ser residual, fiándose más la actuación a las técnicas de seguimiento y codecisión en la gestión de personal. Aunque esta posición ya cuenta con significativas teorizaciones, entiendo que el error, tanto de planteamiento como práctico, no puede ser mayor, por lo que bien harían las partes sociales en reorientar con profundidad este tema, que contrasta con el llamamiento realizado en la Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad 2002-2006, tanto en el ámbito de los riesgos tradicionales como sobre todo en el de los emergentes —ej. riesgos psicosociales, los riesgos organizacionales, dimensión de género de la prevención...—. El tradicionalismo no puede ser más agudo y, por tanto, más contestable, desde la actual estructura normativa y desde el funcionamiento práctico de la negociación colectiva.

Por lo que respecta a la otra cuestión destacada para la mejora de la «calidad del clima» laboral en las organizaciones empresariales, la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer, sabido es que constituye una declaración difundida, otra cosa es que realmente sea un «valor ampliamente compartido por todos los interlocutores sociales», el favorecer un tratamiento igualitario en la plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Entre otras cosas, se evidencia su relevancia no sólo social sino económica, en cuanto que puede promover la competitividad, pero también la lealtad en el juego de la competencia, pues políticas de personal que apuesten por diferenciar los costes en atención al sexo de su personal, supone afectar la competencia a través de empeorar comparativamente las condiciones de unos y otras, con lo que se mantiene, junto a la dimensión de derecho, esa originaria dimensión económica que está en el origen del ordenamiento comunitario en esta materia.

Se parte, siguiendo algo que ya es un tópico en el plano de las declaraciones pero que no consigue pasar a la práctica, del reconocimiento a la negociación colectiva de un papel determinante en orden a cumplir con los objetivos de lucha contra la discriminación, si quiera sea por su contribución hasta hace bien poco tiempo a perpetuar o crear discriminaciones, al menos indirectas. La política convencional antidiscriminatoria no sólo aparecería como contenido concreto, sino como política convencional, y además no sólo como instrumento de cumplimiento formal de los mandatos contenidos en la legislación general, sino como garantía de efectividad de los mismos, esto es, como vía para depurar los convenios de cuantas discriminaciones ocultas puedan contener todavía. Las nuevas normas comunitarias y nacionales de trasposición refuerzan su legitimidad en orden a recomendar a los negociadores que presten particular atención en el seguimiento de las pautas de actuación que enumeran.

La negociación colectiva encontraría aquí diversos retos. Por un lado, que los contenidos y objetivos de los acuerdos, que han supuesto un paso adelante en el tratamiento de esta materia, sean verdaderamente asumidos por los negociadores como contenidos a incluir en los convenios colectivos. Por otro lado, ir más allá de lo que supone incluir cláusulas convencionales que sólo tiendan a corregir las discriminaciones por razón de sexo, cuando estas se detecten en la práctica, paliando sus efectos, si no conseguir que la negociación colectiva se convierta en una herramienta que atienda también a las causas y al origen de dichas discriminaciones y a propiciar un cambio que, aunque tiene dimensiones eminentemente culturales, no es ajeno al ámbito de las relaciones laborales. Esto último es lo que está en la base del mandato dado por la nueva Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23.9, que modifica la Directiva 76/207/CE. Frente a la tradicional desconfianza hacia los interlocutores sociales y la negociación colectiva, hoy se les llama en causa.

Ahora bien, el compromiso con las acciones positivas, lo más relevante en el plano de la política convencional y en el plano de la técnica jurídica, aparece bien diluido. En realidad, y una vez más en coherencia con los modelos de regulación «soft» o no vinculantes, así como eficientistas, lo único que va calando verdaderamente es la política de evaluación de resultados, tan seguida en la cultura anglosajona y clara expresión de un principio tanto de eficiencia como de eficacia, de modo que se arranca en esta materia de los compromisos de estudios alcanzados en el Acuerdo de 2002. Las conclusiones alcanzadas en dicho Estudio son justamente las que conducen a concretar en el sucesivo de 2003 cierto catálogo de recomendaciones que no figuraban con detalle en el precedente. Asimismo, como otra constante del conjunto de criterios de los Acuerdos Interconfederales —regulación reflexiva—, el mayor compromiso está en las técnicas de tipo procedimental: puesta en marcha de procedimientos para el seguimiento de esta política antidiscriminatoria, de modo que se efectúe un diagnóstico de la realidad de cada momento, dejando emerger las causas estructurales de la continuidad de ciertas prácticas pese al cambio normativo y el rechazo cultural generalizado.

Pese a todo, ni en los Informes más optimistas, que tienden a enfatizar la «mayor receptividad» de los convenios hacia estos temas, puede ocultarse que los avances en el tratamiento de estos temas son todavía extremadamente escasos. Son «mayoritarios» los convenios que no introducen ninguna cláusula para el fomento de la igualdad y la no discriminación, y «muy pocos» los que hacen aportaciones concretas que merezcan destacarse. La práctica habitual es la remisión a la legislación, lo que sin duda a estas alturas se

revela una auténtica tautología y señal del mayor fracaso en este punto de los Acuerdos Interconfederales. Un claro ejemplo es la disociación que se produce entre el incremento de las cláusulas que refieren a la conciliación de la vida laboral y familiar, ya más del 60% de los convenios, y su alcance real, pues la mayor parte se limita a remitir a lo regulado en la norma legal, cuya insuficiencia y desenfoco son bien conocidos por todos los analistas. La relegación del acoso sexual al ámbito de lo disciplinario, sin poder, saber o querer llevarlo a su ámbito más importante, la prevención, es otra muestra de la incapacidad de los Acuerdos Interconfederales de traducirse en una verdadera fuente de renovación o innovación de los contenidos de la negociación colectiva.

Una novedad del Acuerdo de 2003 es la extensión de la política antidiscriminatoria más allá de la lucha contra las diferencias por razón de sexo para apostar por la igualdad de trato, como por ejemplo en el empleo, especialmente respecto de ciertos colectivos: jóvenes, inmigrantes y discapacitados —incluso parejas del mismo sexo<sup>16</sup>—... Sin embargo, y ya no es novedad, aún queda mucho para que esta preocupación o compromiso, más o menos sincero, pase del discurso a las prácticas.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

Desde luego es difícil hoy hacer un balance adecuado del impacto de los Acuerdos Interprofesionales en la negociación colectiva. Primero por el todavía corto periodo transcurrido, dada la inercia y la lentitud en el cambio de las dinámicas convencionales. Segundo, por la propia voluntad de las partes, de no incidir directamente, sino dejar en cierto modo «al paio» la evolución.

En cualquier caso, en un momento en que se abre una nueva etapa en el proceso de renovación del Diálogo Social, que afecta claramente a la negociación colectiva, bien merecería la pena reflexionar mucho más a fondo de lo que hasta ahora se ha hecho, por las partes, Gobierno y analistas, sobre esta materia. La ya inaplazable revisión, por supuesto parcial y desde la continuidad de ciertos puntos que se han revelado positivos en este cuarto de siglo, de nuestro sistema exige ir más allá de las declaraciones, o de la formulación bien de críticas foribundas, sin sentido normativo y práctico, o de adhesiones inquebrantables. Aún partiendo —en realidad esto empieza ya a recordarme lo se dice siempre del Derecho del Trabajo, pese a sufrir verdaderas «sangrías», ese sí, muy gradualmente—, de que goza de «buena salud», no parece que quepa confiar esta revisión instrumentos que las partes, al menos algunas de ellas, se ufanan en configurar como «lecciones magistrales de cátedra», instrumentos «apostolares» o «pedagógicos».

Muchas son las críticas que se realizan a los contenidos de la negociación colectiva en España, derivadas de recientes estudios en la materia, a partir del análisis de diversas muestras de convenios. De forma generalizada, o extendida, se le imputa una serie de deficiencias y carencias en cuanto a su estructura y a la pobreza de sus contenidos, sobre todo en

<sup>16</sup> Se ha valorado positivamente, con razón, que 4 de cada 10 convenios colectivos regule la igualdad de trato a las parejas de hecho, pues es sabida la ausencia de regulación legal a tal fin. *Vid.*, MORILLO BALADO, R.D. «Nuevos modelos de convivencia familiar: las parejas de hecho de igual o distinto sexo». En Aa. Vv. (dir: R. Escudero). *La negociación colectiva...*, *op. cit.*, pág. 803.

lo relativo a materias tales como la prevención de riesgos, la igualdad de trabajo entre hombres y mujeres, la conciliación de la vida laboral y familiar, el empleo..., que tienen aún un carácter residual en las cláusulas convencionales, al menos si se valora cualitativamente y se supera la inercia cuantitativa del número —puramente estadístico— de referencias. Parece, pues, llegado el momento de explorar otras sendas de renovación y racionalización, quizás más cerca de los Acuerdos Interprofesionales de 1997, por supuesto actualizados a nuestro tiempo, que de este «invento», más descubrimiento arqueológico que sofisticada y útil ingeniería jurídico-convencional, que ha supuesto los Acuerdos Interconfederales, cuyo agotamiento es ya una realidad aceptada por todos.

Yo dudo que el loable, pero excesivamente voluntarioso, análisis de bisturí, basado más sobre el subterfugio lingüístico —las partes dirían en cada caso nada más que lo que quieren «exactamente» decir, de modo que habrían empleado presuntamente «el lenguaje adecuado al diseño que pretenden conseguir en cada una de las estipulaciones contraídas»—, que sobre un análisis técnico-jurídico —ni formalista, ni realista, sino hermenéuticamente correcto—, sea suficiente para apostar por estos instrumentos para proceder a la reordenación y mejora del sistema. Yo más bien creo, como expresé hace dos años antes de conocer la experiencia convencional y que conocida entiendo que se reafirma, que, más allá de ser coyunturales vías para impedir un cambio gubernamental unilateral por imposición de la mayoría absoluta del Gobierno del PP, no esconden más que un resignado arte de lo posible —o lo imposible—, y es la perpetuación de demasiadas inercias históricas e institucionales que las partes se ven incapacitadas —impotentes— de afrontar y que tampoco los poderes públicos quieren arriesgar una intervención que podría resultar «impopular». Pese a todo, no dudamos que la negociación colectiva será el principal instrumento del futuro para regular las condiciones de trabajo, que irá mejorando poco a poco, incluso pese a fórmulas tan desafortunadas y descomprometidas como los Acuerdos Interconfederales de los años 2002-2004.

Yo dudo mucho también que ya estén agotados los modelos de normatividad clásica —no decimonónica—. Buena prueba de ello es que reformas legales, documentos de los interlocutores sociales, acuerdos, encuentros... apuestan por reforzar tanto la intervención de la ITSS —policía laboral—, como los instrumentos de garantía judicial en orden a conseguir una mayor efectividad... Pero es difícil que, dados sus principios, puedan actuar exigiendo el cumplimiento de algo que los propios firmantes aceptan configurar o como «pastorales» o como «consejos prácticos» o guía de buenas prácticas.

Desde luego hay un impacto que no puede negarse a estos Acuerdos: no son un episodio más en la fatigosa búsqueda por recuperar un indispensable equilibrio entre flexibilidad y seguridad, sino el capítulo de cierre en orden a la legitimación del nuevo enfoque: la lógica de la competitividad en cuantas cuestiones se afrontan, desde la salarial, por supuesto, hasta la igualdad de oportunidades. Ahora hay que pedir que no sólo la ley de la inercia y otros factores ayuden, si no que de nuevo los interlocutores sociales estén a la altura de las circunstancias y, de paso, nuestro flamante Gobierno de la Nación. Mientras tanto, seguiremos atentos —y confiados— al próximo dato jurídico en que se formalice el nuevo momento de «evolución».



# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EMPRESARIAL ANTE LAS EXIGENCIAS DE ADAPTABILIDAD Y REORGANIZACIÓN DE LOS SISTEMAS PRODUCTIVOS

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Granad

## EXTRACTO

Los cambios estructurales de las empresas plantean a la negociación colectiva el reto de mostrar su capacidad operativa para ser un procedimiento jurídico de encauzamiento, organización y dirección de las relaciones laborales en el sentido más adecuado para afrontar las mutaciones en curso. La negociación colectiva tiende a ser un cauce fundamental de la gestión de la empresa flexible y participativa, 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. Es de realzar que la negociación colectiva (expresada formalmente en convenios y acuerdos colectivos de diversa naturaleza) constituye un instrumento flexible de organización empresarial, aparte de ser también un típico mecanismo de regulación del mercado de trabajo.

## ÍNDICE

1. LA «FORMA EMPRESA» Y SU VARIACIÓN COMO FACTOR CONDICIONANTE DEL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. «CODECISIÓN NEGOCIAL» DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN Y REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL
  - 2.1. Premisa: el fortalecimiento de las estructuras representativas en las empresas
  - 2.2. Instrumentación convencional de las operaciones de reorganización
3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANTE EL NUEVO «MODELO DE EMPRESA FLEXIBLE» Y EL ENRIQUECIMIENTO DE SUS CONTENIDOS
4. BIBLIOGRAFÍA

*«Pero la crisis no se oculta con el eclecticismo ni volviendo hacia atrás»*

CARLO LEVI<sup>1</sup>

## 1. LA «FORMA EMPRESA» Y SU VARIACIÓN COMO FACTOR CONDICIONANTE DEL SISTEMA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Es manifiesto que 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 axial de la eficiencia económica en condiciones de máxima competitividad. 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 un sentido de mayor descentralización de la empresa de grandes dimensiones. Ejemplos significativos son el apogeo de la «empresa red» y de los grupos de empresas de estructura flexible, como reflejo manifiesto de que la empresa ha cambiado su modelo de organización jurídica y económica para acomodarse a las nuevas circunstancias caracterizadas por la incertidumbre y la «impredecibilidad» derivadas de las transformaciones económicas y tecnológicas y del rápido cambio del contexto en que se mueven las empresas, en condiciones de máxima competitividad y globalización de la economía mundial. Es en la media y gran empresa donde se localizan las innovaciones organizativas (incluidas la política de descentralización productiva y funcional) y tecnológicas más relevantes; sin que ello suponga ignorar que en la pequeña empresa también se producen innovaciones en dichos ámbitos. Por lo demás, la empresa (de diversas dimensiones) tiende a desmaterializarse, perdiendo progresivamente relevancia el elemento estrictamente patrimonial. La empresa es cada vez más organización de actividades y de servicios para el mercado, sin que a menudo el aspecto patrimonial tenga verdadera relevancia. Al propio tiempo, la empresa tiende a realizar cada vez más formas descentralizadas de gestión y organización de las actividades («empresa flexible»).

La presente coyuntura, caracterizada por la introducción de medidas innovadoras, plantea arduos problemas de adaptación de la negociación colectiva a los cambios en curso y numerosas cuestiones prácticas que es preciso resolver. De ahí la expansión de la *unidad empresa* como base de la negociación colectiva. La dimensión de la unidad productiva es

<sup>1</sup> LEVI, C.: *Miedo a la libertad*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1996, pág. 120.



relevante también como factor de diferenciación del Sistema de negociación colectiva. Es, por lo demás, un laboratorio perfecto para detectar los cambios cualitativos que se vienen produciendo en los contenidos y en la estructura de la negociación colectiva. La negociación colectiva ha demostrado suficientemente que puede ser un instrumento flexible para la solución de los conflictos laborales, pero también para la gestión negociada de los problemas de organización de la compleja empresa moderna (y no sólo respecto de la organización del trabajo), como viene quedando acreditado con los Acuerdos colectivos de reorganización productiva impulsados por las últimas reformas laborales. Ello supone que en el escenario de la negociación colectiva («codecisión negocial» como fórmula específica de participación gestional) se discute y decide sobre materias que en muchos casos anteriormente eran competencia exclusiva de la Dirección de la empresa. Supone, igualmente, que el acuerdo o convenio colectivo potencia 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, en fin, 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 en nuestro país (como ocurre también, más ampliamente, dentro del espacio económico de la Unión Europea). 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 confiere 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 OIT, núm. 163, 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 deberán 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 sean necesarias para negociar con conocimiento de causa (apdo II.7.2). Aunque menos precisa, el Tratado de la Constitución Europea garantiza el «derecho de negociación y de acción colectiva», indicando que «los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga» (art. II-28 del Título IV: «Solidaridad»). Por otra parte, se reconoce que el diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de «relaciones convencionales, acuerdos incluidos» (art. III-106.1 del Tratado de la Constitución Europea).

La maquinaria normativa predispuesta en el Ordenamiento español está en gran medida preparada para la expansión y el enriquecimiento de los contenidos de la negociación colectiva con la textura abierta del art. 85 de la LET y la disponibilidad de los mecanismos de regulación previstos, entre otros, en los artículos 40, 41 y 51 de LET, 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. Ese espacio está siendo ocupado (no sin cierta lentitud en algunas materias) por los agentes sociales, lo cual ha supuesto un enriquecimiento de los contenidos tradicionales de la negociación colectiva. Ese enriquecimiento de los contenidos negociadores está especialmente ligado a la exigencia de las partes sociales de responder a las transformaciones del sistema productivo y a las nuevas formas de organización de las empresas. En gran medida se ha tratado de buscar nuevos equilibrios entre las necesidades de flexibilización de las empresas y de protección diversificada de los derechos de los trabajadores. Desde este punto de vista, no cabe duda de que la autonomía negocial se ve «presionada» por el «Derecho de la competencia» (el cual adquiere una especial primacía dentro del Ordenamiento Jurídico de la Unión Europea). La negociación colectiva interactúa con el ámbito económico, social y productivo del que forma parte. En este sentido la negociación colectiva trata de equilibrar su función garantista tradicional con su reconocida función flexibilizadora y, asimismo, con su «función gestional», relativa a la gestión de la empresa y, por consiguiente, encaminada a disciplinar los poderes empresariales (incrementando la influencia de los trabajadores o reforzándolos a través de ciertas contrapartidas). Un reto para la negociación colectiva posterior a la reforma de 1994 es establecer modos de regulación que permitan ocupar los espacios dejados por la ley; y, al hacerlo, establecer fórmulas y soluciones equilibradas respecto a la composición de los intereses de los trabajadores y empresarios.

Ciertamente, hoy aparecen nuevos paradigmas de producción ligados a la expansión tecnológica y a las estrategias de adaptación flexible de las empresas a las variables de un mercado global y altamente competitivo, con una integración sistemática de la economía a nivel supranacional, que ha surgido de la creciente diversificación estructural y funcional de las redes de empresas, comerciales y financieras. La nueva empresa se dota de estructuras menos rígidas y jerarquizadas; incluso la grandes corporaciones transnacionales presentan estructuras decisorias flexibles y ágiles, de carácter marcadamente multidivisional, para incrementar su capacidad de adaptación a los requerimientos de cada mercado y a las exigencias de productividad y competitividad al menor coste posible. Ese nuevo modelo de empresa postfordista se comunica perfecta y coherentemente con un Derecho sistemático de la producción. El nuevo espacio jurídico nacional y transnacional ha creado una amplia red de acuerdos formales e informales entre empresas y cadenas productivas; pero también en la esfera interna aparece un derecho negocial que se inscribe en el más amplio Derecho reflexivo que impulsa los procesos de autorregulación negocial, respondiendo a los retos «externos» de modo altamente flexible y adoptivo. El «derecho de la producción» es el que ejerce su fuerza centralizadora y determinante, delimitando los parámetros y los límites estructurales de las transformaciones del Derecho positivo (señaladamente, en respecto del Derecho económico y del Trabajo). Ese Derecho de la producción se crea en el marco de los complejos empresariales nacionales y transnacionales. En la vertiente «interna» a la organización empresarial, el Derecho de la negociación colectiva (su Sistema de Derecho regulador) constituye una expresión cualificada del «derecho reflexivo», cuya fi-



nalidad esencial es fomentan la autonomía reguladora permitiendo maximizar su racionalidad interna a través de procedimientos idóneos de formación del consenso interno sobre la toma de decisiones empresariales. La autonomía regulada (y potenciada desde el Sistema jurídico) hace posible la construcción de mecanismos encaminados a la autoorganización por los sujetos implicados atendiendo a la pluralidad de intereses en juego y a la identificación de los espacios de interés común o compartido. No es de extrañar que la nueva negociación colectiva gestional (por no decir, gerencial) trata de individualizar en la dinámica de toma de decisiones directivas de la empresa los ámbitos convergentes, extendiendo entre los sujetos implicados un sentido de responsabilidad social sobre el rumbo del complejo productivo y su adaptación permanente a las variables del mercado. En cierto modo se instaura una suerte de «*micro-neocorporativismo*» *procedimental y decisorio*. Estas formas de micro-concertación (que sin tener una «presencia» estatal es manifiestamente, sin embargo, impulsada desde la legislación pública, estatal y europea) desembocan en acuerdos colectivos microcorporativos (expresados, de modo harto frecuente, en acuerdos de reorganización o reestructuración productiva, de relevancia siempre creciente), que propician una interacción descentralizada, flexible, eficiente y de gran rapidez entre los actores socio-económicos. Ello contribuye a generar una potenciación de la capacidad general de las empresas para adaptarse y reestructurarse en respuesta a las fluctuaciones del medio ambiente-mercado. La negociación colectiva «gestional» hace posible una apreciación más inteligible y rápida en términos de «cálculo» de los ámbitos o espacios de disenso y acuerdo en el interior de las organizaciones productivas. Por otra parte, es de significar que ese modelo de «neocorporativismo» a nivel de empresa no se concibe —ni se práctica— actualmente como una alternativa al pluralismo: pluralismo y neocorporativismo, se combina y se distribuyen en los distintos ámbitos y cuestiones de interés para las partes sociales, generando un contexto institucional más favorable y apropiado para el desenvolvimiento del Sistema de negociación colectiva.

Es de destacar que el marco jurídico vigente atribuye un amplio margen a los sujetos negociadores (como se pone de relieve en la amplitud misma de la garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE; la textura abierta también del art. 85.1 LET, y asimismo los continuos reenvíos del legislador a la autorregulación colectiva de muchas materias sociolaborales). Desde el propio Sistema interno y comunitario, y desde la misma «cultura sindical» y del sistema de relaciones industriales, se aprecia igualmente una mayor presencia de ámbitos de cooperación participativa entre los sujetos colectivos. Ello no supone una superación del conflictos social connatural al sistema de relaciones laborales, pero sí una ampliación de los «puntos de encuentro» y la determinación de zonas de interés mutuo (no necesariamente «común»), lo que se ha traducido, entre otras cosas, en que los convenios y pactos colectivos de trabajo entren la regulación de materias que inciden en las prerrogativas de la dirección de la empresa. De maneja que adquiere un papel muy destacado la que se ha dado en llamar «negociación colectiva *gestional*», que viene a traducirse en una suerte de «co-decisión negocial» de materias concernientes a la dirección y organización del complejo empresarial. El reclamo de este tipo de negociación ha sido muy importante en la búsqueda de soluciones de compromiso y consenso en la realización de los procesos de reorganización permanente de las empresas en el espacio interno y a escala europea (empresas transnacionales de dimensión europea). En este sentido emerge un cambio de paradigma de regulación autónoma del sistema de relaciones industriales, en un sentido más cooperativo y «gerencial». Negociación cooperativa (co-de-

cisión negocial) que se combina e integra con la atribución de «derechos de participación débiles» como la información y la consulta (aunque en algunos casos se alientan formas flexibles de cogestión institucional).

Los más recientes Acuerdos Marcos Interconfederales de 2002 y 2003 parecen situarse en ese esquema más participativo de las relaciones laborales. En ellos, como se indicará después, se vislumbra una aceptación más explícita de la lógica de racionalidad económica, y de implicación en la «prosperidad» y mayor competitividad de las empresas y, en general, del sistema económico en su conjunto. No menos expresivo resulta el reciente *Pacto Político-Social celebrado entre el Gobierno, los Sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas, el 8 de julio de 2004*, cuya apuesta comúnmente aceptada por todos los actores es «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». Se busca que la sociedad española alcance unos mayores niveles de desarrollo económico, de calidad en el empleo, de bienestar social, de cohesión territorial y de sostenibilidad ambiental. En aspecto no menos directamente relacionados con el objeto de este ensayo se contemplan dos temas centrales e interrelacionados, como 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. Han de buscar las fórmulas más convenientes para adaptarla a las necesidades de empresas y sectores productivos así como para mejorar la productividad. Aspecto, éste último, que introduce en la 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. En relación a ello, se postula un incremento (no definido en sus formas específicas de realización) de la participación de los trabajadores en la empresa. En el sentido de que se ha de analizar el derecho de información, consulta y participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones de las empresa, especialmente ante los procesos de reestructuración empresarial y tratamiento de las condiciones de productividad de los complejos empresariales. De este modo Sistema de Negociación Colectiva y Sistema de 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.

La negociación colectiva, en relación a todo ello, constituye una fuente determinante de la instauración del nuevo Derecho Flexible del Trabajo, construido bajo el prisma preferente del Derecho reflexivo impulsor de los procesos de autonormación colectiva. El sistema de negociación colectiva de nuestro país refleja ese proceso de transición del *modelo legal garantista* al modelo legal y negocial *flexible y reflexivo*, caracterizado por el retroceso de la ley a favor del convenio colectivo como fuente reguladora y el particular predominio por la realización del principio de eficiencia económica. En la coyuntura actual queda realizada la idea de que la intervención de apoyo o promocional de la negociación colectiva se cimenta en el criterio político-jurídico subyacente de impulsar la negociación colectiva como instrumento especialmente idóneo (por el carácter flexible y consensuado del instrumento, ante todo) para la gestión consensuada del mercado de trabajo y de los procesos de reorganización permanente del sistema productivo. Lo cual implica la asunción de funciones gestionales o de gobierno de la empresa por parte de la negociación co-



lectiva, y, asimismo, la correlativa potenciación de los derechos colectivos y sindicales. En muchos casos en la negociación colectiva se ha llevado a cabo una ampliación de los derechos y facultades mínimas atribuidas por el sistema legal a los sindicatos y a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores.

El «clima cultural» de flexibilidad, competitividad, eficiencia y globalización económica está siendo «recibido» e «impulsado», al propio tiempo, desde la negociación colectiva; y asumiendo las «ventajas» e «inconvenientes» del proceso controlado (y «calculado») de desregulación legislativa. La autonomía colectiva está realizando un gran esfuerzo para asumir las nuevas tareas reguladoras. Sin embargo, la negociación colectiva debe «modernizar» sus contenidos, evitando «transcribir» la preexistente (y ya derogada o liberalizada) regulación legal. Especialmente, el Derecho reflexivo legal está fomentando la negociación colectiva como instrumento de control y gobierno de los procesos de reestructuración empresarial en los mercados (Reténgase el contenido de los grandes Acuerdos Marco de diferentes Grupos empresariales y determinados Acuerdos para materias concretas).

Es de señalar que actualmente se están produciendo transformaciones globales de los en los sistemas económicos, como son la complejidad y aceleración creciente de los procesos empresariales, la ampliación de los referentes de referencia para el mercado —globalización—, la «desmaterialización» y «deslocalización» que permiten las nuevas tecnologías de la información, etcétera. 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», muta la división del trabajo entre empresas, así como entre las empresas y el contexto o ambiente en el que actúan y con el que interaccionan. El vínculo espacial de las actividades al mismo tiempo que se reduce —descentralización productiva y/o estratégica, mediante técnicas telemáticas, recurso a técnicas contractuales que permiten la descentralización— se hace más denso y penetrante, en paralelo al proliferar de viejos y nuevos fenómenos de integración, relacionalidad, cooperación. Debe realizarse la centralidad que tiene en esas unidades funcionales la negociación a través de Acuerdos Colectivos o Pactos de Empresa, que en gran medida se explica por la multiplicidad de tareas y papeles que asume en los últimos años las técnicas de regulación concertada de las relaciones laborales. La lógica económica y la lógica social típicas de la negociación colectiva encuentran en estos ámbitos motivos particularmente intensos y extensos para desarrollarse, unas veces predominando las razones económicas —interés empresarial— y otras las sociales —interés de los trabajadores—. Con todo, estas empresas no sólo evidencian una gran capacidad para instrumentalizar la negociación colectiva al servicio de los grandes valores económicos de la empresa, como son la productividad y la competitividad —ej. salarios variables, por competencias...—, sino también para ampliar su ámbito de respuesta a las nuevas demandas sociales, incluidas las de tipo socio-laboral: Sistema de Gestión de Prevención de Riesgos Laborales, mejora de la calidad de ambiente, complemento de pensiones o protección social complementaria (proliferan los acuerdos sobre previsión social y externalización de los Fondos de Pensiones —ej. Banzo Zaragozano, BOE 8.2.2001—, o sobre Seguro Colectivo de Vida, de BBVA —BOE 14.2.2001—, y BBVA Privanza Banco, 31.12.2002; Banco Urquijo, 30.1.2003, Banco CDC Urquijo, S.A. —BOE 31.1.2003—, Banco Pastor, S.A., BOE 30.1.2003), los Acuerdos donde se incluyen importantes garantías de recolocación, políticas de empleo, etcétera.

Dentro del nuevo y complejo entramado de unidades de negociación o contratación colectiva emergen nuevas unidades de negociación que son consecuencia de las actuales realidades socio-económicas en donde se realiza la actividad empresarial. En el nuevo contexto productivo se detecta, por un lado, una tendencia hacia la concentración empresarial en grupos de empresas, y, por otro lado, un enorme desarrollo de los procesos de descentralización productiva. Los dos son fenómenos complementarios en la medida en que en la actualidad se segregan de la empresa actividades productivas que antes se concentraban en ella y que ahora son prestadas por otras empresas que se sitúan dentro de la red del propio grupo. En tal sentido, aparecen unidades de negociación constituidas por los grupos de empresas, pese a la ausencia de regulación legal (así, el I Convenio Colectivo de Unión Fenosa Grupo, el II Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo, o el Primer Acuerdo Marco del Grupo Aceralia, Convenio Marco del Grupo Endesa, Acuerdo Marco para el personal de «Altadis, S.A.» y «Logista, S.A.»), o incluso convenios de grupo que delimitan parcialmente a una serie de sociedades que forman parte del grupo, pero que no incluyen a todas (como es el caso del CC de las Empresas «Praxair España, S.L.», «Praxair Producción España, S.L.»). Aunque, no obstante, todavía se manifiesta cierta resistencia a negociar un convenio colectivo propio del grupo, como pone de manifiesto el hecho de que, pese al gran número de grupos de empresas existentes en la realidad socio-económica, sin embargo, siguen siendo escasos los convenios de este ámbito, lo que puede explicarse 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 ventajosas que normalmente se han negociado para los trabajadores adscritos al que se considera núcleo duro del grupo. (V.gr., CsCs de «Grupo Cruzcampo, S.A.»).

Por lo demás, es necesario precisar que la escasa existencia de convenios de grupo se explica también por la propia diversidad de las actividades desempeñadas por las empresas que están dentro del grupo, que determinará una gran variedad funcional. En muchos casos, esto dará lugar a que se negocien diversos convenios colectivos de empresa normalmente incluidos en el ámbito sectorial correspondiente (así, por ejemplo, no existe un convenio colectivo del Grupo Telefónica, sino que por el contrario encontramos el Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica Servicios Avanzados de Información, S.A.», Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica Servicios Audiovisuales, S.A.», Convenio Colectivo de «Telefónica Publicidad e Información», Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica Data España, S.A.», Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica Servicios Móviles, S.A.»); pero a veces suele ser necesario negociar un convenio de aplicación exclusiva al grupo dada la variedad de actividades productivas que constituyen su objeto social y que permite ofrecer a potenciales clientes una gran variedad de productos o servicios que no pueden ser encuadrados en un solo convenio sectorial. De esta manera, este ámbito de negociación, en la medida en que dentro del grupo se incluyan empresas pertenecientes a distintos sectores de actividad [como en el caso del Convenio Colectivo del Grupo Generali; La Estrella, S.A., de Seguros y Reaseguros; Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, Grupo Generali España A.I.E.; Gensegur Agencia de Seguros del Grupo Generali, S.A.; Desarrollos Sanitarios Integrales, S.A. (Desainsa) y Hermes, Sociedad Limitada de Servicios Inmobiliarios y Generales, BOE 23/8/2002; o también el conocido supuesto de la Empresa Umamo Servicios Integrales], rompe también con la clásica negociación sectorial y de empresa, generando nuevas cuestiones. Este mismo fenómeno puede plantearse en relación con redes de empresas, con independencia de que existan o no vínculos grupales.



Se puede apreciar como en todos estos casos, los problemas se plantean, por un lado, en cuanto a la necesidad de adecuar a sus peculiaridades organizativas las estructuras de representación y las reglas de legitimación para la negociación de convenios colectivos y, por otro lado, respecto a la ordenación de la concurrencia de todas estas unidades de negociación. Para las nuevas unidades base de la negociación sirven a una exigencia de replanteamiento y enriquecimiento de los contenidos de la negociación colectiva de ámbito empresarial.

## 2. «CODECISIÓN NEGOCIAL» DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN Y REORGANIZACIÓN PERMANENTE DE LAS EMPRESAS

### 2.1. Premisa: el fortalecimiento de las estructuras representativas en las empresas

En el marco de un modelo participativo, la gestión colectiva de la reestructuración permanente exige garantizar y potenciar la implantación de estructuras representativas fuertes y realmente operativas en el sistema de empresas. El estudio detenido de la experiencia de negociación colectiva en las empresas permite concluir, en términos generales, que las posibilidades abiertas en nuestro ordenamiento jurídico-laboral a la negociación colectiva para abordar aspectos relativos a los derechos de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, en todas sus manifestaciones, así como a los mecanismos de participación, más allá de las prescripciones legales al respecto, son, cuantitativamente, escasamente utilizadas, habida cuenta que, relativamente son pocos los convenios colectivos de las empresas que contienen aportaciones realmente novedosas. Debe recordarse que los derechos de información, consulta y participación vienen siendo impulsados desde las Directivas sociales comunitarias, y por los grandes acuerdos sociales (ANC-2003, prorrogado para el 2004) y en el Pacto Político-Social celebrado entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (julio de 2004). El sistema legal (Título II de la LET y LOLS, arts.8 y siguientes) abre espacios a la negociación colectiva que aún no han sido ocupados adecuadamente por la autonomía colectiva. La negociación colectiva ha establecido «otras formas de participación» en el sentido del art. 61 de la LET (comisiones mixtas; atribución de funciones más incisivas de participación de los trabajadores en la empresa). Hay un largo camino por recorrer.

Los acuerdos de grupo y los convenios de empresas de mayor dimensión prestan una detenida atención al tema, incluso dedicando Anexos específicos<sup>2</sup>, capítulos íntegros a la cuestión, o un conjunto de artículos de notable extensión. En cambio, tal atención se amimora, cuando no desaparece, en los convenios colectivos de empresas de tamaño más reducido, aunque el fenómeno no es absolutamente simétrico, pues también se da el caso en empresas de notables dimensiones. En una primera valoración global ha de señalarse que, salvo algunas excepciones, aun en lo supuestos en que se asiste a una regulación extensa en cláusulas, no es apreciable que la misma sea intensa, entendiéndose por tal la aparición de

<sup>2</sup> Vgr., el Anexo 8 del XIV CC IBERIA LAE —Tripulantes de cabina de pasajeros— (BOE de 13 de diciembre de 2001); Anexo 7 XI CC ONCE (BOE de 20 de agosto de 2001).

singularidades o, mejor, la ampliación reguladora a aspectos no previstos legalmente, salvadas las aludidas singularidades. Expediente explicativo a tal carencia podría aportar el hecho de que la protección constitucional y legal del derecho de libertad sindical y de sus múltiples manifestaciones, no hacen imprescindible su cumplimentación a nivel convencional, aunque, es obvio, ello no significa que la misma resulte superflua, pues, de lo contrario, la negociación colectiva puede constituir un marco privilegiado de actualización de las previsiones legales a la realidad de la empresa y a una mejor puesta en acción de las potencialidades de la normas legales al respecto, dotándolas de efectividad.

La negociación colectiva en la empresa, por lo que se refiere a la materia sindical, se caracteriza por la inevitable heterogeneidad, en un abanico que va desde la actitud silente, la carencia de mención alguna a la cuestión, a la introducción de regímenes novedosos con la creación convencional de instancias representativas singulares. Entre ambos polos, casi todas las posibilidades se hallan presentes en la práctica negociadora, omisión absoluta, puntuales referencias, tratamiento tangencial, reproducción más o menos literal y más o menos exhaustiva de los preceptos legales, adición de derechos, regulaciones singulares, etcétera. En algunos convenios, no obstante, se produce una elusión del tema mediante una elegante cláusula remisoria a la regulación legal<sup>3</sup> contenida en la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en los artículos del Estatuto de los Trabajadores atinentes a los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa, añadiendo además la «cláusula escoba» de cuantas otras disposiciones resulten aplicables<sup>4</sup>. En otros, en fin, nada se dice, lo que, a efectos prácticos, es igual que lo anterior, o sólo aparecen referencias a cuestiones puntuales (V.gr. cuota sindical, comité intercentros, crédito horario). En la negociación colectiva en las empresas predominan los convenios que abordan sistemáticamente la cuestión en un Anexo<sup>5</sup> o en un Capítulo ad hoc, con distintas intitulaciones o rúbricas.

Se debe destacar que esta materia está llamada a tener una importancia mayor en la negociación colectiva precisamente por las tendencias que vienen impulsando un sistema más cooperativo de relaciones laborales, con la potenciación consiguiente de los derechos de información, consulta y participación. De cualquier modo, la implantación de fórmulas «fuertes» de participación exige la regulación legal para su expansión generalizada; y es lo que cabe esperar. En este contexto merece reseñarse la singular declaración contenida en un convenio que, bajo la intitulación de «garantías sindicales», establece que «ambas partes manifiestan la importancia que en la consecución de los objetivos previstos por la compañía tiene la armonía y el buen clima laboral, acordando a estos efectos, que los emplea-

<sup>3</sup> Vgr., art. 39 CC Futbol Club Barcelona (personal continuo) (DOGC de 7 de febrero de 2002); art. 25 CC Futbol Club Barcelona (empleados fijos discontinuos) (DOGC de 15 de mayo de 2002), Disposición final segunda CC Nissan Vehículos Industriales, S.A. Centro de trabajo de Ávila (BOP de Ávila de 19 de julio de 2001); art. 34 CC de la empresa Gas Rioja S.A de Logroño (La Rioja) para 1998 y 1999 (BO La Rioja de 2 de marzo de 1999).

<sup>4</sup> Vgr., el CC de la empresa Eléctrica del Oeste, S.A (BOP Cáceres de 9 de febrero de 1999) establece en su art. 23 que, en cuanto a la actuación de los representantes legales de los trabajadores dentro de la empresa, se estará a lo dispuesto en este tema en la LOLS, Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones de general aplicación.

<sup>5</sup> Vgr. Anexo 7 del XI CC ONCE (BOE de 20 de agosto de 2001) Regulando funcionamiento órganos de representación colectiva de los trabajadores.



dos que ostenten la condición de representantes legales del personal en cualquiera de sus órganos, incluirán estas funciones en la fijación de sus objetivos anuales»<sup>6</sup>, o el reconocimiento de la «labor sindical» realizada en algún convenio, a cuyo tenor «la empresa asume que la labor sindical dentro de sus garantías y límites legalmente establecidos ... forma parte importante de su proceso productivo»<sup>7</sup>.

Expresivo de una recepción convencional de la promoción legal de las instancias representativas de los trabajadores, sin establecer distinguos entre las lógicas organizativas de tales instancias, resulta la declaración por la que «ambas partes manifiestan su intención de potenciar las funciones, atribuciones y facultades de los organismos representativos del personal que establezcan las disposiciones legales, adaptando el marco legal que las regula a las características de nuestra empresa»<sup>8</sup>.

## 2.2. Instrumentación convencional de las operaciones de reorganización

En la contemporánea economía de mercado, que somete a las empresas a una creciente competencia global en todo el ámbito planetario —incluido el espacio e incluso más allá en el caso de las empresas aeronáuticas— y a permanentes retos de innovación como consecuencia de los cambios tecnológicos, las fronteras de las empresas aparecen extremadamente difusas, evanescentes, móviles. Los procesos de reestructuración, reorganización, venta, adquisición... están a la orden del día, y sus consecuencias no sólo se dejan sentir en la gestión de los recursos de capital y de otro tipo, sino también en los denominados, por supuesto con toda impropiedad, «recursos humanos» o «gestión de personal» o «plantillas»<sup>9</sup>. Los nuevos objetivos, en esta situación de complejidad e incertidumbre, motivan a las empresas a que realicen procesos permanentes de reestructuración y reorganización. Procesos que conocen la más variadas de las formas, que provocan fuertes contrastes entre la imagen jurídica asumida por la empresa y su funcionamiento efectivo en el ámbito económico-financiero. Así, en unos casos se opta prevalentemente por técnicas de cooperación «externa» entre empresas, como las Alianzas estratégicas, los Acuerdos de Colaboración Empresarial, con mayor o menor vocación de estabilidad, así como al desarrollo de relaciones de franquicia, de reagrupación empresarial —ej. filiales comunes, joint ventures, UTEs, AIEs...—. En otros, se prefieren los procesos de integración, sea en la unidad —fusiones/escisiones— cuanto en la pluralidad —creación de grupos y/o conglomerados empresariales; formación de redes empresariales...—. En la mayor parte de los casos, en cambio, la opción se articula a través de la combinación de unas técnicas (coope-

<sup>6</sup> Tal es el tenor literal del art. 128 CC «BP Oil España, Sociedad Anónima» (BOE de 17 de diciembre de 1998).

<sup>7</sup> Art. 36 CC Allianz Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima (BOE de 18 de septiembre de 2000).

<sup>8</sup> Introducción del Capítulo XIX del XX CC Repsol Butano, Sociedad Anónima (BOE de 29 de septiembre de 1999).

<sup>9</sup> Hecho que ocasiona intensos procesos de «reconversión profesional» como «consecuencia irreversible para la supervivencia del trabajo y de la empresa» —Capítulo X CC Ercros, S.A., pero también de reconversión empresarial. En sentido análogo los Preámbulos de los Acuerdos Marco del Grupo Endesa, del Grupo Aceralia, o los Convenios del Grupo Sniace.

ración) y otras (integración). En todas estas situaciones encontramos aquel mismo fenómeno: redefinición de los límites externos de la empresa, de modo que ya no es fácil diferenciarla en torno a parámetros físicos sino en atención a sus vínculos organizativos, comerciales....

Estos cambios profundos y permanentes se reflejan ya en los propios cambios de denominación de las empresas, aunque se mantenga el ámbito del convenio colectivo, en otros la desaparición de las mismas, aplicándose el nuevo convenio, sin perjuicio de garantías de continuidad del régimen aplicable hasta la pérdida de vigencia del precedente, la reestructuración de todo el sistema negociador, a través de Acuerdos en nivel de Grupo (ej. Aceralia, Ercros, Casa, Grupo Viesgo, Endesa, Hidrocantábrico, Heineken, Fomento de Construcciones y Contratas, ACS, Dragados, Acciona, Totalfinaelf...). Pero son muchas las dificultades para gobernar socialmente estos procesos, incluso la relativa inadecuación por la lentitud, y las propias singularidades estructurales, de los procesos negociadores frente a los procesos de reestructuración<sup>10</sup>. Sin embargo, la intervención de la autonomía colectiva en el control o gobierno de estos procesos es inexcusable, no ya sólo por la enorme repercusión que tales situaciones tienen en el estatuto jurídico-colectivo del personal, en sus expectativas de continuidad y disfrute de los derechos adquiridos, incluidos sus puestos de trabajo, sino que se revela igualmente el proceso concertado como una garantía de «cambio pacífico» que facilitará la transición y los reajustes.

Un elemento central de las estrategias de gestión cooperativa lo constituye el establecimiento de mecanismos de *control colectivo de las «crisis empresariales»: modificaciones contractuales y despidos económicos*. Pero si la necesidad de una participación permanente de los representantes de los trabajadores en los ordinarios procesos de reajuste y reordenación que viven a diario las empresas es una realidad creciente, y obedece a una causa organizativa que incluso podemos considerar «fisiológica» o positiva para la mejora de la posición competitiva de la empresa y, por tanto, del empleo, no menos cierto es que se sigue produciendo igualmente la necesidad de esta intervención, y con mas intensidad si cabe, en momentos de crisis. Si bien vivimos un momento de fuertes incertidumbres sociales y económicas, que hace que determinados países vivan una situación de moderado crecimiento económico, aunque desacelerado —ej. España— y otros estén en estancamiento claro o, incluso en cierta recesión, lo cierto es que a diario se producen igualmente situaciones críticas —especialmente apreciables en determinados sectores— que requieren una respuesta colectiva, para evitar los efectos más traumáticos de los tradicionales «ajustes salvajes». Reajustes que también se produce incluso en momentos positivos para los balances de las empresas, pero que requieren, para la lógica eficientista, reestructuraciones de plantilla que reduzca su tamaño.

Por tanto, la gestión extintiva por razones empresariales de las relaciones de trabajo sigue siendo en gran medida facultad exclusiva de la dirección empresarial, sin perjuicio,

<sup>10</sup> Ej. CC Grupo Cruzcampo, Centro el Puig, Valencia, BOE 30.1.2001, que incorpora un Acuerdo de Negociación Colectiva y Empleo, para buscar la reestructuración convencional del Grupo, cuando al día de hoy ha habido una reordenación radical como consecuencia de ventas de diferentes marcas del Grupo, ahora Heineken, si bien también estos recogen compromisos para reordenación de la negociación colectiva, ciertamente caótica dada la diversidad de convenios en atención a múltiples centros y su diversa fecha de vigencia (el acuerdo pospone el Convenio Único). También para estas dificultades EM I CC Retevisión I, S.A. —BOE 12.7.2001—.



por supuesto, de las competencias de control previstas en el art. 51 LET. No obstante, y sin perjuicio de notorias excepciones, el momento de crecimiento económico que se ha vivido en los últimos años, y que sólo en el 2001 parece haber sufrido una ralentización significativa en un contexto internacional más estancado —incluso recesivo en algunas poderosas economías, tal y como constatará ya el ANC 2002 y para el 2003—, ha llevado en la inmensa mayoría de las empresas a promover un modelo de relaciones basado menos en el conflicto y notablemente más en la cooperación, la negociación y el diálogo...<sup>11</sup>. De ahí que, de un modo u otro, bajo una u otra modalidad, se hayan alcanzado los denominados pactos de «flexi-seguridad». Por supuesto en el marco de acuerdos o pactos autónomos y específicos. Pero también como anexos o complementos de un significativo número de Convenios Colectivos, sobre todo en las medianas y grandes empresas<sup>12</sup>.

Es harto significativo y creciente es el número de Convenios Colectivos que, en caso de «dificultades ocupacionales graves en la plantilla» se comprometen a adoptar una política activa en materia de empleo y gestión de los recursos humanos, dentro y fuera de la empresa. A tal fin se pretende actuar sobre aspectos que permitan acciones menos traumáticas que la pura extinción. Extendida esta, pues, la práctica convencional de establecer compromisos a cargo de la empresa que apuestan por reducir a la menor expresión posible tales técnicas. En esta dirección, determinadas empresas han apostado en vez de por promover extinciones de este tipo por arbitrar sistemas o procedimientos que permitan la continuidad de puestos, aunque ello signifique una modificación de las precedentes condiciones de trabajo<sup>13</sup>. Así, por ejemplo, la D.F. del CC Compañía Logística de Hidrocarburos, para el personal de Flota, dedicado a «*garantías relativas a los derechos laborales y de empleo*».

La adecuación permanente de la Plantilla a las demandas de mercado aparece como garantía no sólo de la capacidad competitiva de la empresa, según una clara racionalidad o lógica económica, sino también de la propia «empleabilidad y estabilidad» de los trabajadores. Aparece de este modo también en la negociación colectiva conceptos que se reflejan abundantemente en la denominada Estrategia Europea por el Empleo. A tales fines se establecen, por una parte, mecanismos que permitan la recolocación de los empleados actualmente en plantilla a los puestos de trabajo necesarios para la correcta atención del servicio, y por otra parte, los que permitan el ingreso de personas ajenas a la Empresa en aquellas actividades prioritarias, cuyos puestos de trabajo no puedan ser cubiertos con personal propio. La negociación colectiva actúa, pues, como un instrumento de gestión de la «post-crisis» y de «normalización» de la organización del trabajo, de modo que si al Expediente

<sup>11</sup> Algunas experiencias más en tal sentido —ej. *Primer Acuerdo Sindical del Grupo Ercros, Acuerdo Marco del Grupo Aceralia*.

<sup>12</sup> Como advierte con realismo los interlocutores que han llegado a la firma del Acuerdo Sindical del Grupo Ercros, las actuales situaciones de complejidad e incertidumbre hacen de la negociación colectiva un especial vehículo para diseñar y, sobre todo, aplicar «medidas contractuales, planes de jubilación anticipada, bajas incentivadas... sistemas de movilidad funcional y geográfica» —art. 14.4 CC Ercros, S.A.—.

<sup>13</sup> Una experiencia interesante es la relativa a las denominadas «Secciones de Subactividad», recogidas en el art. 26 CC Empresa Flex Equipos de Descanso —BOE 15.6.2001—: en caso de excedentes de plantilla «se formará una Sección de Subactividad, que será adscrita a cuantos trabajos y funciones sean necesarios para conseguir su plena ocupación, sin que dichas tareas atenten, en la medida de lo posible, a su dignidad profesional».

de Regulación de Empleo le incumbe plantear y ejecutar el «cambio», el ajuste a la baja, al convenio corresponderá administrar el «plan de recolocación» del personal. Todas estas medidas se presentan como auténticos «planes sociales» o responde a un *principio de adecuación social* de la decisión económica de reestructuración o reorganización, en cuanto que persiguen equilibrar o compensar los efectos negativos derivados de una lógica económica con la búsqueda de soluciones alternativas más favorables a los intereses de los trabajadores que se ven, en interés de la empresa, «sacrificados». Aunque no es nada frecuente, incluso podemos encontrar algún CC que se preocupe por definir lo que es un «Plan Social». En este sentido, el CC Interprovincial de la Empresa Ericsson, S.A., en el Anexo que incorpora el denominado Proyecto «Ericsson 2000», entiende por tal «un conjunto de medidas que pretenden, mediante soluciones no traumáticas y de carácter voluntario, que se pueda adecuar la plantilla de «Ericsson, S.A.» a la evolución tecnológica y desarrollo del mercado». Como puede comprobarse con facilidad, *la noción de Plan Social desborda propiamente el marco de las crisis empresariales*, donde originariamente se concibe —art. 51.4 LET y 6.1 c) RD 43/1996, 19.1— para configurarse como un útil de gestión empresarial, una técnica de gestión normalizada u ordinaria del personal, de modo que sintetiza varios instrumentos, como los «Planes de Empleo», los «Planes de Adaptación de Plantilla».... Asumen, pues, una dimensión anticipatoria o de previsión de la gestión de excedentes de plantilla, incluso antes de que se actualice el presupuesto que abre la vía de la medida colectiva, incluso para prevenir las medidas traumáticas o de extinción pura y dura. En esta dirección destacan: Empresa Fasa-Renault, Anexo X, titulado «Competitividad y Empleo», que dedica el primer apartado al «Empleo» (compromisos de contratación) y el segundo a la «Supresión de expedientes de regulación».

### 3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANTE EL NUEVO «MODELO DE EMPRESA FLEXIBLE» Y EL ENRIQUECIMIENTO DE SUS CONTENIDOS

Las funciones clásicas, y las tradicionales, de la negociación colectiva (que siguen subsistiendo en gran medida), son actualmente insuficientes para abarcar la heterogeneidad de las funciones asumidas (y atribuidas) a la negociación colectiva. 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. En las sociedades industriales se está produciendo de modo gradual, pero perceptible, un proceso de transformación que influye en la configuración de los actores sociales y en su papel institucional. El marco de referencia de esta función renovada viene representado por las nuevas tendencias de las formas de organización empresarial y de las políticas públicas. El porqué de ello no obedece a una sola causa sino a un cúmulo de factores determinantes de base objetiva, que aquí sólo se tratará de esbozar brevemente.

Los sistemas de relaciones laborales dependen en no poca medida de los modos de organización del trabajo y en general de la organización específica del modo de producción. Es de señalar en este sentido el mayor peso del sector servicios y el relativo declive del sector industrial (la «terciarización» de las economías avanzadas). Pero lo más significativo es realmente la crisis de todo un modelo de organización del mundo de la producción, a saber: la crisis del fordismo, interno y externo a la empresa. El entorno cambiante en que se mueven las empresas, en condiciones de globalización de la economía mundial y

regional europeo (la construcción de la Unión Europea y del mercado interior comunitario) y de máxima competitividad por la innovación (sobre todo en el plano tecnológico) y la reducción de los costes de producción están reclamando modelos más flexibles de organización del trabajo y de gobierno de las relaciones laborales. En ese contexto la crisis de la condición salarial (su desestabilización) y las dificultades de generación del empleo por una economía con un elevado componente de alta tecnología y autonomización de los procesos productivos. En este sentido, las grandes empresas están acometiendo procesos de reestructuración ambiciosos y de largo alcance, de lo cual no es ajeno el tratamiento de las relaciones postcontractuales (nótese la íntima vinculación que tiene al respecto el tratamiento de los excedentes de personal a través de las prejubilaciones y otros mecanismos generadores de relaciones post-contractuales de base u origen en la negociación colectiva). A ello cabe añadir la crisis de «lo colectivo» y del principio de solidaridad, que determinan la realización de prácticas de individualización de las condiciones de trabajo sino también la celebración de procesos de negociación colectiva de connotaciones «gremiales» o «corporativistas» en detrimento de otros colectivos más desfavorecidos en el mercado de trabajo, sobre todo los trabajadores del segmento secundario del mercado de trabajo y los parados.

Un dato a retener es la emergencia de la empresa postindustrial, caracterizada como empresa flexible y participada (aunque existen presiones «liberales» internas al modelo para reconducir el campo de la participación al ámbito exclusivamente individual). Ese nuevo modelo de empresa flexible se vincula estrechamente con la progresiva complejización de la misma figura del trabajador, el cual se hace cada vez más heterogéneo (bien sometido a regímenes laborales diferentes, o bien desvinculado formalmente de la empresa para la cual trabaja —subcontratación, prestamismo a través de empresas de trabajo temporal, nuevas formas de trabajo autónomo o parasubordinado, con frecuencia antes vinculado laboralmente con la empresa con la que ahora mantiene un contrato de servicios, etc.—). En la opción democrático-social, la empresa flexible y participada comporta una significativa participación colectiva y sindical y un proceso de democratización de las estructuras empresariales, abriéndolas en el nivel de la codeterminación no sólo negocial sino también en el ámbito de la cogestión institucional de la dirección de los complejos empresariales. Este modelo de participación fuerte (en el sentido de que tiende a implantarse en el plano institucional y en grados de máxima cogestión, en los órganos típicos de dirección de las sociedades o en comisiones mixtas creadas para determinados ámbitos de problemas) enlaza también con las políticas de fomento de un mayor peso de la autonomía colectiva como fuente reguladora de las relaciones laborales, es decir, una nueva relación —que no necesariamente un desplazamiento completo— entre el necesario garantismo legal y el garantismo colectivo en la defensa de los intereses de los trabajadores como ciudadanos activos en la empresa. En este sentido más que de adaptación funcional a los cambios de la economía habría que hablar mejor de gobierno de ésta mediante la construcción de sistemas participativos de ciudadanía capaces de afrontar los desafíos de una economía globalizada y altamente competitiva.

Es de señalar que la empresa postfordista se construye sobre un soporte organizativo distinto a 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, sea bajo fórmulas renovadas de técnicas clásicas como la subcontratación económica, sea bajo 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. Ambas 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.

Se asiste a reestructuraciones organizativas empresariales asentadas sobre una mayor horizontalización del proceso decisional y una transformación de la jerarquía empresarial. El proceso productivo asentado sobre estos nuevos parámetros debe considerarse el fruto de un cambio continuo de información y de conocimientos en el ámbito de la empresa. Ello explica las dificultades para el trasplante de modelos organizativos que netamente cabe calificar de «micro-comunitaristas» en países con una tradición de relaciones laborales conflictivo y pluralista sin tradición respecto a una participación en los procesos decisionales. El éxito de estos sistemas organizativos depende de la dificultad de sustituir a las clásicas dinámicas conflictuales por aquellas participativas. En realidad, han influido decisivamente en sentido negativo algunos factores como: la escasa propensión del management a modificar el contexto jerárquico de la producción (acentuación de la negociación laboral sobre la parte económica con el objeto de mantener inalterado su poder decisional en la empresa); la limitada participación directa de los trabajadores en los procesos decisionales; la incoherencia de políticas empresariales que de un lado requieren una mayor participación de los trabajadores a los objetivos de la empresa y por otro adoptan opciones gestoras de reducción de los puestos de trabajo y de degradación de las condiciones de trabajo.

Los cambios estructurales a que se hace referencia plantean a la negociación colectiva el reto de mostrar su capacidad para ser un procedimiento jurídico de encauzamiento, organización y dirección de las relaciones laborales en el sentido más idóneo para afrontar las mutaciones en curso. Hay que tener en cuenta que la negociación colectiva ha sido una de las bases principales del modelo fordista, basado en regulaciones colectivas tendencialmente uniformes y generalizables. Ciertamente, como sistema de reglas de juego (o como modelo de regulación), el fordismo suponía una contractualización a largo plazo del beneficio salarial basada en grandes acuerdos sobre fijación y estructura de los salarios; con límites rígidos a los despidos, y una proyección del crecimiento de los salarios basada en los precios y la productividad general; y garantías legales y colectivas de organización del trabajo. Además, una vasta socialización de los ingresos por medio del Estado del Bienestar aseguraba un rendimiento permanente a los trabajadores asalariados. 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. Con todo, 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. El principio de estabilidad en el empleo entendido como permanencia en la empresa (seguridad en el empleo) suponía una hipervaloración de la antigüedad en la misma (que condensa el tiempo de trabajo en la empresa o centro de trabajo).

La dificultad para un auténtico sistema de negociación colectiva es la de elaborar un proyecto unificador de la sociedad fragmentada, capaz, pues, de aglutinar la diversidad de intereses de los trabajadores, por encima de los intereses corporativos o de «sector». Existe un tránsito del paradigma del «obrero-masa» al trabajador social heterogéneo del



postfordismo. El «obrero-masa» es el modelo-tipo (real) de trabajador de la cadena de los grandes complejos industriales (propio de la producción en serie y a gran escala). Ha sido el protagonista, activo y pasivo, de los procesos de expansión económica y de la política social, pero los conflictos vinculados a la crisis y a la reestructuración capitalista, a partir de la crisis de los años setenta y las sucesivas, y recurrentes, han deteriorado considerablemente ese protagonismo político-social. Produciéndose la búsqueda de formas específicas de representación y mediación política. Todo ello refleja y se corresponde con la actual fase del desarrollo capitalista a fin de siglo. En gran medida el resultado de esa crisis inducida es la emergencia del trabajador-heterogéneo, el cual surge del «segundo mercado» (el mercado secundario o la «otra sociedad del trabajo» asalariado), integrado por trabajadores eventuales, parados, marginados, trabajadores a tiempo parcial, jóvenes trabajadores, mujeres, trabajadores con empleo precario, trabajo negro o sumergido, etc; en general, se trata de trabajadores marginados del bienestar institucionalmente garantizado por el sistema legal y por el sistema de negociación colectiva y sus respectivas redes de cobertura protectora y desmercantilizadora. Pero también se trata de un fenómeno diferente: la individualización de lo social en el trabajo, una desagregación de las poblaciones laborales, que ya no pueden reconducirse a un bloque homogéneo. Ello tiene como consecuencia la desagregación de los modelos colectivos de regulación. Ésta figura tiende a eclipsar al modelo de trabajador-homogéneo del fordismo.

Es de realzar que las nuevas formas de organización del trabajo (trabajo descentralizado, teletrabajo, la fábrica mínima y flexible, etc.) han supuesto 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.

Con todo, se produce un tendencial tránsito entre dos diversos modelos de racionalización en una dirección de cambio que va desde el modelo fordista-taylorista hacia modelos (en plural) de tipo postfordista basados en modos de racionalización más flexibles. Los factores determinantes del cambio son en extremo variados: cambios en la conformación de los mercados y en la concurrencia, que sitúan en un primer plano los elementos de flexibilidad y de calidad como requisitos de la competitividad de las empresas. Así se sirve a la adaptación precisa (espacial, temporal e individualizada) a las exigencias de la demanda de productos. Cambios también derivados de las transformaciones del paradigma tecnológico (sobre todo el avance en los procesos de automatización y la aplicación de la informática a la organización empresarial). La «gestión de la variación» productiva requiere un papel más activo del trabajo humano: (a) la cooperación activa, antes reservada a un número reducido de trabajadores deviene en el modelo de cooperación tendencialmente general; (b) con el consiguiente cambio en las relaciones del trabajador con el sistema informativo empresarial, el cual adquiere un sentido más horizontal que hace posible la toma en consideración directamente de la experiencia del trabajador. De este modo, el trabajador pasa de ser instrumento pasivo del proceso de racionalización a sujeto activo interviniente en el mismo. Las políticas de integración hacen posible la aceptación de los objetivos de la empresa tardocapitalista, abriendo espacios de iniciativa en el sistema empresarial. Todo ello apunta a nuevos modelos organizativos de empresa y a un cambio del modelo de relaciones laborales en el lugar de trabajo; un modelo que puede cristalizar en la potenciación de

la individualización (autonomía individual bilateral o unilateral) como alternativa al fenómeno colectivo; o bien en un reequilibrio de poderes colectivos en el seno de las organizaciones productiva, con un reforzamiento del papel gestional de los convenios y acuerdos colectivos tanto a nivel «marco» como «micro» empresarial.

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 en favor de la autonomía colectiva negociada. En unos casos se trata de dejación de funciones (crisis del garantismo; y del principio dirigista; descompromiso social, v. gr., retroceso en los derechos de pensión); en otros, de falta de adaptación a los cambios en curso (estructuras de grupos, 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 subsidiaria. La flexibilidad se ha realizado por la vía de la desregulación legislativa (mediante la supresión de las tradicionales normas de orden público laboral), acompañada de 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 —según la opción de política legislativa adoptada— por la ocupación (o el intento de hacerlo...) de espacios por la autonomía colectiva que antes estaban reservados a la norma estatal. Este fenómeno —como respuesta a las exigencias de flexibilidad del cuadro 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 éste 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 carente 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 ese repliegue existe otro fenómeno de carácter «interno» a la propia Ley: ésta 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. Ese repliegue de la normativa estatal comporta remercantilización del contenido de los derechos sociales, bien es cierto que se trata de potenciar en primera instancia la recontractualización colectiva como vía intermedia entre la regulación pública y la regulación individual. La negociación colectiva ha ido reflejando, interiorizándolos y conformando respuestas, tales mutaciones en el medio ambiente en el que opera. Se ha producido una ampliación de los confines de la negociación colectiva, tanto en la vertiente subjetiva como en la vertiente objetiva o de contenido regulador. En la actualidad la nota dominante ya no es tanto la de una colaboración en una función esencialmente distributiva, la fijación de mínimos de tratamiento económico y normativo y su conexas inderogabilidad; en la actualidad cobra trascendencia la función organizativa, la del gobierno de los conflictos derivados de los procesos de transformación de las organizaciones productivas o la del gobierno del mercado de trabajo externo.



Para ello tiende a implantarse un nuevo equilibrio entre los niveles centralizados y descentralizados de negociación, con una inequívoca potenciación de la descentralización, considerando que el convenio de ámbito inferior está en mejores condiciones para responder a las exigencias más individualizadas de las empresas. Esa descentralización refleja no sólo la ruptura de las solidaridades en el mundo del trabajo, sino también la necesidad de dar respuestas diferenciadas a los problemas del trabajo en la empresa. En muchas ocasiones la negociación colectiva viene siendo el instrumento apto para garantizar un principio de correspondencia entre el centro de decisiones real de la empresa económico-jurídica y ámbito o nivel empresarial en que tienen lugar las negociaciones colectivas, y se reconocen los sistemas de participación y representación de los trabajadores en la empresa. El exponente más significativo al respecto es el de la empresa de estructura compleja, bien en forma de grupo bien en las formas combinadas de empresa-red y otros fenómenos de «colaboración» interempresarial. No cabe desconocer que antes de la intervención del legislador, ha sido precisamente la negociación colectiva la que ha abierto vías para la implantación efectiva de la negociación, participación y representación de los trabajadores en el ámbito de la empresa de estructura compleja. Ello ha sucedido no sólo en el ámbito de los ordenamientos nacionales, sino también del Derecho europeo. Así, cuando la Directiva CEU se aprobó, ya existían prácticas y experiencias concretas de reconocimiento de procedimientos de información y consulta en las empresas y grupos de empresas de dimensión europea.

La negociación colectiva tiende 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. 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 los niveles del empleo— los sacrificios derivados de las inestabilidades económicas empresariales, en contraposición al carácter tradicionalmente progresivo en que materia de beneficios en las condiciones laborales tenían los convenios colectivos (y que parecía oponerse a la «teoría de la incorporación»). Así pues, en su compleja función de gobierno de los intereses implicados en las relaciones laborales, en la operación de selección y síntesis de los intereses individuales en el colectivo, se pueden llegar al sacrificio de uno o varios (niveles retributivos, niveles ocupacionales, etc.) en salvaguarda de otros (mantenimiento de la ocupación, la propia supervivencia de la empresa...).

Nótese que 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», hablándose así de un «modelo de administración delegada y negocial del mercado de trabajo». Con ello se acentúa esa ya aludida tendencia de la negociación colectiva contemporánea de preocuparse no sólo por el trabajador en activo, sino también por los trabajadores desempleados y excluidos socialmente (en gran medida a resultas de la falta de trabajo). 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. Por lo demás, se acrecienta la tendencia a incrementar su función de mercado y de protección social.

Estos elementos apuntan a una puesta en cuestión del modelo dominante de negociación colectiva y demuestran en la experiencia jurídica la capacidad regulativa del instrumento negocial frente a la mayor rigidez de la normativa pública para afrontar la solución de los problemas específicos, tarea que sólo puede acometer la negociación colectiva, la cual está en condiciones de proveer a una ordenación jurídica al mismo tiempo más matizada, concreta y paccionada entre los agentes sociales.

Tómese en consideración, igualmente, que un efecto de la desregulación legislativa no ha sido sólo la más aparente apertura de espacios para la negociación, sino también un aumento de la presión que pesa ante todo sobre los sindicatos y las representaciones colectivas que en muchas materias ya no gozan del supuesto base del garantismo legal y tienen que partir desde lo alcanzable según la respectiva fuerza contractual. Las organizaciones colectivas se mueven en una profunda sensación de inseguridad sobre sus propias fuerzas en un contexto de competencia empresarial desenfundada y de procesos continuos de reestructuración productiva.

Al mismo tiempo que la negociación colectiva *se enriquece progresivamente de nuevos contenidos*, también se produce una estrategia programada de los agentes sociales consistente en la búsqueda de una mayor descentralización funcional, con la relativa pérdida de la función homogeneizadora de la negociación colectiva de sector, tradicionalmente obtenida mediante la fijación de estándares mínimos que garantizaban la creación de solidaridades entre los colectivos laborales. Sin embargo, las últimas tendencias de la negociación colectiva permiten comprobar que se trata precisamente de recuperar la función de dirección de la negociación colectiva, mediante la búsqueda de un sistema más equilibrado de reparto funcional de papeles entre los niveles más centralizados o macroeconómicos y los niveles descentralizados o microeconómicos. Con esta medida se ha tratado de reconducir las disfuncionalidades de la reforma legislativa de 1994 que propició una empresarización de las relaciones laborales y, en relación a ello, también un ascenso del fenómeno de la individualización.

Uno de los factores que explican el progresivo enriquecimiento de la negociación colectiva, y que no ha sido suficientemente realzado, es la incidencia que sobre el sistema de negociación colectiva, y sus contenidos, está teniendo la fisonomía de la sociedad contemporánea de fin de siglo como una «sociedad del riesgo». Exigencias de gobernabilidad de la crisis de la sociedad del trabajo tradicional (el problema del empleo y su efecto en una estrategia defensiva de los sindicatos) y el miedo a la crisis del sistema de pensiones de la seguridad social (situación de incertidumbre en parte dada y en parte «fabricada» o construida). Especialmente ello es necesario respecto a la conexión entre la Seguridad Social, la protección social complementaria y el mercado de trabajo. El nuevo equilibrio entre lo público y lo privado en el sistema global de protección social, la crisis del empleo, los procesos de reestructuración que se están llevando a cabo mediante ajustes de plantillas, comportan que la negociación colectiva tenga que imaginar nuevos mecanismos de tratamiento de los factores de riesgo, muchos de ellos derivados de ese retroceso legislativo y de expulsión de mano de obra de edad madura para la cual es necesario predisponer medidas de garantía de un nivel de renta similar a la renta de activo. Ciertamente, los contextos en que funciona el sistema de relaciones laborales están sujetos a constantes variaciones, por efectos la autonomía colectiva está llamada a desarrollarse y tratar materias respecto a los cuales no desarrolla la tradicional función adquisitiva de mejoras económicas y de nuevas garantías, sino que «administra» una situación de riesgo a la que está sometida una colectividad de trabajadores.



Las transformaciones estructurales y cualitativas en curso —derivadas, como se ha dicho, tanto de factores de base objetiva como de conscientes elecciones de política legislativa—, determinan una especial centralidad de la negociación colectiva en el sistema de regulación de las relaciones laborales y de protección social complementaria. Esta inflación de su papel en la sociedad democrática y pluralista provoca como respuesta una mayor heterogeneidad y complejidad de las funciones específicas atribuidas y asumidas por la negociación colectiva.

Es necesario tener en cuenta que la negociación colectiva (convenios y acuerdos colectivos) constituye un *instrumento de organización empresarial* y un mecanismo de regulación del mercado de trabajo. Ello significa una evolución de la legislación promocional, que desde su tradicional visión conflictual, interesada simplemente en la instauración de un contrapoder en la fábrica, evoluciona hacia una visión sustancialmente participativa, interesada en la aportación de recursos para facilitar formas de composición concordada de los conflictos conexos a los problemas ocupacionales. La heteronomía, la plurifuncionalidad y complejidad de las funciones atribuidas a la negociación colectiva implican la multiplicidad de instrumentos negociales (convenios y acuerdos colectivos variados en sí mismos). De ahí la propuesta de que determinadas materias, sobre todo las vinculadas con la previsión social voluntaria, sean tratadas a través de instrumentos monográficos dotados de mayor estabilidad temporal y de contenidos reguladoras (convenios o acuerdos colectivos de previsión social).

En el marco de ese proceso de «adaptación» y de intento de gobierno del sistema de relaciones laborales, los agentes sociales no se han limitado a dar nuevos contenidos a la negociación colectiva, sino que también han abordado la necesidad de una reforma en profundidad de su estructura. Aunque con un carácter muy oscilante se busca un equilibrio entre los distintos niveles de negociación, a través de un modelo de reparto los distintos ámbitos. En general, se replantea la función atribuida a la negociación sectorial, que parece renunciar a la búsqueda de la homogenización de las condiciones de trabajo en todo el sector más allá de la especificidad de cada empresa, ahora se hace más procedimental, y los ámbitos inferiores de negociación se fortalecen, con la tendencia a la centralidad de la negociación colectiva de empresa. En el plano de las instancias representativas ello se traduce en una mayor relevancia de la representación interna de los trabajadores en la empresa y la necesidad para los sindicatos de reencontrarse con el lugar de trabajo y con los problemas gestionales de las empresas.

En relación a la estructura de la negociación colectiva, las rigideces derivadas de los niveles más centralizados han producido un declive de la negociación colectiva centralizada. El sistema de negociación colectiva ha caminado hacia un reforzamiento del papel atribuido a la negociación colectiva empresarial. En este ámbito deben instaurarse y negociarse materias e institutos diferentes y no solapados respecto a los propios del convenio colectivo sectorial, en su papel de regular materias más directamente relacionadas con los objetivos de productividad, calidad y otros elementos de competitividad empresarial. Se puede hablar así de nuevos tipos de negociación colectiva, como la «productivity bargaining», donde se enfatiza formalmente cambios en una serie de interrelacionados acuerdos laborales (con cambios organizacionales y en los sistemas retributivos) que pretenden elevar la eficiente utilización de trabajo y el ahorro de costes laborales. Este tipo de negociación requiere de un mayor grado de confianza y cooperación que la convencional negociación colectiva. La descentralización negocial —como medida flexibilizadora en el sistema de

regulación laboral— trata de permitir una mayor adaptación de las condiciones laborales en función de la realidad y exigencias concretas de cada organización productiva. Esta descentralización negocial puede permitir una gestión más flexible por parte de las empresas sobre elementos que, por su naturaleza, deben estar en grado de adecuarse a las exigencias continuamente mutables de la empresa. Resulta evidente que las nuevas formas organizativas (y el plegamiento a las exigencias derivadas del contexto actual de incertidumbre económica y de elevada competitividad) requieren un elevado grado de descentralización en la negociación colectiva con sujetos que gocen de autonomía decisoria para ciertas materias a nivel empresarial.

En el fenómeno de la descentralización las pautas de negociación se alejan del acuerdo nacional o sectorial y tienden al nivel empresarial o de centro de trabajo, característica que se ha acentuado en nuestro sistema de negociación colectiva especialmente tras la reforma del '94 con los amplios espacios regulativos abiertos al acuerdo o pacto de empresa, aunque después haya sido corregida por los propios interlocutores a través de los sucesivos Acuerdos Interconfederales sobre la negociación colectiva de 1997, 2002 y 2003. Entre los aspectos destacables que lleva aparejados tal fenómeno se encuentran: un reforzamiento del papel de las instancias representativas internas a la empresa (en ocasiones sustentadas por la propia empresa) con lo que se debilita el papel negociador de las instancias sindicales externas (la política antisindical británica de los años ochenta es bien significativa al respecto); dinámicas de transición hacia pautas basadas en la «empresa basada como comunidad», lo que determina un «microcorporatismo» en gran medida copartícipe de los objetivos empresariales (atenuación negociada del conflicto en la empresa) con la afloración de sindicatos de empresa o categoría apartados de la política solidaria y «universalista» de las centrales sindicales que, por otra parte, funcionan con un cúmulo de privilegios legales que propicia su «domesticación» y el alejamiento de sus bases. En materia de la organización del trabajo en la empresa, se advierte la necesidad de una intervención o participación directa y continua de los trabajadores que experimentan tales condiciones, los niveles más centralizados son menos aptos para responder a las exigencias en materia de gestión técnico-organizativa, con el riesgo de que lo negociado sea fácilmente eludido en la fase de aplicación contractual.

La descentralización negocial ha sido promovida por diferentes factores, entre los que ocupa especial relieve el deseo de adecuar las estrategias de negociación y de gestión de los recursos humanos a una mayor descentralización de las estructuras directivas, el deseo de ajustar más estrechamente premios y salario; en fin, el deseo de desarrollar a nivel local modelos de trabajo más flexible, con mayor conexión de los salarios a las condiciones del mercado de trabajo local y de gestión. Estos cambios pueden aportar beneficios financieros a los empleadores interesados, favoreciendo un aumento de la flexibilidad y de la productividad del trabajo, un mayor empeño de los trabajadores y costes por unidad de producto reducidos. Pero, a la larga, no siempre tienen consecuencias ventajosas. De modo particular, la descentralización negocial puede reducir el poder sindical y consiguientemente permitir a los empleadores el empeoramiento de las condiciones de trabajo y afrontar la competitividad a través de bajos costos de trabajo más que mediante eficientes inversiones de capital (vías de competitividad defensiva). Por otra parte, la descentralización negocial también puede crear un potencial presupuesto para una espiral inflacionaria de los salarios, en carencia de intensos condicionantes del mercado de trabajo, a causa de la multiplicación de centros de decisión en materia salarial. En nuestro país, en los sucesivos Acuer-



dos Interconfederales sobre la Negociación Colectiva subyace un intento racionalizador de la negociación colectiva con el objeto de evitar los desajustes derivados de las exacerbadas posibilidades descentralizadoras propiciada por la reforma laboral del '94. En este sentido, aflora la conveniencia de estructurar la negociación colectiva con elementos homogeneizadores pero con vías descentralizadoras de adaptación de las condiciones laborales al concreto sector o empresa. No se olvide también el latente interés en la homogeneidad de las condiciones de trabajo en relación a la competencia inter-empresarial, al crear una base de partida común en relación a los costes laborales. Se trata de la búsqueda de una racionalidad que compatibilice un cierto grado centralización con la flexibilidad salarial microeconómica. Desde un punto de vista de la acción sindical, este reflorecimiento de la negociación colectiva empresarial conlleva una profunda revisión del concepto mismo de convenio colectivo y de su función estabilizadora en el conjunto de las relaciones industriales. Obliga a las organizaciones sindicales a una definición más flexible de los intereses a tutelar en cada organización productiva y en cada coyuntura empresarial. Y desde una perspectiva metodológica induce a la doctrina a replantear sus instrumentos analíticos con las mutaciones producidas en la estructura económica como dato metajurídico (cambios organizativos, productivos, de mercado, etcétera).

Con todo, la complejidad de las funciones actualmente asumidas por la negociación colectiva (autonomía colectiva en sentido dinámico) exige la heterogeneidad de los instrumentos colectivos y la selección idónea de aquellos que mejor se adapten a la función a desarrollar. Así, en el Derecho común de la negociación colectiva se aprecia, en una tendencia cada vez más acusada, la proliferación de múltiples productos negociales. Se trata de dar cuenta de la intrínseca complejidad que entraña la funcionalidad de la negociación colectiva en el sistema de relaciones laborales en su conjunto. El mismo legislador parece haber buscado en la regulación de los acuerdos de empresa un principio de adecuación entre la determinación del ámbito y sujetos negociadores y el tipo de problemas que se trata de resolver con el producto negocial de que se trate. Sin embargo, en nuestro sistema de negociación colectiva no existe todavía una satisfactoria articulación interna (a la autonomía colectiva) entre los convenios y los acuerdos colectivos, aunque esta es una materia que queda prevalentemente dentro del campo de la autónoma coordinación entre los propios niveles negociales en que interactúan los interlocutores sociales y su respectiva política negocial.

En la coyuntura actual se han producido cambios trascendentales en la organización industrial y en la misma composición de las clases trabajadoras y de sus dirigentes, cambios también en la cultura de las relaciones laborales. Dentro de ese fenómeno de cambio estructural cabe situar las nuevas direcciones que se imprimen al sistema de negociación colectiva en los países desarrollados con economía de mercado. No es de extrañar que junto a la función de mercado, regulación de las condiciones de adquisición y uso de la fuerza de trabajo, se realcen ahora las funciones gestionales, las de gobierno del sistema de regulaciones y las de protección social complementaria (que tiende a sobrepasar su función marginal respecto al sistema público de protección social y a adquirir una función más suplementaria, a veces de «sustitución encubierta» de ámbitos funcionales tradicionalmente reservados al sistema público y que contemporáneamente tienden a ser desplazados hacia el espacio regulador de la autonomía colectiva). A las tradicionales funciones 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. Estos

cambios están relacionados con la emergencia de la sociedad postfordista, con su significación de cambio no sólo en la organización del trabajo, sino también con las orientaciones de las políticas públicas de protección social y con los nuevos modelos más flexibles y menos intervencionistas en el gobierno público de la economía y de las relaciones laborales.

Por otra parte, existe un fenómeno de más amplias dimensiones, consistente en el tránsito progresivo de un modelo de relaciones laborales basadas en el «garantismo individual» —el cual se veía acompañado normalmente del principio de «inderogabilidad» de la ley— hacia un sistema construido sobre el «garantismo colectivo», donde la autonomía colectiva, como poder bilateral (y no el sindicato de modo unilateral), dispone de un amplísimo poder de flexibilización de las relaciones laborales e incluso de un poder de disposición sobre posiciones subjetivas individuales (derechos individuales de los trabajadores que podrán ser sacrificados con el fin de tutelar un interés colectivo merecedor de tutela preferencial por parte del ordenamiento jurídico). Este viraje de las políticas de regulación laboral es presentado oficialmente como una exigencia de mera modernización de las reglas del mercado y de adaptación de las políticas laborales a las grandes transformaciones que se vienen produciendo en las sociedades del capitalismo avanzado. Pero en puridad no se trata de mera adaptación sino de la introducción de cambios importantes en el modelo de regulación. Es de significar que un elemento inherente y constitutivo de esa nueva versión del garantismo colectivo en países de tradición continental es precisamente su conexión e incluso «inserción» con las políticas de concertación social flexible, subsistente bajo nuevas formas (menos en la dirección de pactos tripartitos enteramente globales sobre política económica y social, y más pactos trilaterales sobre materias concretas, y en ámbitos territoriales y funcionales más reducidos, y por consiguiente más apegados a las realidades y exigencias concretas de la vida laboral y de la problemática de las empresas) y que en el plano político supone una revisión de los términos del pacto social de la postguerra mundial.

Dentro de ese «medio ambiente» se aprecia una función de mercado de nuevo tipo: la centralidad que hoy tiene la negociación colectiva sobre el empleo, estableciéndose un intercambio negocial, explícito o implícito, entre empleo y la flexibilidad laboral y la reducción de los costes del trabajo. La política de empleo instrumentada a través de la negociación colectiva es siempre limitada, por la vinculación de aquella con 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 el mercado secundario (mal llamado empleo atípico, basado en la inestabilidad laboral y en la imposición de condiciones de trabajo precarias). La «erosión de lo colectivo» por efecto de esta fragmentación y la subsiguiente pluralización de las formas de tutela han producido un debilitamiento del sindicalismo industrial, y también han implicado una crisis de las estrategias intervencionistas construidas sobre la idea del monopolio representativo del gran sindicalismo de organización en parte debida a su incapacidad para promover la sindicalización.

Igualmente, en la misma dirección de los procesos económico-sociales, se han debido potenciar las funciones gestionales o de gobierno colectivo de la empresa y función cooperativa (*negociación cooperativa o gestional*). Tradicionalmente la negociación colectiva reflejaba sólo una posición defensiva de los actores con un peso muy importante —origi-



nariamente casi exclusivo— de la negociación en materia salarial. En especial, reflejaba la misma posición del sindicato como «poder de resistencia» frente a los empleadores y la negociación colectiva como contrapeso colectivo a la debilidad del poder del trabajador individual. Sin embargo, cada vez es más frecuente que los convenios colectivos (y no sólo 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 señaladamente a la gestión de los «recursos humanos» (en rigor no mercantilizable, «agentes» o sujetos de la producción) en la organización productiva. Es así que el centro de gravedad de la negociación colectiva es la misma organización productiva en la que se insertan los trabajadores como elemento personal activo del proceso de producción. De este modo el convenio colectivo aparece como un mecanismo de gestión compartida de la empresa (la negociación colectiva como instrumento de participación de los trabajadores en los procesos de decisión concernientes a la marcha de la empresa), incidiendo directamente en los problemas relacionados con la situación económica y productiva. Siendo así que los poderes directivos del empresario se convierten el objeto mismo de la negociación colectiva, la cual delimita su alcance y contenido en una lógica participada de establecimiento de los ámbitos de gestión de la empresa. Evidentemente, dentro de este cambio juega también un papel de importancia un sindicalismo más participativo, como fenómeno del industrialismo tardío.

Significativamente, los llamados acuerdos «gestionales» responden a esta función, a través de los mismos vienen regulados o procedimentalizados poderes que originariamente son propios del empleador, en contraposición a la función de fijación de los mínimos de tratamiento económico y normativo propia de la «normal» negociación colectiva. Así pues, los resultados esperables de la negociación colectiva no son ya solo reguladores en sentido propio, sino también instrumentales a la organización del trabajo en la empresa, el convenio colectivo asume un contenido gestional y dispositivo que trasciende de la regulación de las condiciones contractuales para ser un producto incompleto que posteriormente para a ser integrado en una actuación integración o especificación complementaria. En ocasiones se tratará del establecimiento de un contenido más programático que reglamentario, con reglas más abiertas que señalen objetivos y no reglas detalladas, ello implicará una fase posterior de participación o codecisión acentuando los momentos de «administración» o «gestión» conjunta de lo previamente negociado y por tanto, la flexibilidad y dinamicidad de los procesos de negociación colectiva. Es admitida la instauración de mecanismos negociados de adaptación del contenido originario del convenio colectivo durante su vigencia, lo que realza su disponibilidad en el momento «funcional» y no sólo en el «genético». Todos estos elementos realzan el elemento «contractual» insito en la negociación colectiva, pero inducen a una inestabilidad desde la perspectiva de la seguridad jurídica, que sólo se contrarresta en la idea de que se trata de funciones canalizadas a través de representaciones de autotutela colectiva con capacidad para contrarrestar el poder de la contraparte y atenuar las decisiones excesivamente economicistas con criterios de racionalidad social. El que estas aseveraciones tengan validez fáctica depende en gran medida de la implantación y poder negociales de las representaciones de los trabajadores, presupuesto sin el cual todo se reduce a una mera «formalización» de las decisiones empresariales unilaterales en torno a las condiciones aplicables o a las decisiones gestionales en la empresa.

Desde este punto de vista, 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 participación. Ciertamente, de esta función de la negociación colectiva dan cuenta no sólo los grandes convenios colectivos con cláusulas y procedimientos gestionales, sino también la proliferación contemporánea de los productos jurídico-negociales más propios para la realización de tareas de gestión inmediata y específica de la empresa, como son los acuerdos colectivos de empresa o de reorganización productiva, que presenta el rasgo cada vez más acusado y significativo de normalización jurídica en el desempeño de su función de racionalización de la organización productiva. En diferentes materias o decisiones de gestión empresarial, las cláusulas convencionales pueden requerir al empleador el desarrollo de negociaciones, consultas o permiso (con el correlativo «derecho de veto») a las representaciones de los trabajadores, cuya elusión acarrea la irregularidad del acto empresarial, de ahí que se haya hablado de un efecto «institucional» del convenio colectivo.

La función política de la negociación colectiva supone la combinación, más o menos intensa, entre el poder público y la autonomía colectiva negociada. De hecho ésta ha cumplido históricamente una función esencialmente «política» en sentido amplio, pues la negociación colectiva «bilateral», en sí misma, permite encauzar pacíficamente los conflictos emergentes en el mundo del trabajo, disciplina el «conflicto» abierto (conflicto declarado) a través del pacto que supone su juridificación. Las organizaciones profesionales son poderes políticos (no equivalente a poderes públicos) que actúan en los distintos planos de la estructura social, pero señaladamente en el ámbito de la economía del mercado y del mercado de trabajo reglado en particular. Las fórmulas de concertación social son el exponente más importante de esa función directamente política y que se plasma en los pactos sociales tripartitos y legislación negociada. Estas fórmulas siguen realizándose con las adaptaciones precisas y con modalidades de encuentro más próximas a los problemas objeto de regulación concertada. En las sociedades de capitalismo avanzado, la influencia de las organizaciones de intereses está más institucionalizada: en ella la racionalización de la toma de decisiones del Estado social (devenido en elemento estructural de cohesión en la sociedad) se realiza asociando más estrechamente al proceso político a los grupos de interés organizados. Las reformas laborales en los países europeos se realizan sobre la base de la concertación social, de pactos triangulares o bilaterales con el poder público, que permiten legitimar cambios estructurales en el sistema de relaciones laborales, y donde, dentro de su libertad de acción y de opción, las organizaciones sindicales atemperan a través del acuerdo sus intereses colectivos con los generales. Con todo, el problema que se plantea sobre el sistema de negociación colectiva es el de la difícil articulación entre los ámbitos centralizados y descentralizados de la negociación colectiva, existe una fragmentación de los niveles de negociación colectiva, que pone de relieve una crisis de la capacidad de autogobierno del sistema de negociación colectiva y la crisis de la solidaridad y homogeneidad de las condiciones de trabajo.

La negociación colectiva tiene ante sí el reto de contribuir a la construcción de un modelo de reforma social moderno que, garantizando el Estado social, haga posible la implantación de una sociedad del bienestar con un mercado sujeto a las reglas de control y gobierno democrático. Ello comporta un equilibrio entre la intervención pública reguladora y la autorregulación colectiva que permita el buen funcionamiento de la economía y su funcionalización a las necesidades sociales, sin merma de la eficiencia de los sistemas pro-

ductivos. La misma política de pacto tripartito (pacto de concertación tripartita), permite que los agentes sociales influyan en las políticas legislativas laborales. Es una tendencia a dominar la transición de las mutaciones que se están produciendo en el fin de siglo a través de la búsqueda del consenso social en la organización y en los procesos de adaptación del sistema de relaciones laborales, lo cual permite obtener una mayor estabilidad y una solución pacífica de los conflictos sociales. Ello ha hecho posible la apertura de espacios de flexibilidad controlada y la orientación consensuada de recursos públicos a la gestión de los excedentes de personal producidos a consecuencia de los procesos de reestructuración industrial.

En todo caso, estas tendencias —frente a vaticinados retornos «incontenibles» al individualismo y la lógica de mercado autorregulador—, hoy por hoy, no hacen sino poner de manifiesto el carácter dinámico y la capacidad de adaptación flexible de la negociación colectiva en un contexto marcado por las transformaciones cualitativas del mundo empresarial y por la nuevas opciones político-legislativas imperantes en la nuevo Derecho Flexible del Trabajo.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ACCORNERO, A.: *Il mondo della produzione*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: Tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Sevilla, Ed. Mergablum-CARL, 2002.
- ALVAREZ DE LA ROSA, M., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., RAMOS QUINTANA, M. I., y SAAVEDRA ACEVEDO, J. (Coords.): *Estudios sobre Negociación Colectiva y Convenios Colectivos*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: *El convenio colectivo en la jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- ALONSO OLEA, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo (1955)*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- AGLIETTA, M.: *La regulación y crisis del capitalismo*, Madrid, siglo XXI, 1979.
- BAYLOS GRAU., y COLLADO, L. (Ed.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, Trotta, 1994.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «Modelos normativos de negociación colectiva en Europa», en *Actualidad Laboral*, t. 3/1991.
- «Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria», en *Actualidad Laboral*, núm. 10 (2000).
- «Reforma laboral y jurisprudencia en materia de negociación colectiva de trabajo», en *Actualidad Laboral*, núm. 32 (2001).
- CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: «La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de los convenios colectivos», en VV. AA: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 1994.
- «Nuevas tendencias de la negociación colectiva en la Unión Europea», en AA. VV.: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, MTSS, 1999.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: de las unidades clásicas a los nuevos ámbitos convencionales», en VV. AA.: *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial*, Madrid, MTAS, 2001.
- *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Madrid, Trotta, 1999.
- CARNELUTTI, F.: *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padua, Cedam, 1936.

- CASTELLS, M.: *La era de la información*, Vol. 1. *La Sociedad Red*, Madrid, Alianza, 1997.
- CLEGG, H.A.: *El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva* (1976), Madrid, MTSS, 1985.
- CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES: *La Negociación Colectiva en Andalucía* (2003), Sevilla, CARL, 2004.
- CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y Acuerdos colectivos de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- CORRIAT, B.: *El taller y el cronómetro*, México, Siglo XXI, 1982.
- *El taller y el robot*, México, Siglo XXI, 1990.
- DESDENTADO, A., y VALDÉS, B.: *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*, Madrid, Trotta, 1998.
- DORE, R.: «Dos tipos de rigidez: la concepción de la empresa como comunidad y el colectivismo», en AA. VV., Brunetta, R., dell' Aringa C., (Coords.), *Relaciones laborales y resultados económicos*, Madrid, 1992.
- DURÁN LÓPEZ, F.: «El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema constitucional de relaciones laborales», en *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Bayón*, Madrid, Tecnos, 1980.
- EHRlich, E.: *I fondamenti della sociologia del diritto* (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913), Milano, Giuffrè, 1976.
- ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, CES, 2000.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, CES, 2000.
- ESTEVE SEGARRA, M.<sup>ª</sup>A.: *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002.
- GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Est. Prel., de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- GARCÍA BLASCO, J.: «Experiencias, contenido y efectos de la negociación colectiva: regulación legal y criterios jurisprudenciales», en VV. AA.: *Manual práctico laboral*, Madrid, IEGDE, 1999.
- GARCÍA LASO, A.: «Modelos de negociación colectiva: aspectos económicos», en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 9 (1996).
- GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998.
- (Dir.): *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid, CES, 1997.
- GARCÍA-PERROTE, I.: *Ley y autonomía colectiva*, Madrid, MTSS, 1987
- GIUGNI, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, trad. y Est. prel., a cargo de J.L. Monereo Pérez, y J.A. Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares, 2003.
- «La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro», en *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid, Civitas, 1999.
- GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, edición y Est. prel., «Pluralismo jurídico y Derecho Social», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001.
- HECKSCHER, CH. : *El nuevo sindicalismo (La participación del trabajador en la empresa en transformación)*, Madrid, MTSS, 1993.
- KAHN FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, Madrid, MTSS, 1987
- LACOMBA PÉREZ, F.R.: *La negociación colectiva estatutaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- LOTMAR, PH.: «I contratti di tariffa tra datore e prestatori di lavoro» (1900), en *GDLRI*, núm. 22 (1984).
- MERINO SEGOVIA, A.: *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Madrid, La Ley, 2001.
- MERCADER UGUINA, J.R.: *La estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, Civitas, 1994.
- «Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en las grandes empresas», en AA. VV., *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva. XV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 2003.
- MENGER, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo (El Estado Socialista)*, Granada, Ed. Comares, 2004.

- MOLINA NAVARRETE, C.: *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, Granada, Ed. Comares, 2000.
- *El Derecho nuevo de los grupos de empresas*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho», Est. prel. a GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- «Pluralismo jurídico y Derecho social», Est. prel., a GURVITHCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.
- *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996
- *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992.
- *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid, Ibidem, 1994.
- *Concertación y diálogo social*, Madrid, Lex Nova, 1999
- *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, MTSS, 1987.
- *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.
- *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Granada, Ed. Comares, 1997.
- «Por un nuevo modelo de regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento español», en *RMTAS*, núm.7 (1998).
- *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999.
- *Transmisión de empresa en crisis y procesos concursales*, Granada, Ed. Comares, 1999.
- «Comentario al art. 37.1 de la Constitución» y «El derecho a la Seguridad Social», ambos en VV. AA, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- «Contenido de la negociación colectiva en Andalucía», en VV.AA.: *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía, 1983-2003*, Sevilla, CARL, 2003.
- «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo», en VV. AA.: *El modelo social en la Constitución Española*, Sempere Navarro, A.(Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.), Madrid, MTAS, 2003.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A.: *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «La función de la autonomía colectiva en el escenario postindustrial», en *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 5, enero-marzo (2004).
- *El despido colectivo en el Derecho Español*, Pamplona, Valladolid, 1997.
- MORENO VIDA, M.N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1989.
- «La función de los grandes Acuerdos Interconfederales», en VV.AA: *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: Puntos Críticos*, Monereo Pérez, J.L. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 1999.
- «Comentario y reseña crítica de jurisprudencia sobre los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo», en *Tribuna Social*, núm. 98 (1999).
- «Comentario al art. 7 de la Constitución», en VV.AA, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- 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).
- *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Granada, Ed. Comares, 2002.

- «El derecho al trabajo, la libertad de profesión u oficio: Principios institucionales del mercado de trabajo», y «El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El Derecho al Empleo», en VV. AA., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONTOYA MELGAR, A.: «La negociación colectiva en la empresa», en VV. AA.: *Seminario sobre la negociación colectiva*, Madrid, CEOE, 1984.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 2003.
- «La libertad sindical», en VV. AA., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho sindical español*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1994.
- PERSIANI, M.: «Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali», en *ADL*, 1999.
- POOLE, M.: *Relaciones industriales. Modelos y orígenes de la diversidad nacional*, Madrid, MTSS, 1993.
- QUESADA SEGURA, R. y VILA TIERNO, F.: *El procedimiento de negociación del convenio colectivo. Un estudio jurisprudencial*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- QUINTANILLA NAVARRO, R.: *Los convenios colectivos irregulares*, Madrid, CES, 1998.
- RAY, J.: «Mutation Economique et Droit du Travail», en *Estudes G. Lyon Caen*, París, 1988.
- REGINI, M.: *Fra micro e macro regolazione: la produzione di beni collettivi nelle economie europee*, en *SM*, 1994.
- REVELLI, M.: *Mas allá del siglo XX*, Madrid, El Viejo Topo, 2002.
- RIVERO LAMAS, J.: *Limitaciones de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986.
- «Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de la negociación informal», en *RMTAS*, núm. 3 (1997).
- «Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa)», en *Documentación Laboral*, núm. 43 (1994).
- «Negociación colectiva en los grupos de empresa», en *Actualidad Laboral*, núm. 11 (1997).
- «Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997», en *REDT*, núm. 89 (1998).
- «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo» (Ponencia General), en VV. AA.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Madrid, MTS, 2000.
- «La garantía de los derechos y libertades constitucionales», en VV. AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- RIVERO LAMAS, J., y DE VAL TENA, A.: «El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales», en VV. AA.: *El modelo social en la Constitución Española*, Sempere Navarro, A. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.), Madrid, MTAS, 2003.
- RIVERO LAMAS, J., MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los ajustes de plantilla en la negociación colectiva española», en AA. VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa. Collana di Diritto Comparato e Comunitario del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Cacucci, Bari, 2001.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores», en VV. AA.: *Veinte años de negociación colectiva*, Madrid, MTAS, 2001.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «Comentario al art. 129.2 de la Constitución», en VV. AA., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- ROMAGNOLI, U.: «Il contratto collettivo», en *GDLRI*, núm. 86 (2002).
- SALA FRANCO, T.: *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, IES, 1981.
- *La negociación colectiva y los convenios colectivos*, Bilbao, Ediciones Deusto, 1990.
- SALA FRANCO, T. (Dir.): *Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva*, Madrid, 2001.

- SALA, T., PÉREZ DE LOS COBOS, F., y GOERLICH, J.M.: *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid, ACARL, 1989.
- SALA FRANCO, T., y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho sindical*, 8.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», en VV. AA.: *El modelo social en la Constitución Española*, Sempere Navarro, A. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.), Madrid, MTAS, 2003.
- SOLANS LATRE, M.A.: *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria: Partes negociadoras y procedimiento negociador*, Madrid, CES, 2003.
- *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid, MTAS, 2004.
- TARELLO, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, traducción y Est. prel., «Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello», a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares, 2002.
- TEUBNER, G.: *Droit et Réflexivité: l'auto-réflexion en droit et dans l'organisation*, París, LGDJ/Bruylant, 1996.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas*, Madrid, CES, 2000.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La negociación colectiva en la Constitución», en *Revista de Política Social*, núm.121 (1979).
- «El modelo de negociación colectiva de condiciones de trabajo», en AA. VV.: *La negociación colectiva en las Pequeñas y Medianas Empresas*, Madrid, IMPI-MIE, 1982
- *Configuración y eficacia de los convenios extraestatutarios*, Madrid, Acarl, 1989.
- «El paradigma legal en la negociación colectiva», en *Relaciones Laborales*, t. I/1990.
- *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTSS, 1996.
- «Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual», en *Revista de Derecho Social*, núm. 15 (2001).
- «Por una reforma autónoma y no dirigida de la estructura de la negociación colectiva», en *Relaciones Laborales*, núm. 22 (2001).
- VARDARO, G.: *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Nápoli, Jovene, 1984.
- «La redistribución de las funciones normativas de los convenios colectivos y de la ley en el Derecho del Trabajo italiano», en *Estudios sobre flexibilidad laboral*, RFDUCM, Madrid, 1988.
- VENEZIANI, B.: *Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale comparato*, Bari, Cacucci Editore, 1992.
- VIDA SORIA, J.: «Los acuerdos para la estabilidad en el empleo y la negociación colectiva de 1997», en *RL*, núm. 12 (1997).
- VV. AA.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 1998.
- VV. AA.: *La negociación colectiva en Europea*, presentación de J. García Blasco, e introducción de A. Ojeda Avilés, Madrid, MTAS, 2004.
- VV. AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo, J.L., Molina, C. y Moreno Vida, M.ª N. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2002.
- VV. AA.: *La negociación colectiva en la mediana y gran empresa: El proceso de adaptación al cambio estructural*, J.L. Monereo (Dir.), Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.ªN., Gallego Morales, A., Madrid, MTAS, 2003.
- VV. AA.: *El estado actual de la negociación colectiva en España*, Del Rey Guanter, S. (Dir.), Madrid, MTAS, 2003.
- VV. AA.: Debe tenerse por reproducidos aquí todos los Informes y Estudios sobre negociación colectiva, realizados en el marco de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, y publicados en diversas fechas por el Servicio de Publicaciones del MTAS. (Son muchos y de gran utilidad y calidad).
- ZOLI, C.: «Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali», en AA. VV., *Lecture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Jovene, Napoli, 1990.
- ZOPPOLI, L.: «Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti», en AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002.





# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: ANÁLISIS ECONÓMICO

SANTOS RUESGA BENITO \*, JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO \*\*  
LAURA P. ORTIZ \* Y CARLOS RESA NESTARES \*

*Economía Aplicada*

\* Universidad Autónoma de Madrid

\*\* Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

Muchas de las variables claves esenciales para determinar el comportamiento macroeconómico de un sistema productivo se determinan en el proceso de la negociación colectiva. Por ello, el análisis de la negociación colectiva es crucial para comprender el desarrollo de la economía española en los últimos años. En este trabajo nos centramos en el análisis de la evolución reciente de las variables económicas más relevantes determinadas en la negociación colectiva en España y en Andalucía.

El trabajo comienza con un análisis comparativo del modelo de negociación colectiva español con relación a los modelos de otros países de nuestro entorno y concluye que el modelo español se caracteriza por un grado de centralización intermedio entre la completa centralización y la total descentralización, lo que puede constituir una situación ineficiente desde la perspectiva macroeconómica.

En lo que respecta a los contenidos determinados en los convenios, se observa que la mayor parte de los esfuerzos negociadores se centran en la determinación salarial, si bien, en términos reales, éstos aumentos son muy moderados, y en algunos años del periodo analizado (1995-2003) se ha producido una pérdida de poder adquisitivo. La jornada laboral ha mostrado una evolución descendente debido fundamentalmente a la reducción de las horas extraordinarias. Estas dos características, se encuentran también en lo referido a la evolución de la negociación colectiva en Andalucía, donde la reducción de jornada y el aumento salarial real han mostrado una tendencia semejante a lo ocurrido a escala nacional.

En términos generales, también se observa en los convenios suscritos en España una leve tendencia a reducir la atención a los aspectos no salariales a lo largo del periodo considerado.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA RECIENTE EN ESPAÑA
4. DINÁMICA SALARIAL
5. JORNADA LABORAL
6. CLÁUSULAS DE EMPLEO Y CONDICIONES DE TRABAJO
7. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA NEGOCIACIÓN COLCTIVA EN ANDALUCÍA: SALARIOS Y EMPLEO
  - 7.1. Entorno general
  - 7.2. Salarios
  - 7.3. Jornada laboral
8. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva determina aspectos básicos de la dinámica económica en su conjunto y afecta especialmente a variables claves como son los salarios, la ocupación y las condiciones de empleo, la jornada laboral, la organización del trabajo, la contratación, etc. Muchos de estos aspectos son esenciales para determinar la competitividad y crecimiento de las empresas y del conjunto del sistema productivo. Pero hay otro aspecto esencial de la negociación colectiva que lo convierte en institución esencial del mercado laboral: se trata de un instrumento que constituye punto de encuentro entre las empresas y los trabajadores, entre la oferta y la demanda de trabajo, y a través de órganos representativos de los agentes implicados, dan valor a variables claves para el funcionamiento del sistema, recogen los parámetros del entorno económico relevante y con el resultado de su negociación devuelven al entorno información sobre los parámetros del sector, empresa, o territorio sobre el que se está negociando.

En este sentido, el mismo desarrollo creciente de la negociación colectiva ha potenciado el encuentro y el diálogo social y ha tenido una indudable influencia en que los resultados del mercado laboral español, en general, constituyéndose en uno de los responsables de la mejora importante que ha experimentado en los últimos años.

De la importancia de la negociación colectiva en nuestro país dan cuenta los propios interlocutores sociales, quienes han expresado, el pasado 7 de julio, en la «Declaración para el diálogo social 2004», que: «Los interlocutores sociales consideran que la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía de los agentes sociales, a la que la ley debe garantizar capacidad de regulación mediante un adecuado marco jurídico. El desarrollo de la capacidad de regulación de la negociación colectiva y de su cobertura laboral precisa acciones de los interlocutores sociales, que pueden y deben contar con apoyos públicos en el terreno de la racionalización de la estructura de la negociación colectiva en la línea marcada por el AINC97 o el enriquecimiento de los contenidos negociables.

Es éste otro relevante capítulo de esta nueva etapa de dialogo social, de claro componente bipartito, a través del cual las partes sociales han de buscar las fórmulas más convenientes para propiciar la capacidad de adaptación de la negociación colectiva a las necesidades de empresas y sectores productivos así como para mejorar la productividad».

En esta línea, resulta de sumo interés avanzar en el conocimiento de la incidencia de la negociación colectiva en el devenir del sistema económico, en primera instancia en el



ámbito del mercado de trabajo, pero, también, y en segunda instancia, en la dinámica macroeconómica de los sistemas nacionales.

Dos son las cuestiones que desde un punto de vista económico, conviene analizar sobre las características de la negociación colectiva, en particular en España.

Cuando los interlocutores hablan de *racionalización de la estructura de la negociación colectiva* se están refiriendo a la redefinición del modelo que caracteriza a la misma. Se asume por todos los agentes sociales que los resultados del proceso negociador no inciden del mismo modo en la dinámica económica, sino que se observan diferencias destacadas atendiendo al modelo o estructura que caracteriza a cada sistema nacional de negociación colectiva. Y hablar de estructura de la negociación colectiva lleva a indagar sobre el mayor o menor grado de centralización de la misma, con la tipificación de diversos caracteres.

En segundo lugar, junto a las características del modelo de negociación colectiva, es preciso también analizar los contenidos concretos de los convenios colectivos, que, en última instancia, configuran el valor de diferentes variables que afectan el equilibrio a corto plazo del sistema económico.

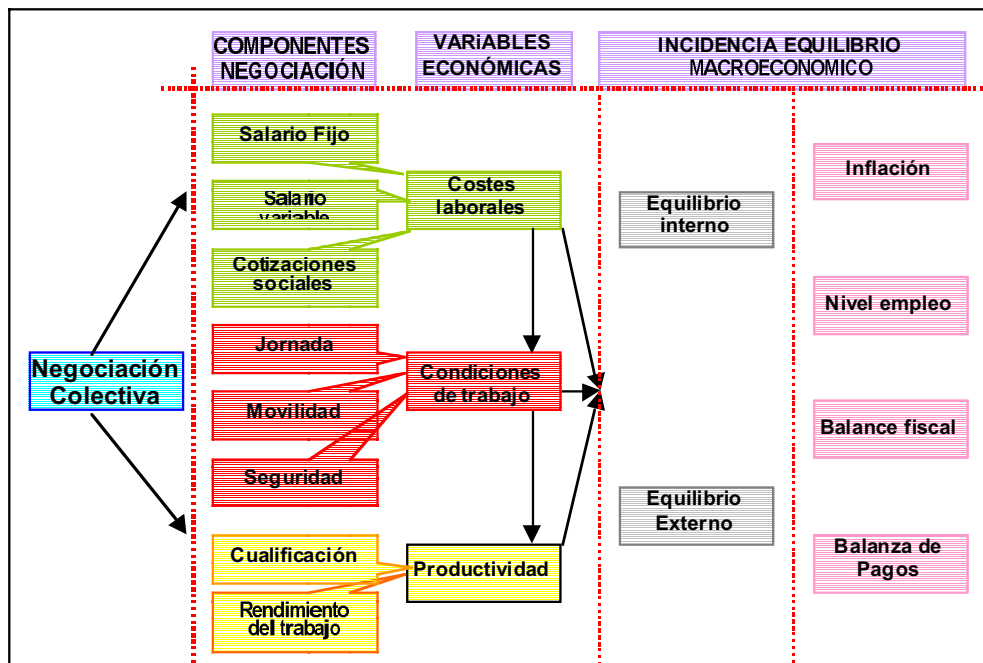
Sobre ambas cuestiones trata este trabajo. Sobre la primera, características del modelo de negociación colectiva, se esboza un análisis introductorio sobre el caso español, en referencia comparada con la Unión Europea. Sobre el segundo, los contenidos, se estudian algunos de los que se acuerdan en los convenios colectivos suscritos en los años más recientes en España, en su conjunto, y en Andalucía en particular.

## 2. LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como se ha indicado en la Introducción, los resultados de la negociación colectiva afectan a un amplio abanico de variables, en tanto que constituye una parte esencial de los costes de producción. Bajo esta perspectiva, los resultados de la negociación colectiva afectarán, de modo directo e indirecto, a la dinámica económica agregada de cada país y, de modo especial e intenso a las condiciones de su equilibrio macroeconómico a corto plazo.

Así, los diferentes factores que confluyen en la dinámica de la demanda interna se verán alterados por los resultados de la negociación colectiva, en tanto que en ella se determina uno de sus componentes fundamentales, las rentas salariales. Y, por esta vía, el discurrir de los precios (inflación) habrá de verse influido, también, en mayor o menor medida. Y los niveles salariales afectan, de igual modo, a la cuantía de los tributos, al igual que en la propia negociación se pactan acuerdos que afectarán a la marcha del gasto público, por lo que el equilibrio de las cuentas de las administraciones públicas habrán de verse también influido por lo que los interlocutores sociales acuerden en los convenios. Con todo ello, el precio del dinero, habrá de verse también alterado en uno u otro sentido, deduciéndose de ello alteraciones de diverso signo en los mercados monetarios y financieros.

Por otro lado, por el de la oferta productiva, el resultado de la negociación colectiva tiene también bastante que aportar. En ella se define un parte importante de los costes de producción, que de un modo u otro afectarán a los precios finales y, en última instancia al nivel de competitividad de las empresas insertas en el proceso de negociación. El equilibrio externo, también está íntimamente relacionado con los resultados de la negociación colectiva.



No es pues de extrañar que a todos los agentes implicados en el discurrir económico de una sociedad y/o territorio, les preocupe el cómo y el qué de la negociación colectiva. En este sentido hay que contemplar también como el Estado participa en la negociación colectiva por dos vías: como empleador de una buena parte de la población<sup>1</sup> y, sobre todo, definiendo el marco jurídico e institucional, proporcionando el marco de relaciones laborales en general y regulando, a menudo, la propia praxis de la negociación colectiva, dejando, eso sí, la concreción de los contenidos y procedimientos de las negociaciones a los agentes sociales (sindicatos y empresarios). Con todo, el contenido específico (los procedimientos de negociación, los salarios y las condiciones de trabajo) lo determinan, de manera general, los actores sociales.

Con carácter general, los elementos que caracterizan los procesos de negociación colectiva, en particular en los países miembros de la Unión Europea<sup>2</sup> (referidos a la antigua Unión a 15) hacen referencia al grado de centralización de la misma, que podría definirse, a su vez por un conjunto de características relacionadas con la cobertura (porcentaje de la población que rige sus condiciones laborales a través de convenios sobre el total de la po-

<sup>1</sup> Por ejemplo, sobre aproximadamente unos diecisiete millones de ocupados en España, dos millones trescientos cincuenta mil trabajan para las Administraciones Públicas.

<sup>2</sup> Dadas las dificultades estadísticas para modelizar los sistemas de negociación colectiva para los nuevos países miembros de la Unión Europea, el análisis de Laura Pérez Ortiz (PÉREZ ORTIZ, L (2004): *Negociación Colectiva. E Impacto Macroeconómico: un análisis empírico en el marco de los países de la OCDE*; Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, *mimeo*) se circunscribe a los 15 miembros que constituyen la antigua Unión Europea hasta el 1 de mayo de 2004. En esta parte del artículo se sigue el análisis desarrollado en al Tesis citada.



blación asalariada), el grado de coordinación que muestran los agentes sociales en el proceso de negociación, y, en última instancia, la capacidad de presión que ambos pueden tener sobre la definición de las variables clave de la dinámica económica, en particular, los salarios. Teniendo en cuenta estas variables se podrían establecer los ámbitos de negociación, es decir, el nivel en el que se concluyen los acuerdos, el grado de coordinación y la capacidad de presión de los agentes.

Se habla, por tanto, de centralización de la negociación colectiva cuando las organizaciones empresariales y sindicales pueden influir de manera decisiva, y por tanto controlar los niveles salariales y otros aspectos de las relaciones laborales, y por extensión sobre diferentes variables del sistema económico en su conjunto. En este sentido, la incidencia sobre las variables económicas del proceso de negociación depende por tanto del ámbito en el que se realiza la negociación (que no es homogéneo en el contexto de los países de la Unión Europea), los niveles de coordinación de los agentes y un conjunto de variables que definen lo que se podría denominar como poder sindical (y de igual modo podía decirse en el caso empresarial).

Ya que el ámbito de negociación en la mayoría de los países europeos no es homogéneo<sup>3</sup>, se forma un entramado de coordinación y articulación entre los diferentes niveles. De ahí surge la importancia de este concepto de coordinación, que hace referencia al grado de consenso entre los agentes sociales

De este modo un sistema de negociación colectiva puede ser descentralizado y al mismo tiempo altamente coordinado, debido a que en la medida en la que se pueden establecer acuerdos de carácter implícito, dotando a la negociación colectiva de la caracterización de coordinación de tipo informal. Un alto grado de coordinación sí indica la capacidad de aunar los esfuerzos de los diferentes agentes sociales y, por lo tanto también, de aumentar la capacidad de presión que los sindicatos (o los empresarios) pueden ejercer en los procesos negociadores.

Y, de igual modo, la capacidad de presión de los sindicatos no depende tan solo de una mayor o menor tasa de afiliación sindical sino que no se puede contemplar la influencia de otras variables significativas que afectan al comportamiento de los representantes sindicales, tales como la propia tasa de cobertura de la negociación colectiva, la incidencia del subsidio de desempleo, la mayor o menor propensión a la conflictividad laboral, con el mayor o menor número de organizaciones sindicales, así como, en última instancia, el grado de protección del empleo que, podría estar referenciado por una variable representativa del coste del despido en el sistema laboral del que estamos hablando<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> En aquellos países donde la negociación se realiza en un ámbito superior a la empresa (en la mayoría de los países europeos), las negociaciones se pactan entre los representantes de los trabajadores y las organizaciones empresariales, ya sea en el ámbito sectorial o en el conjunto de la economía. Por ello, en los países europeos se habla, en términos generales, de negociaciones multiempresariales (PÉREZ ORTIZ, *op. cit.*).

<sup>4</sup> En la tesis doctoral de Laura Pérez Ortiz (ver nota 1) se señala que la mayoría de los trabajos empíricos utilizan, como variable proxy para medir la capacidad de presión sindical, la tasa de afiliación a los sindicatos. Sin embargo, a pesar de ser la fuente básica que alimenta el poder sindical, no es la única.

Por ello, Pérez Ortiz construye un índice de poder sindical (estimado ordinalmente en el cuadro sintético adjunto) que recoge la influencia de otras variables significativas, además de la mencionada tasa de afiliación, entre las que se incluyen la tasa de cobertura de la negociación, la gestión del subsidio por desempleo, la conflictividad laboral, la concentración sindical (medida a través del índice de Herfindahl), los costes de despido y el nivel de desempleo.

Todo este conjunto de variables y, probablemente otras más, podrían incidir sobre el comportamiento de los sindicatos y las organizaciones empresariales, definiendo por tanto su mayor o menor capacidad de presión en los procesos negociadores, además del ámbito de coordinación y de los mayores o menores niveles de coordinación entre los diferentes agentes sociales que participan en la negociación.

Los análisis empíricos llevados al efecto en el ámbito de la Unión Europea no llegan a una conclusión definitiva sobre la incidencia de los diferentes modelos de negociación colectiva en el ámbito macroeconómico. Para algunos autores los modelos de negociación más centralizados y con mayor grado de estabilidad suelen tener un efecto positivo desde el punto de vista del mantenimiento del equilibrio económico e incluso de la tasa de crecimiento económico.

Para otros autores, el resultado de cruzar una tipología de modelos de negociación colectiva con los indicadores de coyuntura macroeconómica, describe una situación ambigua.

Por último, un tercer grupo de autores, entienden, también a partir de análisis empírico, que son los modelos más situados en ambos extremos, de mayor o menor grado de descentralización los que muestran mejores resultados desde el punto de vista de su incidencia en el equilibrio macroeconómico, siendo, en definitiva, los modelos de carácter mixto los que obtienen en su praxis negociadora unos resultados menos positivos para el equilibrio macroeconómico de los países.

En los estudios desarrollados por Laura Pérez Ortiz, sobre modelos de negociación colectiva en la Unión Europea, se puede llegar a la conclusión de que el modelo español de negociación colectiva se sitúa en un espacio intermedio entre los extremos de mayor y menor grado de centralización, dentro de la Unión Europea.

Como se puede ver en la tabla adjunta, el sistema de negociación colectiva vigente en nuestro país se puede situar en un nivel de centralización medio alto, con tendencia temporal hacia la descentralización. Básicamente, este resultado sería la combinación de un ámbito de negociación intermedio, donde predominan los convenios de carácter sectorial/provincial, con algunas variaciones en cuanto a esta tipificación, sobre todo en los años 80, a causa de la importancia de los acuerdos marcos de carácter estatal que se desarrollaron en ese periodo; un grado de coordinación que inicialmente es alto, relacionado también con los procesos de coordinación social de los 80, pero que ha ido en descenso, a juicio de los analistas que han analizado este tema, y por último, un índice de poder sindical bajo. Todo ello redundaría en que el sistema de negociación colectiva característico del modelo español se sitúa en un nivel medio de centralización medio con tendencia a la baja, como se ha señalado anteriormente<sup>5</sup>.

---

Cada variable o indicador que influye en el poder de negociación de los sindicatos, así como las cuestiones cualitativas referentes a la gestión del seguro de desempleo, se pondera según la importancia relativa en el índice global de poder sindical.

<sup>5</sup> Convendría también valorar para perfilar aún mejor la caracterización del sistema de negociación colectiva español, otras variables que, dado que probablemente son de difícil comparación en términos estadísticos con otros países europeos no se utilizan, como son la propia articulación del sistema de convenios, a través de diferentes fórmulas jurídicas cómodas de absorción y extensión de los convenios colectivos, que pueden alterar la distribución de los mismos por ámbito territoriales.

SÍNTESIS. SISTEMAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA (15)

Nivel	Ámbito de negociación			Grado de coordinación			Índice de poder sindical			TOTAL		
	1970-79	1980-89	1990-00	1970-79	1980-89	1990-00	1970-79	1980-89	1990-00	1970-79	1980-89	1990-00
Alto	B DK FIN IRL S	<b>E</b> FIN IRL I	B FIN IRL	D A (B) DK <b>E</b> FIN IRL NL P UK S	D A B <b>E</b> FIN NL S	D A B FIN IRL I NL P	DK FIN S	DK FIN S	DK FIN S	DK FIN S	FIN	FIN
				B D IRL	DK S	B IRL						
Medio	D A <b>E</b> I NL P	D A DK NL P S	D A DK <b>E</b> I NL P S		DK	DK S	D A B IRL I UK	A B IRL I UK	A B IRL (I)	A <b>E</b> NL UK	A <b>E</b> D B IRL I NL P	A DK I S D NL P
										I	P	
Bajo	F UK	B F UK	F UK	F I	F IRL I P UK	<b>E</b> F UK	F NL	D <b>E</b> F NL	D <b>E</b> F (I) NL UK		UK	<b>E</b>
										F	F	F UK

Fuente: Tomado de PÉREZ ORTÍZ, L (2004): *Negociación Colectiva. El Impacto Macroeconómico: un análisis empírico en el marco de los países de la OCDE*; Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, (mimeo).

### 3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA RECIENTE EN ESPAÑA

En los últimos años, España viene mostrando un panorama de la negociación colectiva relativamente descentralizado dentro del contexto internacional. Es más centralizado que las negociaciones de planta que caracterizan a los países de tradición anglosajona y bastante más descentralizado que las negociaciones de sector con componentes más corporativistas que se observan en la Europa continental. Aunque los convenios de empresa son mayoritarios en términos absolutos, por una relación de cuatro a uno, casi el noventa por ciento de los trabajadores cuyas condiciones laborales están afectadas por la nego-

ciación colectiva debe remitirse a un convenio de sector. Dentro de éstos son los convenios de ámbito provincial los que tienen un alcance más amplio en el conjunto. Las condiciones laborales de casi la mitad de los asalariados se rige por un convenio colectivo que se suscribe a la escala exclusiva de una provincia.

En una perspectiva histórica, los discursos gubernamentales y de las organizaciones empresariales favorables a aproximar la negociación colectiva a las condiciones específicas de ámbitos reducidos, fomentando así los convenios de empresa o de escala territorial reducida en busca de la ideal correlación entre crecimiento salarial y de productividad que parece habría de recomendar el enfoque neoclásico, ha tenido efectos muy reducidos sobre el tejido negociador español. Aunque los cambios han sido limitados en cuantía y su verificación está sometida a la particular metodología de recogida de datos basada en la buena voluntad estimativa de los negociadores que se encargan de rellenar las fichas oficiales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, los convenios de empresa han reducido su participación en el panorama negociador. En 2003 este tipo de convenios afectó a un porcentaje menor de asalariados de lo que lo hacían siete años antes. Esta pérdida de importancia la recogen casi en exclusiva los convenios provinciales de empresa. De manera complementaria, el nuevo mapa autonómico se aclimata levemente al panorama de la negociación colectiva. Los convenios de sector de ámbito autonómico ganan espacio en cuanto al número de trabajadores afectados, sobre todo a costa de los convenios de sector de escala estatal.

**CONVENIOS COLECTIVOS SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL Y TERRITORIAL,  
1997-2003 (PORCENTAJE DE TRABAJADORES AFECTADOS)**

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
<b>Convenios de empresa</b>	<b>12,77</b>	<b>12,21</b>	<b>12,43</b>	<b>12,33</b>	<b>11,71</b>	<b>11,50</b>	<b>11,89</b>
Provincial	6,18	5,78	5,56	5,77	6,02	6,04	5,97
Autonómico	1,04	0,94	0,75	0,71	0,78	0,77	1,20
Estatad	5,55	5,50	6,12	5,84	4,92	4,68	4,73
<b>Convenios sectoriales</b>	<b>87,23</b>	<b>87,79</b>	<b>87,57</b>	<b>87,67</b>	<b>88,29</b>	<b>88,50</b>	<b>88,11</b>
Local	0,17	0,13	0,17	0,13	0,10	0,16	0,15
Provincial	53,11	51,84	52,07	54,26	54,26	54,63	54,87
Autonómico	6,06	6,01	5,51	8,08	9,28	9,48	9,82
Estatad	27,89	29,81	29,82	25,21	24,65	24,24	23,26
<b>Total</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>
Local	0,17	0,13	0,17	0,13	0,10	0,16	0,15
Provincial	59,28	57,62	57,63	60,03	60,28	60,67	60,84
Autonómico	7,10	6,95	6,26	8,79	10,06	10,25	11,02
Estatad	33,44	35,31	35,94	31,05	29,57	28,92	27,99

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, varios años.

#### 4. DINÁMICA SALARIAL

Entre 1996 y 2003, y con carácter agregado, los trabajadores cuyos salarios han evolucionado de acuerdo con los crecimientos pactados por un convenio colectivo han visto

mejorar su poder adquisitivo (más allá de que, de manera complementaria, hayan podido experimentar un salto retributivo gracias a la normal movilidad funcional ascendente o a la alteración de otros componentes variables de la retribución individual). Los salarios nominales en el conjunto del periodo se han incrementado en un 25,5 por ciento, cuatro puntos porcentuales por encima de la dinámica de la inflación (aunque bastante por debajo del crecimiento de los precios si se incluyera en los cálculos del IPC la acelerada evolución del precio de las viviendas). A quienes mejor les ha ido dentro del fragmentado panorama negociador español ha sido a quienes han estado regulados por convenios de sector, ya fuesen de ámbito provincial o estatal. El crecimiento salarial promedio en estos convenios ha sido del 25,9 por ciento frente al veintidós por ciento de aumento que registraron como media los convenios de empresa.

En conjunto, la ganancia acumulada de poder adquisitivo por parte de los asalariados durante el conjunto del periodo, es decir, la diferencia positiva entre el crecimiento salarial y la evolución de los precios, ha sido del 3,44 por ciento: cinco décimas por cada uno de los siete años contemplados en el periodo de análisis. Dentro del periodo contemplado, los mejores años, en los que se registra una mayor apreciación, de los salarios reales fueron los últimos (2002 y 2003) y, sobre todo, los primeros (1997 y 1998). Tanto para los convenios colectivos de empresa como para los de sector, en dos años, 1999 y 2000, la inflación superó al crecimiento medio de los salarios resultante de la negociación colectiva. Fueron ambos años en los que la previsión de inflación del gobierno comenzó a alejarse peligrosamente de la evolución de los precios registrada por la economía real sin que existiesen suficientes salvaguardas frente a esta eventualidad. Pero el periodo de pérdida de poder adquisitivo en un contexto de bonanza económica duradera fue tan poco prolongado como el retraso temporal que llevó a los sindicatos a luchar por incluir y generalizar cláusulas de revisión salarial en los convenios colectivos como instrumento para compensar las pérdidas de poder adquisitivo propias de los errores de predicción sobre el IPC.

#### CRECIMIENTO SALARIAL MEDIO PACTADO EN CONVENIOS COLECTIVOS, 1997-2003

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Convenios de empresa	2,30	2,22	2,49	3,49	3,12	3,62	2,92
Convenios sectoriales	2,95	2,61	2,75	3,76	3,75	3,88	3,76
<b>Media</b>	<b>2,88</b>	<b>2,56</b>	<b>2,72</b>	<b>3,72</b>	<b>3,68</b>	<b>3,85</b>	<b>3,67</b>
Índice de Precios al Consumo	1,99	1,46	2,89	3,98	2,70	3,54	3,04
Variación del poder adquisitivo (anual)	0,89	1,10	-0,17	-0,26	0,98	0,31	0,63
<b>Variación del poder adquisitivo (acumulado)</b>	<b>0,89</b>	<b>2,00</b>	<b>1,83</b>	<b>1,56</b>	<b>2,56</b>	<b>2,87</b>	<b>3,52</b>

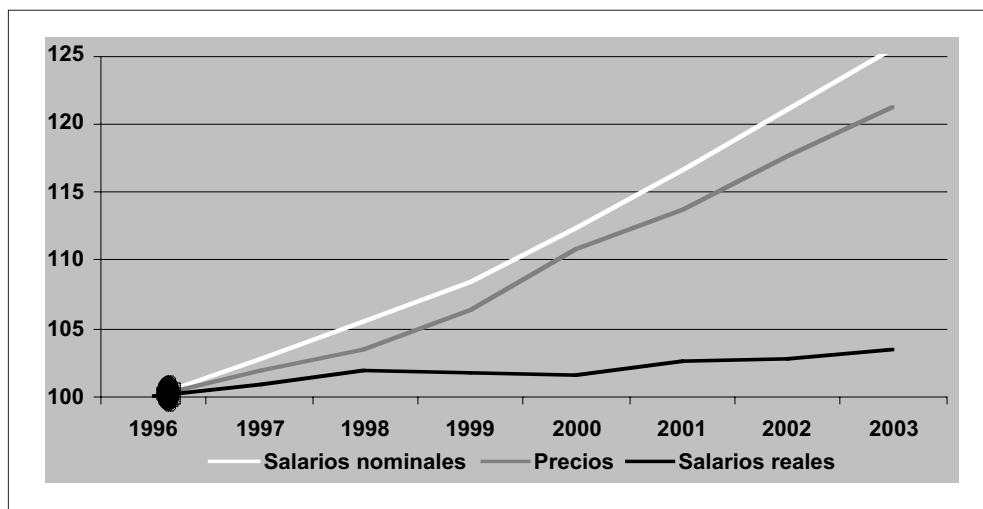
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística y de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, varios años.

Dentro de esta dinámica conjunta, el sector de actividad que ha registrado mayores crecimientos salariales reales entre 1996 y 2003 es el de la venta de servicios asociativos, recreativos y culturales. Entre las actividades que mayores crecimientos salariales pactaron en convenios colectivos se sitúan un buen número de ramas de actividad que se en-

cuentran en declive industrial y con pérdidas masivas de empleo, desde la minería no energética hasta la siderurgia, pasando por la industria textil, la agricultura y la ganadería. Por el contrario, la rama de actividad que registró menores crecimientos salariales fue la administración pública. Las retribuciones en este ámbito están de una forma u otra ligadas al incremento salarial establecido para la mayoría de los trabajadores del sector público unilateralmente por el gobierno. El periodo que va de 1996 a 2003 contempló al menos dos años con nulo crecimiento en los salarios nominales de los trabajadores del sector público sometidos al criterio de estabilidad (déficit cero) que viene inspirando la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado.

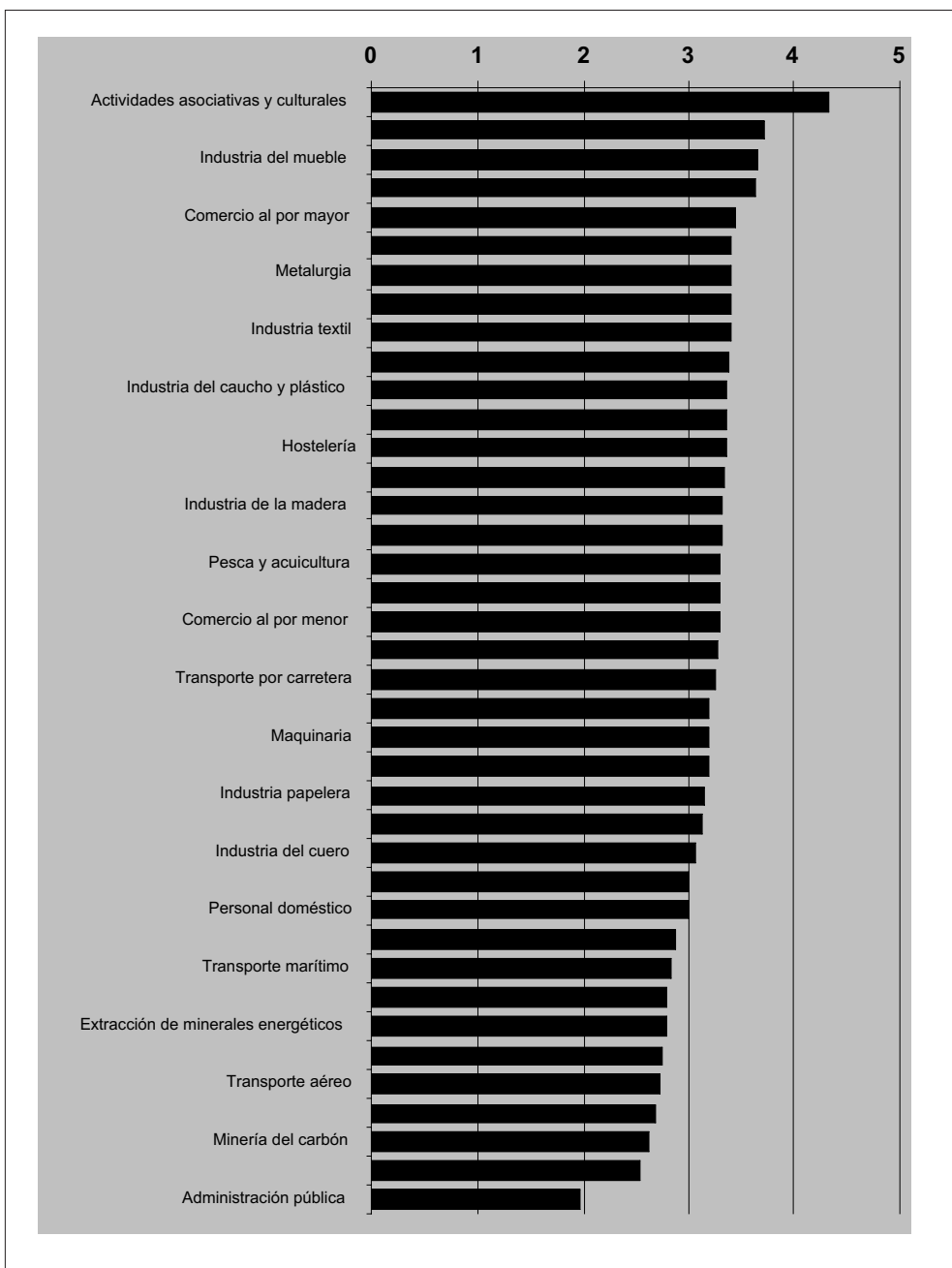
Entre los sectores con bajos crecimientos retributivos se encuentran un buen número de actividades en plena expansión de demanda agregada, como la informática, el transporte aéreo y el personal doméstico. Esta escasa relación entre demanda agregada y salarios pactados en convenios va en contra de la idea más convencional de la ciencia económica, que reza que aquellos sectores con una demanda creciente estarán más dispuestos a aceptar fuertes crecimientos salariales que aquellos con una demanda en proceso de disminución. Una explicación más convincente a estas paradojas en la distribución sectorial de los crecimientos salariales lo ofrece la centralización o la descentralización de la negociación colectiva en cada una de las ramas de actividad. Los sectores donde los convenios de sector son más abundantes o muy mayoritarios ofrecen mejores rendimientos para los trabajadores que aquellos donde son los convenios de empresa son los que predominan. El porcentaje de trabajadores afectados por convenios de empresa muestra una fuerte correlación inversa con el crecimiento salarial registrado a lo largo del periodo 1996-2003.

#### EVOLUCIÓN DE LOS INCREMENTOS SALARIALES PACTADOS EN CONVENIO, NOMINALES Y REALES E IPC (DEFLACTOR DEL CONSUMO) (1996=100)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, varios años.

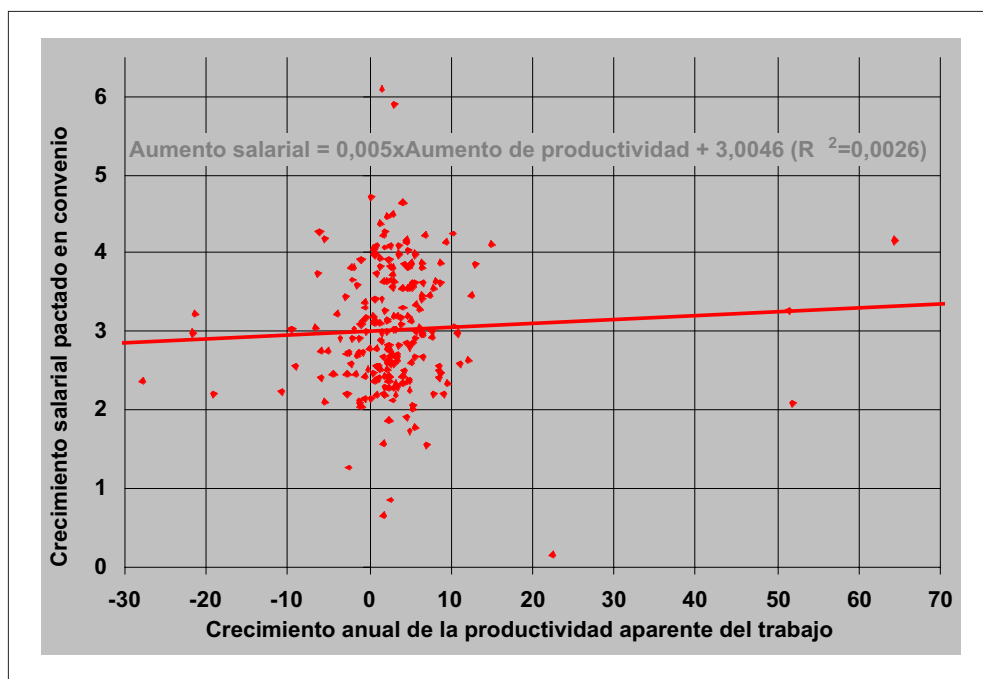
**CRECIMIENTO SALARIAL MEDIO ANUAL PACTADO EN CONVENIO  
POR RAMAS DE ACTIVIDAD, 1997-2003**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, varios años.

Otro potencial elemento explicativo de las diferencias en los crecimientos salariales por sector podría encontrarse en la dinámica de la productividad del trabajo. De hecho, esta relación, de atenerse al enfoque teórico neoclásico, sería la deseable para conseguir un crecimiento armónico de la economía y no deteriorar la competitividad internacional de la misma. Tomando los datos del periodo que va desde 1996 hasta 2000, el último año para el que existen estadísticas suficientemente desagregadas de las Cuentas Nacionales, la productividad aparente del trabajo en un sector es indiferente a los crecimientos salariales que se pactan en el o los convenios de esa rama de actividad. De existir una influencia entre ambas variables, es apenas positiva cuando se aplica año a año: de 0,005 puntos porcentuales de crecimiento salarial pactado por cada punto de aumento en la productividad aparente. Por el contrario, si la correlación se aplica para el conjunto del quinquenio, la productividad aparente del trabajo está inversa, aunque moderadamente, relacionada con los crecimientos salariales pactados en convenios. Por tanto, la productividad aparente del factor trabajo, que de alguna manera, y considerando una mínima movilidad de los trabajadores, podría garantizar un mantenimiento de los costes laborales unitarios, resulta que en la realidad no tiene ninguna influencia sobre los salarios que se pactan en los convenios colectivos.

**CRECIMIENTO SALARIAL PACTADO EN CONVENIOS Y CRECIMIENTO ANUAL  
DE LA PRODUCTIVIDAD APARENTE DEL TRABAJO POR SECTOR DE ACTIVIDAD Y AÑO,  
1996-2000**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística y de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, varios años.

Si bien no existe una relación estadística positiva entre los crecimientos salariales pactados en convenio y su plasmación en aumentos paralelos de la productividad ni viceversa, son multitud los convenios colectivos que hacen explícito algún tipo de relación entre ambos conceptos. Entre 1996 y 2003 casi un cuarto de los convenios colectivos introducen retribuciones ligadas a la productividad. Como podría ser esperable dada la mayor facilidad para estimar la productividad a nivel micro utilizando algún tipo de aproximación como la producción total o los beneficios, este tipo de cláusulas son mucho más abundantes entre los convenios de empresa. Aquí se llega a registrar casi un tercio los convenios colectivos con retribuciones ligadas a la productividad. En los convenios de sector, mientras tanto, el mismo tipo de acuerdo apenas se plasma en el diez por ciento de los textos finales. No contemplando la variable del tipo de contrato, las cláusulas que ligan productividad y retribución, por pequeño que sea el margen de relación, muestran una tendencia a la suplementariedad más que a ser complementarios. En igualdad de condiciones, en aquellos convenios que pactan cláusulas de productividad se fijan crecimientos salariales que son superiores en 0,18 puntos porcentuales a sus iguales que no incorporan este tipo de complementos retributivos.

La evolución temporal de los incentivos retributivos a la productividad, sin embargo, no muestra una concordancia con el pensamiento dominante, que trata de relacionar retribuciones y productividad, al efecto de mantener constantes los costes laborales unitarios. Si en el periodo que va desde 1996 a 1998 eran un veintiocho por ciento el total de convenios que los establecían incentivos a la productividad, entre 2001 y 2003 el mismo porcentaje se había reducido ligeramente hasta el 26,8 por ciento. Y este crecimiento sólo puede atribuirse en pequeña parte al crecimiento de la participación de los convenios de sector en el tejido negociador español. Por su parte, la misma senda de moderado descenso puede observarse en la relación entre salarios y una aproximación muy tosca a los incentivos a la productividad, como pueden ser los incentivos a la asistencia<sup>6</sup>. Mientras que hace un lustro el porcentaje de convenios que incluía incentivos a la asistencia superaba el veinticinco por ciento, entre 2001 y 2003 sólo el veinticuatro por ciento de los convenios establecía este tipo de relación.

**ESTABLECIMIENTO DE INCENTIVOS A LA PRODUCTIVIDAD Y LA ASISTENCIA, 1996-2003**  
(PORCENTAJE DE CONVENIOS QUE LAS INCLUYEN)

	<b>1996-1998</b>	<b>2001-2003</b>
Incentivos retributivos a la productividad	28,0	26,8
Incentivos retributivos a la asistencia	25,6	24,0
	(n=14.490)	(n=15.459)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Registro de Convenios Colectivos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>6</sup> Pluses orientados a reducir los niveles de absentismo laboral.

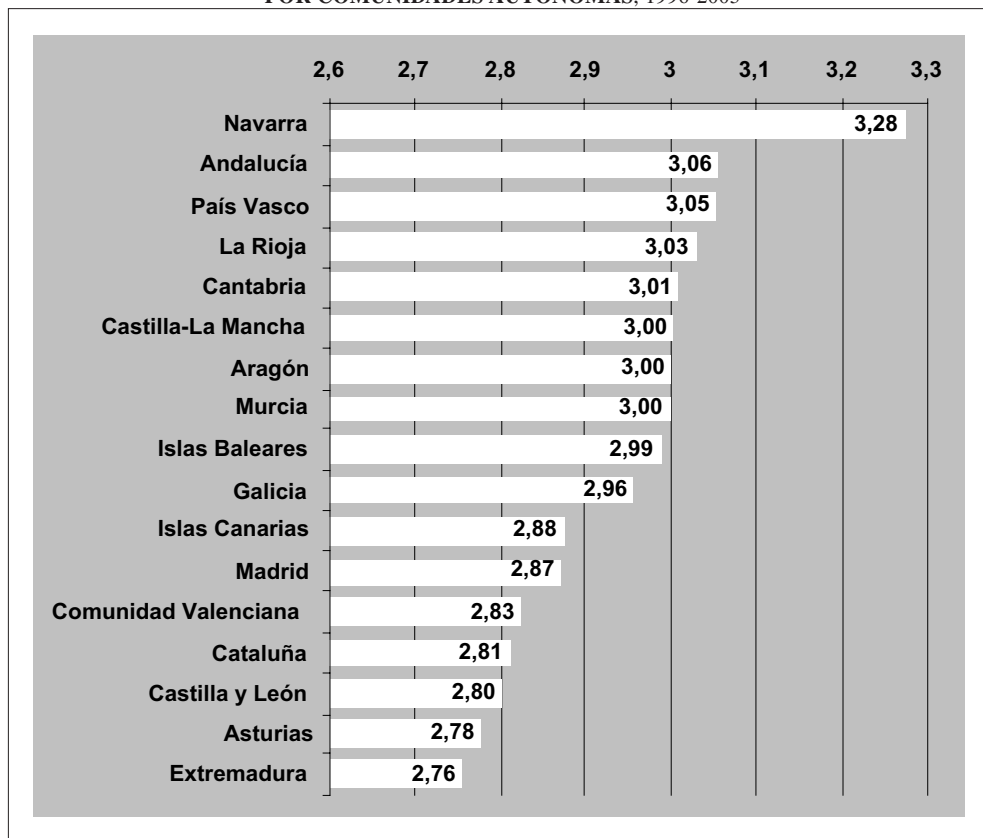
Por territorios, han sido los asalariados navarros los que más han visto mejorar sus nóminas entre 1996 y 2003 si éstas se han movido exclusivamente con referencia a lo acordado en los convenios colectivos. Sus salarios han mejorado en 0,2 puntos porcentuales por encima de los de cualquier otra Comunidad Autónoma. Fuera de una clasificación nominal, la distribución por Comunidades Autónomas de los aumentos salariales pactados en convenios no parece seguir ninguna pauta concreta y exclusiva. Entre las Comunidades Autónomas con mejores crecimientos salariales están varios de los territorios con un sector industrial más amplio, como Navarra, el País Vasco o Cantabria. Pero también se sitúa Andalucía, con un tejido manufacturero de moda. Por el contrario, la Comunidad Valenciana y Asturias, con una actividad industrial por encima de la media española, se sitúa en los puestos de cola de los crecimientos salariales.

Los salarios previos tampoco muestran mucha relación sobre los crecimientos salariales que se han observado entre 1996 y 2003. Navarra y el País Vasco ya mostraban salarios medios muy superiores a la media antes de que registrasen aumento salarial diferencial significativo en los convenios colectivos. Pero entre las Comunidades Autónomas que mayores crecimientos salariales mostraron en sus convenios colectivos en el periodo citado están también Andalucía y La Rioja, cuyos salarios medios están entre los más bajos de España. Y algunas comunidades con altos salarios medios, como Madrid y Asturias, han registrado reducidos crecimientos durante los pasados ocho años.

Otro factor que podría influir en los resultados de los acuerdos salariales en los convenios colectivos es la dinámica económica general de cada territorio. Las Islas Canarias, Cantabria y Navarra, por este orden, fueron las que disfrutaron de mayor bonanza económica en los últimos ocho años. Pero estos territorios punteros en crecimiento económico no muestran ninguna pauta de relación, ni positiva ni negativa, con los crecimientos salariales pactados en convenios colectivos. En Navarra a los asalariados les fue muy bien en sus nóminas durante el periodo contemplado, en Cantabria algo menos y en las Islas Canarias los trabajadores disfrutaron de crecimientos salariales por debajo de la media española. Por el contrario, las Islas Baleares, Castilla-La Mancha y Asturias fueron las Comunidades Autónomas con crecimientos económicos más bajos de España entre 1996 y 2003 y, sin embargo, su posición en la tabla de aumentos salariales pactados en convenios colectivos es muy desigual: desde el sexto puesto de Castilla-La Mancha al penúltimo de Asturias.

Fuera de la excepción de Navarra, cuyo crecimiento salarial pactado en convenios colectivos está muy por encima en crecimiento salarial medio del resto de Comunidades Autónomas, las diferencias son muy escasas. Dentro de esta igualdad pueden establecerse dos tramos que agrupan al conjunto de territorios y que muestra un fuerte salto entre ambos de casi dos décimas porcentuales de aumento salarial anual: uno alrededor de unos crecimientos anuales del 3 por ciento y otro en el entorno del 2,8 por ciento. En el primer grupo están todas las regiones que baña el río Ebro con la excepción de Cataluña, la mayor parte del sur del país, con la presencia, de Andalucía, Murcia y Castilla-La Mancha, además de las Islas Baleares y Galicia. En el resto de las regiones, que cubren la meseta norte del país, junto a la costa mediterránea oriental de la península y las Islas Canarias, los crecimientos estuvieron por debajo de la media española.

**CRECIMIENTO SALARIAL MEDIO ANUAL PACTADO EN CONVENIOS COLECTIVOS  
POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS, 1996-2003**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, varios años.

El único elemento que parece tener una relación directa con los crecimientos salariales pactados en los convenios colectivos es la evolución del Índice de Precios al Consumo. Si no a la evolución de la productividad, siempre difícil de cuantificar, por ello, sujeta a múltiples posibilidades de interpretación, al menos sí que se observa una tendencia creciente a ajustar los crecimientos salariales a la dinámica inflacionaria del país. A pesar de las limitaciones del IPC para representar realmente la evolución real del coste de la vida para los consumidores —no incluye partidas tan significativas como el precio de la vivienda— es el único indicador elaborado con precisión y homogeneidad que puede permitir relativizar la cifra de crecimiento nominal de los salarios.

Esta dinámica de creciente ajuste a las condiciones de precios no puede atribuirse en exclusiva a una continua preferencia de los agentes sociales por ajustar los precios al consumo y los precios del factor trabajo, con el fin de mantener estables, al menos por este lado, los costes laborales y el poder adquisitivo. Una explicación más plausible, y seguramente complementaria, puede encontrarse en las crecientes dificultades de los agentes sociales para predecir la evolución de los precios que sirven de base a los acuerdos finales. En el pasado, la utilización de la previsión gubernamental de inflación solía inducir am-

plios grados de certeza en los negociadores, lo cual permitía establecer incrementos salariales nominales sobre una base (dicha previsión) que, aunque no fuese explícita, estaba contemplada como referente. A medida que ese umbral inicial se hace más inestable dada la tendencia a reincidir en el error de las estimaciones de inflación del gobierno, mayor número de convenios hace explícito que el crecimiento salarial se pacta con base en el IPC. Si en 1996 sólo uno de cada cinco convenios pactaba el incremento salarial en función del Índice de Precios al Consumo, en 2003 ya eran la mitad de los convenios los que hacían explícita la relación entre crecimiento salarial y la evolución de los precios <sup>7</sup>.

**FORMA DE PACTAR EL INCREMENTO SALARIAL EN CONVENIOS COLECTIVOS, 1996-2003  
(PORCENTAJE)**

	<b>1996</b>	<b>1998</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>
Nominal	78,7	66,4	62,8	54,5	49,7
En función del IPC	21,3	33,6	38,2	45,5	50,3
	(n=4547)	(n=4522)	(n=4708)	(n=5378)	(n=5119)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Registro de Convenios Colectivos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

En la misma esfera de actuación de creciente desconfianza de los negociadores hacia la previsión inflacionaria del gobierno, se observa una tendencia creciente a incluir cláusulas de revisión salarial en los convenios. La inserción de este tipo de cláusulas en los convenios es la respuesta obvia a crecientes incertidumbres sobre la previsión de inflación. Con esta cláusula retroactiva, los representantes de los trabajadores se aseguran frente a minusvaloraciones en la previsión de inflación. Cuando a mediados de los noventa las estimaciones futuras de la evolución de precios fueron ratificadas o incluso rebajadas por la realidad, los negociadores se preocuparon menos por protegerse contra esta emergencia. A medida que la experiencia fue demostrando que la inflación real superaba reiteradamente las optimistas previsiones gubernamentales, los representantes de los trabajadores han buscado con más frecuencia adquirir este seguro frente a una contingencia cada vez más recurrente.

**CONVENIOS QUE INCLUYEN CLÁUSULA DE REVISIÓN SALARIAL Y TRABAJADORES  
AFECTADOS, 1996-2003 (PORCENTAJE)**

	<b>1996</b>	<b>1998</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>
Sí	43,1	38,3	45,9	49,6	52,9
No	56,9	61,7	54,1	50,4	47,1
	(n=4.547)	(n=4.522)	(n=4.708)	(n=5.378)	(n=5.119)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Registro de Convenios Colectivos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>7</sup> El dato es enormemente significativo. A principios de los años ochenta, el primer gobierno socialista de la transición introdujo una modificación significativa en la variable de referencia para los incrementos salariales,

Pero el crecimiento salarial nominal no es el único elemento de la negociación colectiva que afecta a los costes laborales unitarios. Más de la mitad de los convenios colectivos regulan el establecimiento de complementos retributivos que superan el mínimo legalmente establecido para un conjunto de contingencias. En todas las circunstancias, los convenios de empresa son más explícitos en estos complementos de lo que lo son los convenios de sector. Este diferencial se explica en parte por las mejores condiciones generales de que gozan los trabajadores de las grandes y medianas empresas, que son las únicas que cuentan con convenios propios, y en parte por el menor coste de establecer y controlar el cumplimiento de estos complementos en un ámbito restringido y con condiciones específicas conocidas.

Las contingencias que con más frecuencia se contemplan en los convenios colectivos son las referidas a enfermedades y accidentes de trabajo, que se hacen explícitas en la mitad de los convenios colectivos. Menos abundantes, porque son más costosas y porque están cubiertas por otro tipo de obligaciones legales, son los complementos retributivos para la jubilación y la invalidez. Por el contrario, son muy poco frecuentes acuerdos cuantitativos que afectan a la retribución salarial en otras contingencias como la viudedad, la orfandad, la maternidad y, sobre todo, el subsidio parcial de desempleo (cuando hay un expediente de regulación parcial de empleo en marcha).

Por su parte, los convenios de empresa son los únicos que hacen referencias explícitas a remuneraciones en especie como el comedor o el transporte. Un quinto de los convenios de empresa contempla la absorción total o parcial por parte de la compañía de los gastos de transporte entre el lugar de residencia y el lugar de trabajo de los trabajadores. La implantación de servicios de comedor con algún tipo de financiación empresarial afecta al 12,2 por ciento de los convenios de empresa.

**ESTABLECIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES POR ENCIMA DEL MÍNIMO LEGAL  
SEGÚN TIPO DE CONTINGENCIA, 1996-1998  
(PORCENTAJE DE CONVENIOS QUE LAS INCLUYEN)**

	<b>Convenios de sector</b>	<b>Convenios de empresa</b>	<b>Total</b>
Jubilación	25,0	26,7	26,2
Invalidez	20,5	24,5	23,4
Viudedad	4,6	6,7	6,2
Orfandad	2,4	4,6	4,0
Enfermedad común	36,4	50,7	47,0

fijada en los pactos sociales de aquellos años: del índice de precios «ex-post» se pasó a utilizar un indicador «ex-ante», que se estableció en la predicción gubernamental para el año en curso. El efecto es importante al objeto de quebrar una hipotética contribución alcista de la dinámica de los salarios nominales a la senda de los precios al consumo. La intencionada manipulación, a la baja, de las previsiones oficiales en esta materia en los últimos años, ha hecho que pierda credibilidad tal indicador y se canalice el dato de referencia al IPC pasado, con el consiguiente riesgo de alimentar una posible espiral inflacionista.

Maternidad	6,7	16,7	14,1
Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales	50,4	59,7	57,2
Desempleo parcial y suspensión de empleo	0,2	0,5	0,4
Otros complementos de protección social	9,4	18,2	15,9
Comedor	0,0	12,2	9,0
Transporte	0,0	20,2	14,9
	(n=3.770)	(n=10.720)	(n=14.490)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Registro de Convenios Colectivos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

## 5. JORNADA LABORAL

Al mismo tiempo que crecían los salarios reales pactados en convenios, la jornada laboral pactada en convenios, que se corresponde con el máximo permitido para cada ámbito de regulación particular, se ha venido reduciendo de manera paulatina en los últimos siete años. Pese a la tendencia histórica de reducción de la jornada laboral, no ha sido ésta una dinámica uniforme en tiempos pretéritos. Sin ir más lejos, en los cuatro años previos a 1997 la jornada laboral media pactada en convenios había aumentado, en promedio, en casi diez horas anuales. Por tanto, las condiciones económicas parecen tener un fuerte e inverso influjo en la prolongación o el acortamiento del tiempo de trabajo<sup>8</sup>.

La bonanza económica que se plasma a partir de 1996 en España tiene como resultado una reducción de la dedicación laboral de los asalariados españoles. Esta disminución pudo verse influida positivamente por las crecientes referencias a la reducción de la jornada laboral que acompañaron a la implantación de la jornada de treinta y cinco horas semanales en Francia. La caída de la jornada laboral se ha producido tanto en los convenios de empresa como en los de sector. Sin embargo, ha afectado con mayor intensidad a los convenios de empresa, que ya registraban menores jornadas laborales medias con anterioridad.

### JORNADA ANUAL MEDIA POR HORA TRABAJADA, 1996-2003

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Jornada media anual (convenios de empresa)	1.723	1.721	1.716	1.716	1.712	1.708	1.704	1.699
Jornada media anual (convenios sectoriales)	1.774	1.774	1.773	1.772	1.768	1.765	1.763	1.760
<b>Jornada media anual pactada</b>	<b>1.768</b>	<b>1.768</b>	<b>1.767</b>	<b>1.765</b>	<b>1.761</b>	<b>1.759</b>	<b>1.756</b>	<b>1.753</b>

Fuente: Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, varios años.

<sup>8</sup> No obstante, hay que tener en cuenta que la existencia de convenios plurianuales, que no pactan la jornada todos los años, el dato agregado de jornada pactada media anual está condicionado por la estructura de los convenios que se pactan cada año.

Como resultado de esta reducción de la jornada laboral media, el crecimiento de los salarios reales por hora trabajada para el periodo, que va desde 1996 hasta 2003 ha sido del 4,28 por ciento o, lo que es lo mismo, del 0,6 por ciento anual. Pero, al igual que ocurrió con el salario real sin tomar en consideración la evolución de la jornada laboral, existió un periodo en el que se revirtió esta tendencia a la mejora de los salarios medios por hora trabajada. En 1999 y 2000 se produjo una reducción de los salarios reales por hora trabajada, aunque la cuantía de esta disminución es mínima: inferior al 0,1 por ciento en cada uno de los años. Es precisamente en 2000, uno de los años con bajos crecimientos salariales, cuando se pactaron los mayores descensos de la jornada laboral de todo el periodo. Pero, en general, no parece existir una relación positiva entre disminución de la jornada laboral y salarios reales que implique un intercambio entre ambas variables a la hora de llegar a acuerdos entre los representantes de los trabajadores y los de las empresas. Más bien se puede observar una complementariedad en la que posiciones muy favorables a los trabajadores en la negociación colectiva se ven refrendadas por una aplicación dual tanto a los crecimientos salariales generales como hacia la reducción de la jornada laboral.

#### VARIACIÓN DEL SALARIO MEDIO REAL POR HORA TRABAJADA, 1996-2003

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	Total
Salario por hora (convenios de empresa)	+0,43	+1,01	-0,40	-0,19	+0,62	+0,31	+0,21	<b>+2,00</b>
Salario por hora (convenios sectoriales)	+0,94	+1,17	-0,04	-0,01	+1,19	+0,45	+0,86	<b>+4,66</b>
<b>Salario medio por hora trabajada</b>	<b>+0,85</b>	<b>+1,15</b>	<b>-0,08</b>	<b>-0,04</b>	<b>+1,10</b>	<b>+0,44</b>	<b>+0,79</b>	<b>+4,28</b>
Variación de la jornada laboral media	+0,02	-0,07	-0,09	-0,21	-0,15	-0,14	-0,18	-0,81

Fuente: Elaboración propia de datos del Instituto Nacional de Estadística y de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, varios años.

En este periodo, y como explicación, en parte, de la disminución de la jornada laboral media, se registra un gradual, aunque lento, crecimiento del número de días de vacaciones pactadas en los convenios colectivos. Quienes disfrutan del mínimo legalmente establecido de treinta días de vacaciones siguen siendo la abrumadora mayoría. Pero mientras en el trienio que va de 1996 hasta 1998, superaban las tres cuartas partes de los convenios los que situaban el periodo vacacional en el mínimo exacto, en el periodo 2001-2003 el porcentaje se había reducido al 72,1 por ciento. Los convenios que otorgan más de cuarenta y un días de vacaciones a los asalariados en ninguno de los dos periodos contemplados representan siquiera el uno por ciento del total de convenios colectivos. En una posición intermedia entre las posiciones más favorables a los trabajadores y el mínimo legal, los convenios colectivos que alcanzan acuerdos para un número de vacaciones que va de los treinta y uno a los cuarenta días, han crecido del veintidós por ciento en 1996 hasta el veintiséis por ciento en 2003.

Los sectores más favorables a los trabajadores en, cuanto al número de convenios que pactan días de vacaciones por encima del mínimo legal estipulado de treinta días, son la

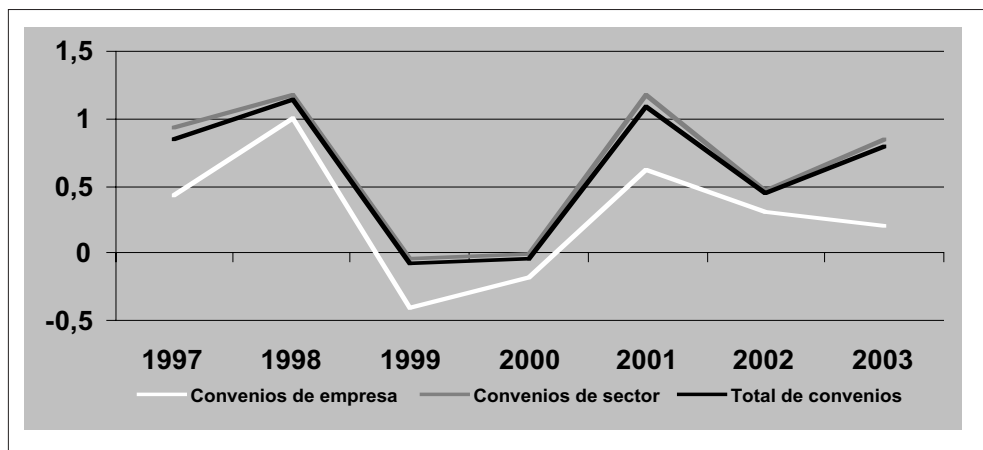
extracción de crudo y gas y la minería metálica, donde son casi el noventa por ciento los convenios que amplían el periodo vacacional legal mínimo. En el sector de correos y telecomunicaciones el número de convenios que sigue esta misma senda llega al sesenta por ciento. Y, por último, la minería del carbón, la intermediación financiera y la enseñanza mantienen negociaciones colectivas en las que más de la mitad de los convenios generados amplían el mínimo legal de vacaciones. Todos son sectores que cumplen con una característica común: por regulación o propiedad, gozan de una amplia influencia del sector público y cuentan con extensa presencia de convenios sectoriales de ámbito estatal como instrumento de regulación de las relaciones laborales.

**DÍAS DE VACACIONES PACTADOS EN NEGOCIACIÓN COLECTIVA, 1996-2003**  
(PORCENTAJE DE CONVENIOS)

	1996	1998	2001	2002	2003
30 días	76,8	74,3	71,9	72,4	72,1
31 días	13,2	14,7	16,0	16,2	16,4
32-40 días	9,0	10,1	11,1	10,2	10,4
41-50 días	0,6	0,6	0,8	0,8	0,8
51-60 días	0,2	0,3	0,2	0,2	0,2
61-90 días	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1
	(n=4.738)	(n=4.642)	(n=4.777)	(n=5.454)	(n=5.194)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Registro de Convenios Colectivos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

**VARIACIONES EN LA JORNADA LABORAL PACTADA, SEGÚN TIPO DE CONVENIO COLECTIVO (1997-2003, % VARIACIÓN RESPECTO AL AÑO ANTERIOR)**



De manera complementaria al aumento de las vacaciones, al menos en lo que se acuerda en convenios colectivos, otro factor ha contribuido a reducir la jornada laboral anual de los asalariados españoles: el número de horas extraordinarias ha disminuido en los últimos diez años de manera leve pero casi constante. Una parte de la responsabilidad de esta disminución puede atribuirse a los efectos de la negociación colectiva sobre el comportamiento tanto de trabajadores como de empleadores. Aunque el número de convenios que pacta una cláusula para eliminar la realización de horas extraordinarias se ha reducido en casi el setenta y cinco por ciento entre 1996 y 2003, se han disparado los convenios colectivos que pactan referencias menos maximalistas pero de más fácil cumplimiento sobre la reducción del número máximo de horas extraordinarias permitidas, con respecto al máximo legal establecido. Si en el periodo que va de 1996 a 1998 sólo el tres por ciento de los convenios colectivos reducían el máximo legal, entre 2001 y 2003 el mismo porcentaje se elevó al veintinueve por ciento. En una senda alcista, aunque más moderada, también se observa un crecimiento del porcentaje de convenios colectivos que pactan reducir el límite máximo de horas extraordinarias sobre el año anterior.

**REFERENCIAS A LAS HORAS EXTRAORDINARIAS, 1996-2003**  
(PORCENTAJE DE CONVENIOS QUE LAS INCLUYEN)

	<b>1996-1998</b>	<b>2001-2003</b>
Cláusula de eliminación de las horas extraordinarias	9,2	2,3
Cláusula de reducción de las horas extraordinarias con respecto al año anterior	2,9	4,0
Cláusula de reducción de horas extraordinarias con respecto al máximo legal	3,0	20,6
	(n=14.490)	(n=15.459)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Registro de Convenios Colectivos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

## 6. CLÁUSULAS DE EMPLEO Y CONDICIONES DE TRABAJO

En términos de contenidos salariales, en el último lustro la negociación colectiva no ha variado sustancialmente sus pautas, si el análisis se refiere a la importancia cuantitativa de este tipo de cláusulas. Sí se han producido, no obstante, cambios en los contenidos concretos, incluyéndose unas cláusulas nuevas y abandonándose otras. Aunque las cláusulas generales no sean estrictamente vinculantes y su cumplimiento no está sujeto a observancia plena, éstas contribuyen a introducir nuevos campos regulatorios mientras se abandonan otros. En el caso de las cláusulas de contratación, lo que se ha producido es una racionalización de las mismas y un cambio en la perspectiva. Con respecto al periodo que va de 1996 a 1998, en los tres últimos años han aumentado el número de cláusulas que se preocupan por la dimensión cuantitativa del empleo y han disminuido las que toman en cuenta la calidad del mismo.

Dentro de esta tendencia es destacable el crecimiento del número de cláusulas de creación neta de empleo, que se ha quintuplicado en los convenios firmados entre 2001 y 2003 con respecto a los que incluían este tipo de compromiso en el trienio anterior. La bonanza

económica explica la inclusión de este tipo de cláusulas, que tienen escaso efecto sobre las pautas empresariales generales. En un entorno de crecimiento económico, la creación de empleo es una situación derivada del mismo, sin que influya con intensidad algún posible acuerdo al respecto. Este tipo de cláusulas tiene el doble de presencia en los convenios de empresa que en los de sector.

Un aumento mucho más moderado se observa en las cláusulas de mantenimiento de empleo, que son suplementarias de lo anterior.

Por el contrario, pierde intensidad la inclusión de cláusulas de empleo que tratan de garantizar la cantidad de empleo en caso de jubilación anticipada. Este declive puede ser debido, en buena medida, a una disminución en la aplicación de acuerdos de prejubilación. Más contradictoria con el discurso habitual acerca de la precariedad del empleo, es la disminución del porcentaje de convenios colectivos que incorporan cláusulas que tratan de regular o al menos animar la conversión del empleo temporal en fijo. Esta circunstancia ha pasado de estar presente en el 8,5 por ciento de los convenios al 7,6 por ciento. A cambio, aumenta ligeramente el número de convenios que contemplan el establecimiento de indemnizaciones por renovación de contrato. La existencia de subvenciones para fomentar este tránsito (más el resto de medidas de fomento de la contratación indefinida concertadas a partir de 1997, tras la firma del Acuerdo para la Estabilidad en el empleo), desde la temporalidad a la estabilidad contractual, ha podido ser responsables de esta pérdida de interés de los negociadores en incorporar algún objetivo explícito sobre el empleo indefinido.

**CLÁUSULAS DE CONTRATACIÓN, 1996-2003**  
(PORCENTAJE DE CONVENIOS QUE LAS INCLUYEN)

	<b>1996-1998</b>	<b>2001-2003</b>
Cláusula de creación neta de empleo	2,5	12,6
Cláusula de empleo por jubilación anticipada	8,2	7,9
Cláusula de mantenimiento de empleo	7,2	12,7
Cláusula de conversión de empleo temporal en indefinido	8,5	7,6
Cláusula de indemnización por renovación de contrato	5,8	7,2
Otras cláusulas de contratación	12,0	0,0
	(n=14.490)	(n=15.459)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Registro de Convenios Colectivos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Más ambiguo con respecto al discurso de favorecer la movilidad geográfica y funcional de los trabajadores y, de ese modo, mejorar los ajustes de la oferta de trabajo a la demanda, es el crecimiento de las cláusulas de movilidad que se incluyen en los convenios colectivos. Entre 1996 y 1998 entre el diez y el quince por ciento de los convenios colectivos incluían algún tipo de cláusula sobre movilidad, ya fuese geográfica o funcional. En los tres últimos años se había elevado en un 60 por ciento el número de convenios que incorporaban cláusulas sobre movilidad geográfica. Pero, a cambio, se ha reducido el volumen de convenios que concretan algún tipo de acuerdo sobre la movilidad funcional. Sólo seis convenios de los más de quince mil hacían una referencia explícita a este aspecto capital de las opciones empresariales para manejar sus recursos humanos de manera flexible.

**CLÁUSULAS DE MOVILIDAD, 1996-2003**  
(PORCENTAJE DE CONVENIOS QUE LAS INCLUYEN)

	<b>1996-1998</b>	<b>2001-2003</b>
Cláusula de movilidad geográfica	9,4	14,2
Cláusula de movilidad funcional	15,3	0,0
	(n=14.490)	(n=15.459)

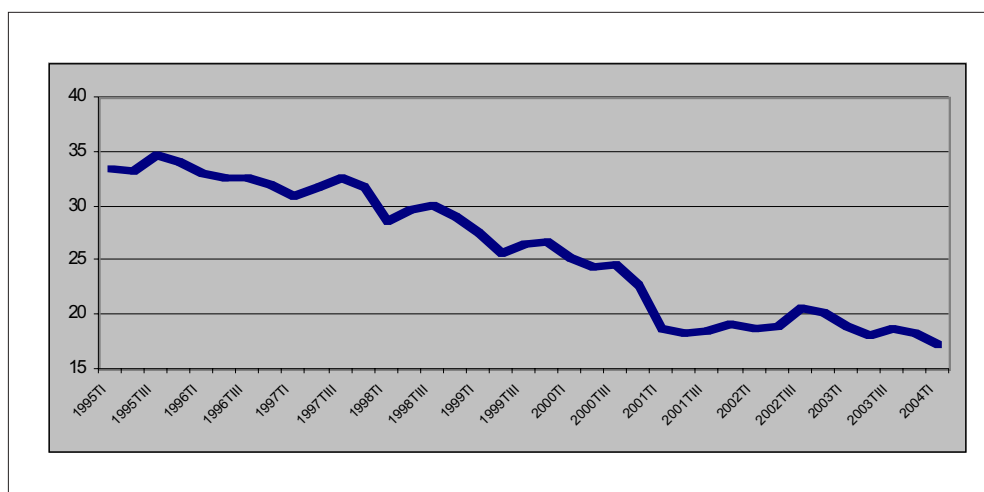
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Registro de Convenios Colectivos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

**7. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA: SALARIOS Y EMPLEO**

**7.1. Entorno general**

Hasta aquí el análisis ha estado referido a lo ocurrido a escala nacional, en este epígrafe vamos a centrarnos en el análisis de los efectos de la negociación colectiva en los últimos años en Andalucía, que debe enmarcarse en un entorno económico muy determinado que ha de plantearse siquiera con brevedad antes de proceder a señalar sus características más relevantes. Durante los últimos años, el mercado de trabajo en Andalucía se ha caracterizado por un fuerte proceso de creación de empleo y de reducción de la tasa de desempleo. Esta evolución, que se puede calificar de muy favorable en términos de tendencia, tiene que ser matizada como consecuencia del hecho de que los niveles de la tasa de desempleo son todavía elevados en relación con la media nacional, y esta diferencia es especialmente significativa para colectivos específicos como el femenino o el de los jóvenes.

**TASA DE PARO EN ANDALUCÍA (1995-2003)**



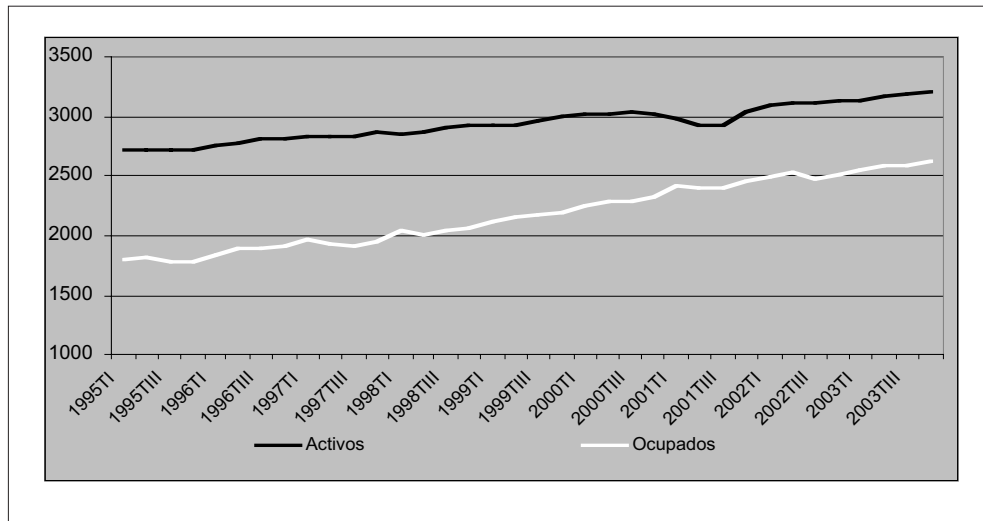
Fuente: EPA y elaboración propia

La población activa en Andalucía ha crecido sustancialmente en los últimos años como consecuencia, de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. La feminización del mercado laboral también se ha acentuado en los últimos años, como resultado de una reducción de la participación laboral masculina. Se ha alcanzado una tasa de actividad femenina del 40,31 por ciento, mientras que la masculina está situada en el 67,08 por ciento (valores correspondientes al cuarto trimestre de 2003). Esta distribución era muy diferente al comienzo de la elaboración de los datos de la EPA —el cuarto trimestre de 1978—, los valores para estas mismas variables fueron el 75,75 por ciento para los varones y el 20,58 por ciento para las mujeres, lo que da idea del fuerte proceso ocurrido.

En este contexto general en lo que respecta a las variables más importantes del mercado laboral, se enmarca el proceso de negociación colectiva en Andalucía<sup>9</sup>. La actividad negociadora en Andalucía ha sido creciente en los últimos años como lo muestra el número de empresas y trabajadores implicados.

En 2003 el número de convenios vigentes en Andalucía era de 827, los cuáles afectaban a 1.398.485 trabajadores y 229.557 empresas. La cobertura es significativa, pues según la EPA del cuarto trimestre de 2003, el total de trabajadores asalariados en Andalucía ascendía a un total de 2.154.700, lo que significa una cobertura del 64,9 por ciento. Esta tasa aún mayor en sectores específicos como la construcción o el sector agropecuario, donde, al menos formalmente, la cobertura es prácticamente completa.

#### POBLACIÓN ACTIVA Y OCUPADA EN ANDALUCÍA, 1995-2003 (EN MILES)

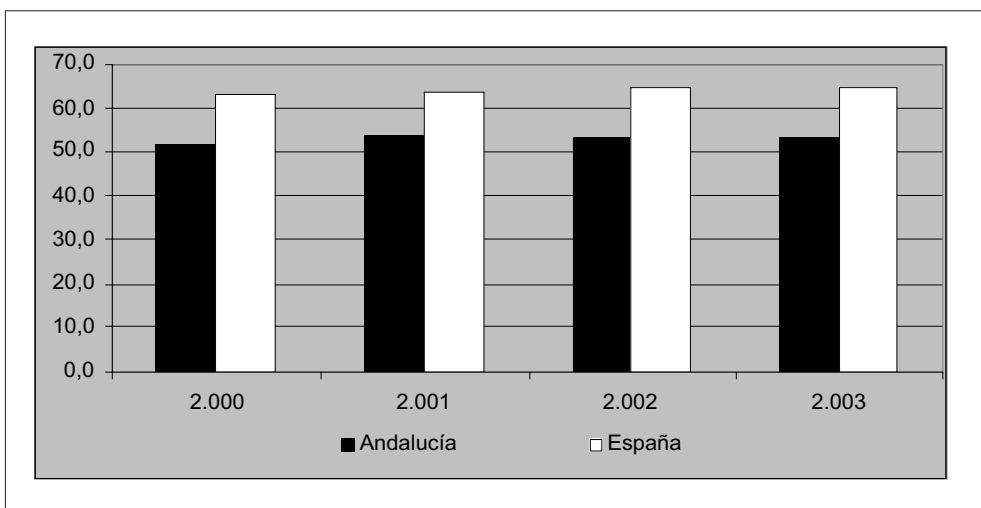


Fuente: EPA y elaboración propia

<sup>9</sup> Los datos utilizados en este epígrafe provienen de las amplias memorias anuales que edita el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales sobre la Negociación Colectiva en Andalucía.

Este alto grado de cobertura es importante, teniendo en cuenta el destacado peso del empleo asalariado en Andalucía. Sin embargo, uno de los factores más característicos del empleo es la importante dualización que existe en el mercado laboral andaluz como consecuencia del importante peso del empleo temporal frente al indefinido. Esta estructura de la ocupación, creemos que es relevante a la hora de interpretar algunas de las variables objeto de la negociación colectiva.

#### PORCENTAJE DE CONTRATOS INDEFINIDOS. ESPAÑA Y ANDALUCÍA (PRIMER TRIMESTRE)



Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral y Elaboración propia

Como se ha señalado anteriormente, la negociación colectiva en Andalucía es muy intensa desde cualquiera de los parámetros que se utilicen, la tabla siguiente muestra, en términos muy genéricos, la creciente importancia de la negociación colectiva en Andalucía en los últimos años.

#### EVOLUCIÓN COMPARATIVA DE DATOS DE CONVENIOS COLECTIVOS EN ANDALUCÍA

	Convenios colectivos	Tasa variación interanual (%)	Empresas acogidas a convenios colectivos	Tasa variación interanual (%)	Trabajadores acogidos a Convenios colectivos	Tasa variación interanual (%)
1998	606		176.092		1.025.656	
1999	644	6,27	199.740	13,43	1.252.539	22,12
2000	648	0,62	213.030	6,65	1.134.474	-9,43
2001	719	10,96	228.349	7,19	1.226.762	8,13
2002	768	6,82	228.292	-0,02	1.303.002	6,21
2003	827	7,68	229.557	0,55	1.398.485	7,33

Fuente: CARL *La negociación colectiva en Andalucía*, varios años, y elaboración propia

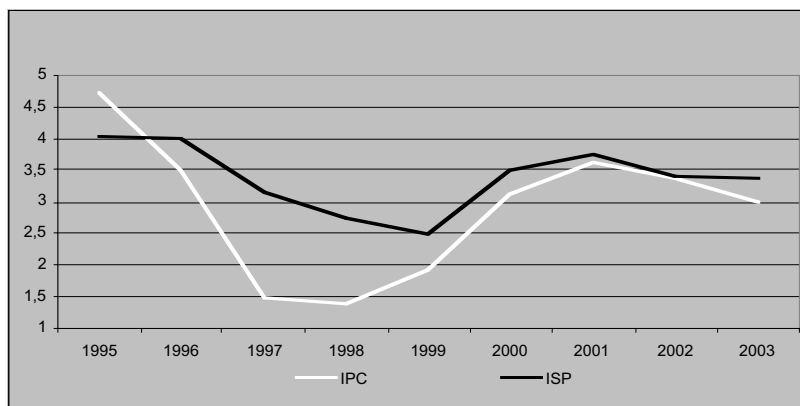
Desde el punto de vista de la repercusión económica de la negociación colectiva, son muchos los aspectos que se tratan en ella y que afectan a los resultados del sistema económico, desde los salarios y en general la determinación de los costes laborales de las empresas, hasta la jornada laboral (descansos, vacaciones, etc.), las condiciones laborales diversas y muchos otros extremos. El análisis de sus implicaciones es muy complejo pues son muchos los matices que hay que tener en cuenta. A continuación nos vamos a centrar en dos aspectos esenciales: salarios y jornada laboral.

## 7.2. Salarios

El estudio de la evolución de los salarios es especialmente relevante pues, como se sabe, los salarios tienen un doble componente, por un lado se trata del precio de factor productivo y por tanto afecta a los costes de producción y en general a la competitividad de las empresas. Por otro lado, el salario tiene un componente de renta económica para sus perceptores, y por tanto su determinación afecta a la demanda de bienes y servicios del sistema económico. Se trata pues, de una de las variables económicas más relevantes de la economía y es precisamente en el proceso de la negociación colectiva donde, en buena medida, se determina.

La evolución de los salarios en Andalucía ha presentado una tendencia oscilante en los últimos años, tal y como se aprecia en el gráfico adjunto que recoge la evolución de los incrementos salariales pactados en los convenios (ISP), que ofrece el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en sus Memorias Anuales. En un periodo suficientemente extenso, que abarca desde 1995 hasta 2003, se pueden encontrar varios subperiodos que reflejan condiciones laborales, y en general del entorno económico, muy diferenciadas. Después de un periodo de reducción significativa del ISP en los últimos años noventa, en los años 2000 y 2001 se registra una ligera recuperación, manteniéndose posteriormente el ISP en los años 2002 y 2003 en torno al 3,4 por ciento. La comparación de estos periodos con los considerados anteriormente para la evolución de las variables de empleo sugiere que los años de fuerte crecimiento de la ocupación y de reducción de la tasa de paro han coincidido con una dinámica de moderación de los incrementos salariales, medidos a través del ISP.

**ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMO E INCREMENTO SALARIAL PACTADO EN ANDALUCÍA**  
(1995-2003)

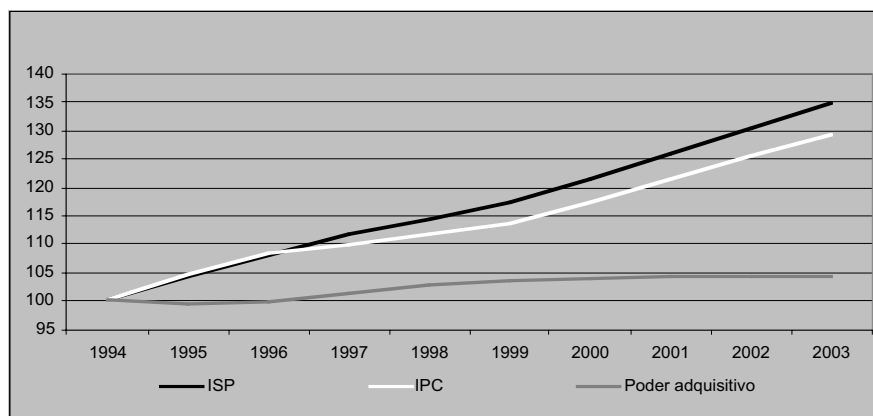


Fuente: INE, CARL y elaboración propia

Como ya se ha señalado, la fijación de los salarios tiene un doble componente: de costes y de rentas. De una manera muy simplificada, se puede considerar la conexión entre ambos utilizando el índice de precios para poner en relación la tasa de crecimiento de los salarios durante el periodo considerado y la evolución del poder de compra de los mismos. En el gráfico se representan el Incremento Salarial Pactado medio en Andalucía y la media anual de las tasas de variación interanuales del índice general de precios al consumo (IPC) en Andalucía. Teniendo en cuenta todas las cautelas que esta comparación meramente ilustrativa conlleva, se observa que entre los años 1995 y 2001, los niveles de precios tuvieron unas tasas de crecimiento anual por debajo de los respectivos incrementos salariales, en Andalucía. Este diferencial es especialmente significativo en los años centrales, 1997 y 1998, en los que la diferencia entre ambos índices es de 1,68 y 1,33 respectivamente. Por el contrario, los años extremos del periodo muestran unas tasas de variación de IPC e ISP muy cercanas, siendo especialmente significativo el año 1995 en el que el IPC medio es superior al ISP medio. En los últimos años de la serie, las diferencias entre ambos son reducidas. Las causas de esta diferencia se pueden encontrar en diferentes motivos, 1995 es todavía un año de crisis en el que se empieza a reactivar la economía y el mercado de trabajo en Andalucía aunque la tasa de desempleo es aún muy elevada (33,49 por ciento de media del año), lo que podría seguir presionando los salarios a la baja. Por el contrario, los primeros años del presente siglo son años de moderación del crecimiento económico, en los que las tasas de desempleo han alcanzado valores cercanos a la media nacional, (especialmente en el caso de los hombres) y en los que la moderación salarial puede interpretarse como consecuencia de una cierta opción por el empleo o de su mayor estabilidad a través de ganancias de competitividad.

Desde la perspectiva de ingresos que los salarios significan para sus perceptores, podemos hacer una aproximación a las ganancias de poder adquisitivo que ha significado la evolución de precios y salarios anteriormente descritos. Aplicando el ISP y el IPC a una evolución acumulativa con base 100 en 1994, los salarios reales en Andalucía han crecido tal y como se recoge en el gráfico, aunque el incremento en nueve años se puede calificar de moderado.

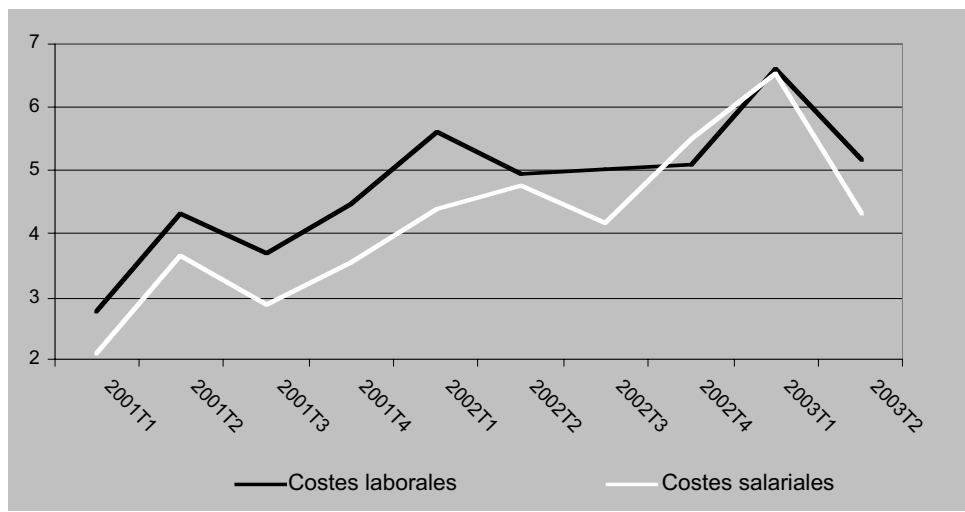
#### EVOLUCIÓN PRECIOS, SALARIOS NOMINALES Y PODER ADQUISITIVO EN ANDALUCÍA (1994-2003)



Fuente: INE, CARL y elaboración propia

Estas consideraciones pueden ser complementadas con la información que ofrecen otras fuentes estadísticas como la encuesta que realiza el Instituto Nacional de Estadística sobre la evolución de los costes laborales (Índice de Costes Laborales) que nos permite comparar los datos aportados por el ISP a partir de los años dos mil. Las tasas de variación interanuales que muestra el ICL son algo mayores que los del ISP, pero la evolución mostrada es semejante.

#### EVOLUCIÓN DE LOS COSTES TOTALES Y SALARIALES NOMINALES EN ANDALUCÍA (2001-2003)



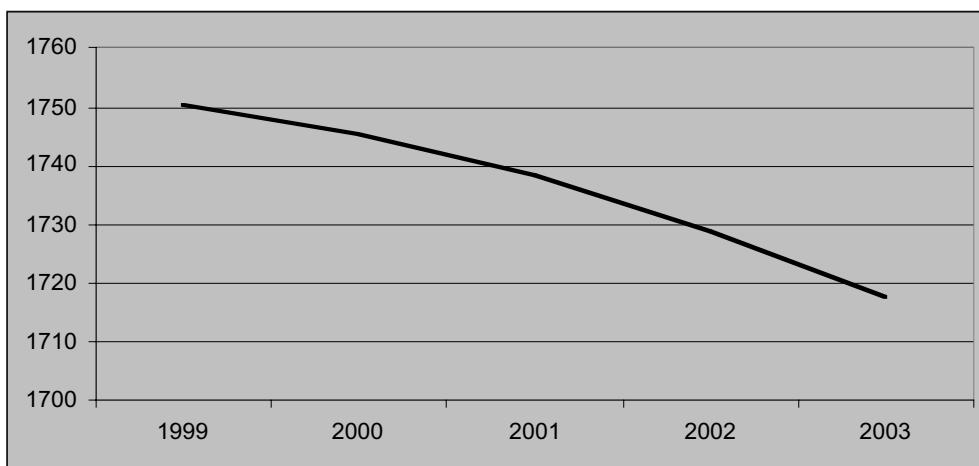
Fuente: INE, Índice de Costes Laborales y elaboración propia

### 7.3. Jornada laboral

En lo que respecta a la evolución de la jornada laboral, la negociación colectiva en Andalucía presenta una evolución clara hacia la reducción de la misma, desde 1999 la jornada media se ha reducido anualmente entre un 0,28 por ciento y un 0,65 por ciento. Los convenios colectivos que en Andalucía pactan la jornada semanal, también muestran una paulatina tendencia hacia la reducción desde un promedio de 39,7 horas en 1996, hasta una jornada de 38,3 horas en 2001 y finalmente en 38 horas en 2003. Un dato a tener en cuenta es que la jornada pactada en los convenios de empresas del sector privado (38 horas en 2003) es superior a los de las empresas del sector público (35,7 horas en 2003) en un significativo porcentaje, casi un 8 por ciento.

Esta tendencia a la reducción de la jornada además de un componente tendencial, tiene en el periodo de referencia, muestra lo que podríamos denominar un «efecto contagio» derivado de la experiencia francesa de la reducción de la jornada laboral hasta las 35 horas, que ha servido de referencia en los últimos años como consecuencia del debate en torno a la necesidad de crear empleo puesta de manifiesto a partir de la segunda mitad de los años noventa y que ha estimulado esta negociación especialmente en el sector público.

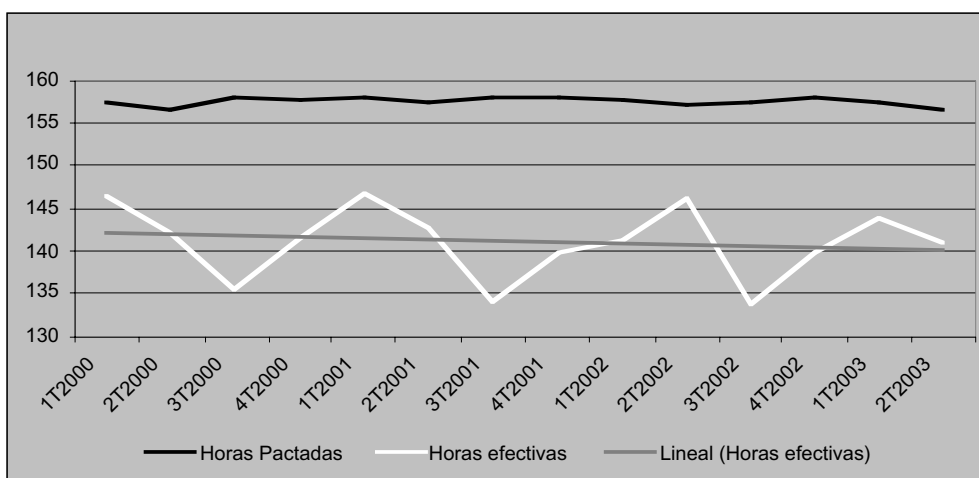
**EVOLUCIÓN PROMEDIO JORNADA ANUALIZADA EN ANDALUCÍA (1999-2003)**



Fuente: CARL Memorias de la Negociación Colectiva en Andalucía. Diversos años

El Instituto Nacional de Estadística ofrece información adicional sobre la evolución de las horas de trabajo pactadas y efectivas por los trabajadores en Andalucía a partir del año 2000. Esta información presenta una tendencia más estable que la ofrecida por las memorias de Negociación Colectiva en Andalucía. Es interesante señalar el comportamiento estacional de las horas de trabajo efectivas a lo largo de cada año, que sí presentan una tendencia a la reducción durante el periodo considerado (2000-2003), por esta fórmula de información

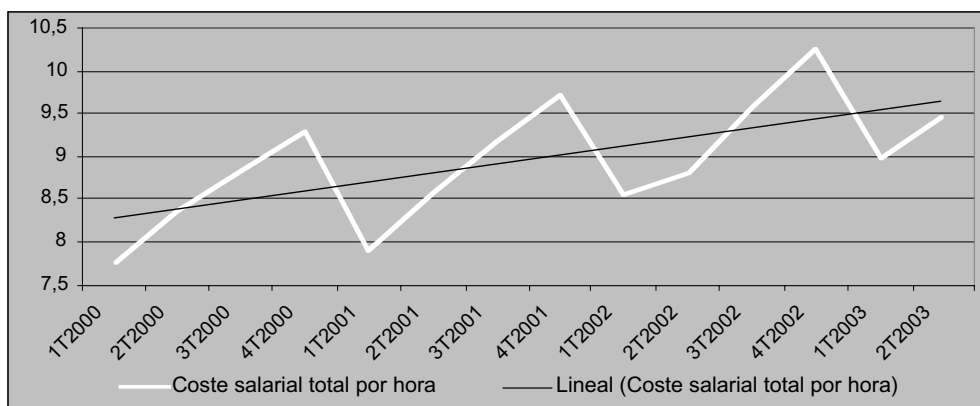
**HORAS DE TRABAJO EN ANDALUCÍA. TOTAL DE TRABAJADORES (2000-2003)**



Fuente: INE, Índice de Costes Laborales y elaboración propia

Por una parte, la reducción de la jornada laboral pactada, (y de las horas efectivamente trabajadas), y por otra parte el aumento moderado de los salarios reales lleva a plantear el efecto conjunto de ambos sobre la retribución de las horas de trabajo y por consiguiente de la competitividad del sistema económico. Como se observa, el coste salarial de las horas está creciendo de forma sostenida desde 2000.

#### COSTE SALARIAL POR HORA TRABAJADA EN ANDALUCÍA, 2000-2003 (EN EUROS)



Fuente: INE Índice de Costes Laborales y elaboración propia

## 8. CONCLUSIONES

El trabajo analiza el funcionamiento del sistema de negociación colectiva español, en dos planos diferentes. Por un lado, a partir de la modelización de los sistemas de negociación en la UE, se concluye que el español, por contraste, se caracteriza por un grado de centralización intermedio con tendencia hacia la descentralización, lo que a juicio de algunos analistas constituiría la peor situación posible desde la perspectiva del impacto macroeconómico que se espera e proceso negociador y sus resultados.

El análisis de los convenios colectivos negociados en España en los últimos años arroja un resultado concordante con lo anterior, señalando, al menos en lo que a los ámbitos de negociación se refiere, una tendencia paulatina hacia la descentralización, con preeminencia de los convenios de alcance sectorial en el nivel provincial.

En materia de contenidos, se observa como la negociación salarial sigue concentrando la mayor parte de los esfuerzos negociadores. Y, sin embargo, la negociación colectiva ofrece aumentos salariales, en el periodo que va de 1995 a 2003, muy moderados, que en términos reales no superan casi los dos puntos porcentuales para todo el período. Contemplando la evolución de la jornada laboral, los salarios reales por hora de trabajo no han superado un incremento del 4,5 por ciento para todo el periodo considerado. Esto significa que en varios años del período indicado se ha producido una pérdida de poder adquisitivo de los salarios negociados en convenios.

Los incrementos salariales pactados no parecen tener relación con los niveles salariales de partida ni, tampoco con la productividad aparente del trabajo, lo que no deja de re-



sultar paradójico, en términos del análisis económico. No obstante la contrastación de ambas cuestiones requeriría de un mayor grado de desagregación e en el análisis empírico. Cabe señalar, en este terreno, como los incrementos salariales más elevados se pactan en los convenios de ámbito superior (sectoriales, en particular).

La jornada laboral ha seguido una senda descendente, en el contexto de la negociación colectiva en los últimos años, debido, fundamentalmente a un aumento de los días de vacaciones y al establecimiento de limitaciones a la realización horas extraordinarias.

También en términos generales se observa un ligero descenso en la atención a los aspectos no salariales, en el período considerado, en los textos de los convenios suscritos. En particular esta observación es aplicable a la presencia de acuerdos relativos al establecimiento o aplicación de pluses o incentivos a la productividad o a la asistencia.

Por su parte, en Andalucía, la reducción de la jornada laboral y el aumento salarial son los dos aspectos de la negociación en los que nos hemos centrado como más determinantes de las variables económicas derivadas de este proceso. Como hemos establecido, durante el periodo analizado se ha producido una reducción de la jornada laboral pactada y un aumento de los salarios reales, lo que se ha traducido en un aumento de la retribución de la hora de trabajo. Estos resultados han coincidido con un periodo de fuerte creación de empleo y de reducción significativa de la tasa de paro en Andalucía. El proceso de la negociación colectiva creemos que ha contribuido a una estabilidad reducir la tasa de paro pero todavía hay desequilibrios que corregir como es la excesiva dualización del empleo y la todavía reducida tasa de actividad femenina así como el diferencial de tasa de paro de algunos colectivos como mujeres o jóvenes.







# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

REMEDIOS ROQUETA BUJ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de las Islas Baleares

## EXTRACTO

El presente trabajo aborda los diferentes aspectos del sistema de negociación colectiva funcionarial: desde la estructura negocial hasta la viabilidad de la negociación colectiva conjunta de los funcionarios y trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas. Los rasgos más sobresalientes de la regulación legal de dicho sistema son su sumariedad y ambigüedad, de forma que son muchos los extremos que se dejan en el negro o, cuando menos, en la penumbra, lo que obliga a su intérprete a llevar a cabo una complicada labor de integración de lagunas. Por ello, el objetivo marcado para este trabajo no es otro que el de señalar tales insuficiencias e incoherencias.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL
3. LOS SUJETOS NEGOCIADORES
4. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN
6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se rige por lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP), parcialmente modificada por las Leyes 7/1990 y 18/1994<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Para un estudio detallado del Capítulo III de la LORAP ver, por todos, SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995, págs. 223 y ss.; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, 1996, «Las especialidades aplicativas de la Ley 7/1990 en el ámbito de las Instituciones Sanitarias Públicas», en AA.VV., *Aspectos del Régimen Jurídico de la Sanidad Pública*, I.V.E.S.P., Valencia, 1995, págs. 175 y ss., «Los órganos de representación unitaria y la negociación colectiva en la Función Pública», en AA.VV., *III Curso de Derecho Público Autonómico, Seminario de Función Pública Valenciana*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1996, págs. 141 y ss., «El contenido de la negociación colectiva en materia de clasificación de puestos de trabajo y de retribuciones de los funcionarios locales», *Poder Judicial*, núm. 43-44, 1996, págs. 305 y ss., «La negociación colectiva en la función pública local», *REALA*, núm. 279, 1999, págs. 69 y ss., y «La negociación de los funcionarios locales», en AA.VV., *Tratado de Derecho Municipal II, Dirigido por Muñoz Machado*, Madrid, 2003, págs. 2493 y ss.; DEL SAZ, S., *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Madrid, 1995; MAURI MAJOS, J., «Problemas de representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado», *DA*, núm. 214-242, 1995, págs. 164 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos*, Barcelona, 1996; PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Madrid, 1996, págs. 639 y ss.; MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y deberes de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996, págs. 253 y ss.; DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *RL*, núm. 4, 1997, págs. 12 y ss.; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Ley y negociación colectiva en la función pública», *RL*, II/1997, págs. 9 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J., *El estatuto de los funcionarios públicos, Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 1997, págs. 390 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, 1997, págs. 234 y ss.; VALDÉS DAL-RE, F., «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», *REDT.*, núm. 86, 1997, págs. 837 y ss.; DIÉGUEZ CUERVO, G., «Legitimación procesal del sindicato de funcionarios de una mesa de negociación», *REDT.*, núm. 91, 1998, págs. 809 y ss.; MARTÍN PÉREZ, P.A., «La negociación colectiva en la función pública local», *AA*, núm. 38, 1999, págs. 1037 y ss.; MARTÍNEZ MARÍN, A., «El funcionario y la negociación colectiva. Redefinición dogmática de la naturaleza jurídica de la relación funcional», en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública, ¿La reforma adecuada?*, *Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Sevilla, 1999, págs. 351 y ss.; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros*, núm. 200, 1999, págs. 51 y ss.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., «El derecho a la negociación colectiva en la Función Pública», en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública, ¿La reforma adecuada?*, *Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Sevilla, 1999, págs. 161 y ss.; DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., «El sistema normativo de la relación de servicio del personal estatutario en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social», *Centro de Docu-*

El Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto de la Función Pública (EBFP)<sup>2</sup>, en su Capítulo XVIII, contemplaba una nueva regulación sobre el sistema de negociación colectiva funcional, que tenía el carácter de básica (art. 1) y que venía a colmar gran parte de las lagunas que presenta el Capítulo III de la LORAP, asumiendo a tal fin las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales formuladas durante la vigencia de esta disposición legal. Además de estas aclaraciones, el EBFP introducía importantes novedades, si bien las mismas no afectaban a la naturaleza y esencia del sistema de negociación colectiva funcional diseñado en la LORAP, cuyos rasgos principales se mantenían. Sin embargo, a la vista del dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley Reguladora del EBFP<sup>3</sup>, se paralizó la tramitación parlamentaria de éste y hasta la fecha no se ha vuelto a replantear el tema en la Cortes Generales.

El objetivo marcado para el presente trabajo no es otro que el de señalar y abordar las insuficiencias e incoherencias que presenta el sistema de negociación colectiva funcional en relación con los siguientes extremos: 1) La estructura negocial; 2) Los sujetos negociadores; 3) El contenido de la negociación colectiva; 4) El procedimiento de negociación; y 6) La negociación colectiva conjunta de funcionarios y trabajadores.

## 2. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL

El art. 31.1 de la LORAP establece la existencia de un cuadro de mesas a un doble nivel: en el primero, dispone la constitución de una Mesa general para la Administración

---

mentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, *Manual de Formación Continua*, núm. 11, 2000, págs. 75 y ss.; LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Madrid, 2000, págs. 272 y ss.; MARÍN ALONSO, I., «El Derecho del Trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, Volumen II, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2001, págs. 251 y ss.; SALA FRANCO, T., «La negociación colectiva en el empleo público», en AA.VV., *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva, XIV Jornadas de Estudios sobre la negociación colectiva*, Madrid, 2001, págs. 125 y ss.; MARTÍNEZ GAYOSO, M.<sup>a</sup> N., *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, Zarautz (Gipuzkoa), 2002, y *Las comisiones de seguimiento de pactos y acuerdos en la función pública*, Basauri (Bizkaia), 2002; y LANDA ZAPIRAIN, J. y otros, *La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas*, Madrid, 2003. Además, debe tenerse en cuenta la abundantísima bibliografía que se cita en ROQUETA BUI, R., *La negociación colectiva...*, cit.

<sup>2</sup> El EBFP tenía su origen en el acuerdo alcanzado el 10 de febrero de 1998 en la Mesa general de negociación, tras un largo proceso de negociación entre la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, de una parte, y los sindicatos, de otra. Sobre el alcance de las reformas que dicho EBFP proyectaba introducir en la materia que nos ocupa ver CATALA POLO, R., «El régimen jurídico de los empleados en los sistemas privados de gestión de los servicios públicos. Aproximación de regímenes en la Administración General del Estado», *DA.*, núm. 243, 1995, págs. 128-129; ROJAS RIVERO, G.P., «Notas sobre la negociación colectiva en el Anteproyecto Básico de la Función Pública», *RDS*, núm. 1, 1998, págs. 233 y ss.; ROQUETA BUI, R., «La negociación colectiva en el proyecto de estatuto básico de la función pública», *AL*, núm. 33, 1998, págs. 613 y ss.; y MARÍN ALONSO, I., «Problemática de la negociación colectiva funcional en el anteproyecto de estatuto básico de la función pública», *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 193, 1999, págs. 3 y ss., y *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Granada, 1999, págs. 3 y ss. Por lo demás, el borrador del EBFP que se maneja es el de 25 de marzo de 1998.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, núm. 1489/98/RL.

del Estado, otra para la Administración de cada Comunidad Autónoma y otra para cada Entidad Local. Por lo demás, a pesar del silencio legal, la autonomía negocial de cada Mesa general está condicionada por la distribución de competencias constitucional y legalmente diseñada en materia funcional entre las distintas esferas —estatal, autonómica y local—. En un plano inferior, y en relación específica a la Administración del Estado, fija una serie de Mesas Sectoriales (centros públicos no universitarios, Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros, Instituciones sanitarias públicas, Administración de Justicia, Universidades, y Administración Central e Institucional y Entidades Gestoras de la Seguridad Social) y, además, permite que, por decisión de la Mesa general, se formen otras «en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos», estando subordinadas todas ellas a la Mesa general. Por su parte, el art. 33 de la LORAP, al dotar a las organizaciones sindicales más representativas para que, de acuerdo con el Gobierno u órganos de gobierno de las restantes Administraciones Públicas (AA.PP.), encuadren temporal y materialmente el proceso de negociación desarrollado por la Mesa general de negociación correspondiente, viene a crear un nuevo nivel negocial superior. De este modo, se puede concluir que la negociación colectiva funcional se estructura en tres niveles diferentes: 1.º) Las «supermesas generales»; 2.º) Las Mesas generales de negociación; y 3.º) Las Mesas sectoriales de negociación.

Pues bien, al respecto cabe subrayar lo siguiente:

- a) El art. 33 de la LORAP traslada al ámbito de la función pública la regla prevista en el art. 83.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>4</sup>. Se trata, por consiguiente, de una relación entre legitimación negocial y competencia material —no coincidente plenamente en el ET y en la LORAP, dicho sea de paso— que se fundamenta en una determinada opción de promocionar a los sindicatos más representativos. Pero, aparte de que las diferencias existentes entre los sistemas de negociación colectiva funcional y laboral desaconsejan una equiparación absoluta de la capacidad de obrar de los sindicatos más representativos en uno y otro sector, el monopolio que tales sindicatos alcanzan respecto de los temas negociales reseñados supone una prerrogativa desproporcionada. Probablemente, fueron éstas las consideraciones que llevaron a los propios promotores de esta medida legal a devolver a la Mesa general de negociación de la Administración del Estado la competencia para determinar la fecha de inicio de las negociaciones y las materias a pactar. En efecto, de acuerdo con el apartado 3.º del Capítulo XIV del Título IV del «Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo» (BOE 21-1-1992), el proceso negociador anual se abría en la fecha en que de común acuerdo fijasen «el Gobierno y los Sindicatos más representativos conforme a lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, así como las Organizaciones a que se refiere el artículo 7.2 de la citada Ley» y versaba sobre las materias que ambas partes acordasen. De esta manera, las diferencias entre la «supermesa general» y la «Mesa general de negociación» se diluían en la práctica. Ahora bien, como la normativa sobre la legiti-

<sup>4</sup> Por todos, ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 116 y ss.

mación negocial es de «ius cogens» y queda fuera del ámbito de influencia de la autonomía colectiva, si lo establecido en el referido Acuerdo, que, por lo demás, sólo tenía virtualidad en el ámbito de la Administración del Estado, no se incorpora al texto de la Ley tiene escaso valor práctico, ya que puede ser desconocido por las propias partes en los sucesivos procesos negociales. De ahí, que fuera plausible que el EBFP no recogiera el contenido del actual art. 33 de la LORAP y atribuyera a los miembros de las mesas de negociación la competencia para determinar la fecha de inicio de las negociaciones y las materias a negociar (art. 87.5)<sup>5</sup>.

- b) En cuanto al segundo nivel, el legislador establece una Mesa general de negociación para cada persona jurídico-pública de carácter territorial porque todas ellas tienen poderes normativos en materia funcional. Sin embargo, la opción legal resulta inadecuada para las Entidades Locales (EE.LL.) de pequeña dimensión porque obliga a constituir miles de Mesas «generales» locales<sup>6</sup>. Ante esta situación se plantea como solución la negociación de «acuerdos supralocales» para todas las EE.LL. de una determinada Comunidad Autónoma o, incluso, de toda la nación<sup>7</sup>. Y, de hecho, este tipo de prácticas negociales se han dado en las Administraciones Públicas Vascas e, incluso, a nivel nacional. Estos acuerdos supralocales pueden resultar muy útiles en clave de economía y de eficacia administrativa, sobre todo en los Ayuntamientos pequeños, donde el esfuerzo, humano y económico, que deben hacer las partes negociadoras es proporcionalmente superior. Además, la adhesión a estos acuerdos supralocales por aquellas EE.LL. en las que existen dificultades estructurales para la negociación colectiva, derivadas de la inexistencia de representantes unitarios, constituye una solución, que permite cubrir los vacíos normativos consiguientes, obviamente, más respetuosa con el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos que la determinación unilateral de las condiciones de trabajo por la Entidad Local correspondiente.

Pues bien, por lo que se refiere a la viabilidad de este tipo de acuerdos, debe señalarse que el silencio de la LORAP no puede interpretarse como una prohibición de los mismos. En efecto, la capacidad para contraer obligaciones públicas es inherente a la personalidad jurídica que el art. 3.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), reconoce a la EE.LL. y nada se opone, desde un punto de vista general, a la celebración de acuerdos supralocales. Por otra parte, la capacidad de las EE.LL. para concluir entre ellas «convenios interadministrativos» —figura a la que son reconducibles estos acuerdos—, ha sido recogida con carácter general en el art. 88.1 de la LRJAP y de modo específico en el art. 57

<sup>5</sup> ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 614-615.

<sup>6</sup> En este sentido, BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local», en AA.VV., *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, Madrid, 1988, pág. 2165; LÓPEZ GANDÍA, J., «La negociación colectiva de los funcionarios», *Revista de Treball*, núm. 8, 1988, pág. 17; y PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *REDA*, núm. 65, 1990, pág. 60.

<sup>7</sup> Para una mayor información sobre este tema véanse ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva de los funcionarios locales», cit., págs. 2496 y ss.; y la STS de 9 de enero de 2001 (RJ/1630).

de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL). Ahora bien, de estos acuerdos supralocales no derivan normas vinculantes para las EE.LL. y directamente aplicables a sus funcionarios, pues ello supondría una enajenación o renuncia, aun cuando parcial de las potestades normativas de las EE.LL., siendo que éstas son indisponibles e irrenunciables (art. 12.1 LRJAP). A mayor abundamiento, debe señalarse que este tipo de acuerdos, del lado de las EE.LL., normalmente no serán negociados por los representantes de todas y cada una de las ellas, ya que ello es materialmente imposible, sino por las Federaciones de Entidades Locales, de ámbito estatal o autonómico, constituidas al amparo de la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la LBRL, siendo que éstas no engloban a todas las EE.LL., pues la adscripción a las mismas es voluntaria. Por todo ello, estos acuerdos no crean normas jurídicas, sino en la medida en que sean asumidos por los miembros de las distintas Mesas generales, quienes tienen absoluta discrecionalidad para hacerlo o no, y, en su caso, aprobados expresa y formalmente por los órganos plenarios de las EE.LL.

La Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>. Tres del EBFP, referente a las normas comunes a todo el personal local, venía a dar cobertura legal a estas prácticas negociales, al reconocer, expresamente, la posibilidad de constituir una Mesa de Negociación de las condiciones generales de trabajo que afectasen conjuntamente a todas las Entidades Locales<sup>8</sup>. Los acuerdos adoptados en esta mesa serían de aplicación al personal de cada Entidad Local, una vez suscrita la adhesión a los mismos por la Entidad Local afectada y la representación sindical correspondiente y las partes representadas en esta Mesa estarían obligadas a impulsar la adhesión a estos acuerdos de aquellas Entidades Locales en que no existiera representación sindical. De este modo, una vez, formalizado y perfeccionado el acuerdo supralocal, habría de abrirse una segunda fase de negociación en el seno de las Mesas generales de negociación constituidas en las EE.LL., en las que las partes no contratarían en detalle, sustituyendo la discusión del propio Acuerdo local por la de adherirse o no al acuerdo supralocal, que, en su caso, habría de ser aprobado expresa y formalmente por el órgano plenario de la Entidad Local correspondiente. Además, la antecitada disposición admitía la posibilidad de que mediante acuerdo de los sindicatos y las EE.LL. interesadas pudieran crearse ámbitos de negociación que afectasen a varias EE.LL.

- c) En cuanto al tercer nivel, hay que significar que, tras el RD 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, la base representada por la Mesa sectorial prevista «para el personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros» queda referida al personal funcionario del Organismo autónomo Correos y Telégrafos que pasa a prestar servicios en la nueva sociedad estatal. Por lo demás, y por lo que se refiere a «la Mesa sectorial para el personal al servicio de las Instituciones sanitarias públicas», hay que subrayar que la misma, tal y como se desprende de

<sup>8</sup> Para una mayor información sobre este tema véase ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 620 y ss.

la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, es competente para negociar las materias relacionadas con las condiciones de trabajo del personal estatutario que presta sus servicios en los centros y servicios sanitarios pertenecientes a la Administración General del Estado y las bases del régimen aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las CC.AA. Finalmente, y aunque el art. 31.1 de la LORAP permite constituir otras Mesas sectoriales de negociación sólo «en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos», esto es, a nivel nacional y sectorial, los arts. 60 y 61 del RD 370/2004, además de la «Mesa sectorial de Correos y Telégrafos», prevén la constitución de «comisión de rurales» para «el seguimiento, análisis, elaboración de propuestas y negociación, en su caso, de las materias que afectan colectivamente a cualquier implantación, modificación o supresión de servicios, jornada, medios de transporte, kilometraje y, en general, cualquier circunstancia que pueda afectar a las condiciones de trabajo».

La anterior distinción entre Mesa general y Mesas sectoriales no tiene la consideración de norma básica, lo cual quiere decir que la ley estatal está dejando un amplio margen para que las CC.AA. fijen en su respectivo ámbito la estructura negocial que consideren más conveniente. Una excepción, sin embargo, viene dada por el art. 79.2 de la Ley 55/2003, que con el carácter de norma básica<sup>9</sup>, prevé la constitución de una mesa sectorial de negociación «en el ámbito de cada servicio de salud».

En las EE.LL. de gran dimensión es posible que existan determinados sectores funcionariales, caracterizados por su número y por las peculiaridades de los servicios que prestan, como, por ejemplo, los miembros del personal del Servicio de Extinción de Incendios o los miembros de los Cuerpos de Policía Local, que precisen una negociación colectiva específica que no se contempla en la LORAP<sup>10</sup>. Para dar satisfacción a las expectativas de estos colectivos funcionariales, caben dos soluciones. Por un lado, y a pesar del silencio legal, la Mesa general de negociación de la Entidad Local, en línea con lo dispuesto en el art. 31.1 de la LORAP para la Administración del Estado, puede constituir una Mesa sectorial de negociación para determinar las condiciones específicas de trabajo de estos sectores de la función pública local. Sin embargo, como quiera que éstos no cuentan con Juntas de Personal propias y específicas, la medida de la representatividad sindical que da paso a la legitimación negocial de las organizaciones sindicales deberá extenderse a la Junta de Personal común a todos los funcionarios de la Entidad Local. De este modo, será difícil, por no decir imposible, que los sindicatos funcionariales implantados en los referidos sectores obtengan y acrediten la legitimación negocial, pues difícilmente podrán alcanzar el 10% de los miembros de tal Junta de Personal. La Entidad Local podrá negociar con estos sindicatos, aunque no logren demostrar su legitimación negocial, pero entonces tales negociacio-

<sup>9</sup> Cfr. Disposición Final 1.ª.1.

<sup>10</sup> ROQUETA BUI, R., «La negociación colectiva de los funcionarios locales», cit., págs. 2495 y 2496.

nes serán informales y al margen de la LORAP, por lo que carecerán de toda eficacia jurídica. De este modo, los poderes discrecionales del órgano plenario no estarán limitados: podrá aprobar o no el Acuerdo; podrá modificarlo en el acto de aprobación; y la no aprobación podrá ser arbitraria y no tendrá que ser fundamentada o motivada. Por otro lado, y teniendo en cuenta que el art. 35 de la LORAP reconoce la libertad de las partes negociadoras para fijar el ámbito aplicativo de los Acuerdos y Pactos dentro de la unidad de negociación prefijada legalmente, la Mesa general puede negociar específicamente las condiciones de trabajo de estos sectores funcionariales. No obstante, tal negociación será llevada a cabo por los sindicatos generales, quienes, por mucho que actúen en representación de un sector funcional determinado, siempre lo harán de acuerdo con una estrategia general y tomando en consideración los intereses y problemas del conjunto de los funcionarios de la Entidad Local correspondiente.

Pues bien, a este respecto el EBFPP contemplaba la posibilidad de que, por acuerdo de las Mesas generales de negociación de las EE.LL., se pudieran constituir «otras 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» (art. 87.3)<sup>11</sup>. Además, a fin de que los sindicatos implantados en el ámbito de estas nuevas Mesas sectoriales pudieran demostrar su representatividad y, consiguientemente, alcanzar la legitimación negocial, permitía que, previo acuerdo con las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y autonómico, los órganos de gobierno de las EE.LL. pudieran «modificar o establecer Unidades Electorales en razón al número y peculiaridades de sus colectivos, adecuando la configuración de las mismas a las estructuras administrativas y a los ámbitos de negociación» constituidos o que se constituyeran (art. 80.4). Posibilidad que, a juicio del Consejo de Estado, podía «ser cauce para reforzar el peso de la representación específica y unitaria de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo». Ahora bien, esta opción no está exenta de riesgos, pues supondría dar entrada en la negociación a sindicatos de corte corporativo que guiados por sus intereses privativos podrían poner en peligro la homogeneización de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos tan anhelada, al menos, hasta ahora por el legislador.

### 3. LOS SUJETOS NEGOCIADORES

El art. 30 de la LORAP establece que en las «Mesas de negociación» podrán participar «las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal». De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 31.2 de la LORAP «en las Mesas sectoriales, además de

<sup>11</sup> Sobre el alcance de esta disposición véase ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 616 y ss.

las Organizaciones señaladas en el párrafo anterior, que estarán en todo caso, estarán también presentes los Sindicatos que hayan obtenido en el correspondiente sector el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal». Por último, el art. 79.2 de la Ley 55/2003 dispone que en las mesas sectoriales de negociación que se constituyan en cada servicio de salud estarán presentes »las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal y de la comunidad autónoma, así como las que hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud».

Al respecto, debe subrayarse lo siguiente:

- a) La consecución de los umbrales de representatividad y, a la postre, de la legitimación para participar en las Mesas de negociación de las EE.LL. de pequeño y mediano tamaño tropieza con obstáculos, a veces, incluso, insalvables para los sindicatos funcionariales. En este sentido, conviene reparar que en estas EE.LL. es posible que no se constituyan estructuras de representación unitaria, bien porque el número de funcionarios a su servicio no alcance el mínimo exigido para designar, al menos, un Delegado de Personal, bien por el desinterés de los propios funcionarios y sindicatos. En tales supuestos, éstos últimos no tienen la posibilidad de verificar su representatividad y, a la postre, de alcanzar la legitimación negocial. Ello no supondrá la negación del derecho a la negociación, puesto que éste tendrá siempre abierta la posibilidad derivada de la «irradiación sindical» reconocida en el art. 30 de la LORAP. Puede ser que la irradiación de la representatividad que la ley viene a conceder a los sindicatos más representativos, atribuyéndoles legitimación para intervenir en estas mesas de negociación, se corresponda con la implantación real de dichas organizaciones en el ámbito local. Pero puede suceder que estos sindicatos no tengan ninguna aceptación en este ámbito en cuestión. La representación de los funcionarios en la mesa sufrirá así una distorsión inevitable. Y lo mismo sucederá cuando los sindicatos más representativos no obtengan representantes en las elecciones a Delegados o Juntas de Personal<sup>12</sup>. En todos estos casos, no se garantizará la suficiencia representativa de la representación sindical que negocia en el ámbito de afectación material de las negociaciones. Por este motivo, se afirma que el modelo sindical no resulta adecuado en el ámbito de la Administración Local, pues en supuestos como los descritos no negocian los auténticos representantes del funcionariado local<sup>13</sup>. En este sentido, se señala que hubiera sido más correcto el reconocimiento de la legitimación en favor de las representaciones unitarias. No obstante, aun compartiendo la crítica señalada, hay que indicar que el tenor literal de la ley es muy claro al respecto, sin que de pie a interpretar que en tales casos pueda reconocerse la legitimación a las Juntas o Delegados de Personal<sup>14</sup>.
- b) La legitimación negocial puede corresponder también a las secciones sindicales pertenecientes a los sindicatos más representativos y a los que tengan presencia

<sup>12</sup> BLASCO ESTEVE, A., «La negociación...», cit., pág. 2163.

<sup>13</sup> Así, BLASCO ESTEVE, A., «La negociación...», cit., pág. 2164.

<sup>14</sup> SSTs de 5 de mayo de 1994 (RJ/4315) y 9 de enero de 2001 (*La Ley*).

en los órganos de representación unitaria. En principio, la LORAP no contiene mención directa a la legitimación negocial de las secciones sindicales, en tanto que dicha legitimación viene referida genéricamente en favor de las organizaciones sindicales. Sin embargo, el art. 8.2.b) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), que es de aplicación en la función pública, les garantiza la legitimación negocial, si se constituyen en un nivel coincidente con el de la Mesa de negociación<sup>15</sup>. La LORAP ignora a las secciones sindicales como sujeto negocial porque los ámbitos de éstas generalmente son de dimensiones más reducidas que los de las correspondientes mesas de negociación. Sin embargo, en las CC.AA. uniprovinciales y en las EE.LL. sí puede darse la coincidencia entre los ámbitos de las mesas de negociación y de las secciones sindicales. Por consiguiente, dado que no existe una razón objetiva que justifique la diferencia de tratamiento de las secciones sindicales en los ámbitos laboral y funcional, hay que concluir que el art. 8.2.b) de la LOLS también garantiza la legitimación negocial de las secciones sindicales de los funcionarios públicos. El hecho de que este artículo les otorgue el derecho a la negociación «en los términos establecidos en su legislación específica» no invalida la tesis propuesta. Pese a que los arts. 30 y 31.2 de la LORAP ignoran a las secciones sindicales, lo cierto es que aquel precepto se proyecta sobre éstos, por lo que es preciso garantizar su legitimación negocial. Además, la lectura al contrario de la discutible literalidad de los arts. 30 y 31.2 de la LORAP encuentra fundamento adicional en la falta de unidad terminológica que se aprecia en esta disposición legal en torno al concepto de «organización sindical», ya que en diversas ocasiones la ley emplea esta expresión para aludir a las secciones sindicales. La disfuncionalidad en este punto entre lo dispuesto en la LOLS y en la LORAP es que no resulta absolutamente concordante la legitimación negocial del art. 8.2.b) de aquella y la que se reconoce en el art. 30 de ésta; aunque coincida grosso modo, el segundo precepto resulta algo más restrictivo que el primero. Mientras la LORAP exige al sindicato simplemente representativo que alcance el 10 por 100 de los miembros de la Junta de Personal o, en su caso, de los Delegados de Personal, para la LOLS le basta con la obtención de un representante. Aunque no se trata de una diferencia sustancial, por cuanto que los sindicatos para tener derecho a la atribución de un representante en la Junta de Personal han de obtener como mínimo el 5 por 100 de los votos en la unidad electoral correspondiente [art. 18.1.b) LORAP], lo cierto, es que la LOLS es más generosa<sup>16</sup>.

- c) El art. 31.1 de la LORAP reconoce legitimación directa y automática para formar parte de las Mesas sectoriales de negociación de la Administración del Estado a

<sup>15</sup> En parecidos términos se expresan FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>ª</sup> F. y CRUZ VILLALÓN, J., «Los sindicatos en la Función Pública: Régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, Sevilla, 1990, pág. 235; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 234 y ss.; MARÍN ALONSO, I., *La negociación colectiva conjunta...*, cit., págs. 423 y ss.; LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos...*, cit., pág. 275; y SALA FRANCO, T., «La negociación colectiva en el empleo público», cit., pág. 127.

<sup>16</sup> Subrayan la diferencia FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>ª</sup> F. y CRUZ VILLALÓN, J., «Los sindicatos...», cit., pág. 235.

los sindicatos simplemente representativos en el conjunto de la función pública estatal, esto es, aquellos que obtienen el 10% o más de los miembros de las Juntas de Personal en el ámbito de la Administración del Estado. De este modo, se procede a una ampliación de las posibilidades de «irradiación» de la representatividad sindical, pues se concede legitimación para negociar, sin necesidad de acreditar otra circunstancia, a los entes sindicales que, actuando en el sector correspondiente, se encuentren vinculados orgánicamente con un sindicato que haya obtenido como mínimo el 10 por 100 de los representantes unitarios en el conjunto de la función pública estatal. Con ello el legislador quiere garantizar la presencia de los sindicatos que integran a todo el personal al servicio de la Administración del Estado en las negociaciones a nivel sectorial, que asegure, a su vez, la presencia, en cada concreto sector, de los intereses generales de los funcionarios públicos estatales. Sin embargo, el art. 79.2 de la Ley 55/2003 únicamente reconoce la legitimación para estar presentes en las mesas de negociación que se constituyan en cada servicio de salud a las organizaciones sindicales que no siendo más representativas «hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud»<sup>17</sup>. Por consiguiente, los sindicatos simplemente representativos sólo tendrán derecho a formar parte de estas Mesas sectoriales de negociación si acreditan el 10% como mínimo de las Juntas de Personal en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado o en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las CC.AA., en su caso. Se trata, por tanto, de una opción distinta de la que mantiene la LORAP. Y, en este sentido, no cabe duda que estos sindicatos, guiados por sus intereses privativos, ahondarán en las peculiaridades del régimen jurídico aplicable al personal estatutario, a pesar de que la Ley 55/2003 establece con nitidez el carácter funcional de la relación estatutaria (art. 1) y, además, proclama que en lo no previsto en ella misma o en las normas complementarias, «serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente» (art. 2.2).

- d) La LORAP, con la concisión que le caracteriza, no establece el número de puestos de la mesa negociadora y tampoco determina el criterio de reparto de los puestos entre los distintos sindicatos con legitimación negocial ni los requisitos para la válida constitución de la mesa negociadora en función de la representatividad que aquellos acrediten; aspectos estos últimos que «cumplen todas y cada una de las condiciones para tener una ordenación legal al respecto: son de orden público negocial, necesitan ser homogéneos a todo el sistema y deben ser sustraídos a la controversia en cada proceso negocial»<sup>18</sup>. Estamos, por consiguiente, ante unas lagunas que resultan difíciles de explicar desde un punto de vista estrictamente jurídico y que no pueden ser suplidas por la autonomía colectiva. El reparto de los puestos entre los distintos sindicatos legitimados para negociar ha de ser propor-

<sup>17</sup> Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., pág. 623.

<sup>18</sup> DEL REY GUANTER, S., «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, 1990, pág. 53.

cional a la representatividad ostentada por los mismos de acuerdo con los resultados electorales obtenidos en el ámbito específico de la mesa de negociación. Por lo que respecta a la válida constitución de ésta, dado el silencio legal, no cabe sino concluir que no es necesario que los sindicatos acrediten una representatividad mínima de conjunto, careciendo de trascendencia el número y la representatividad que acrediten las organizaciones sindicales que acuden al llamamiento para negociar y que permanezcan en la mesa negociadora durante todos sus avatares. De este modo, las mesas negociadoras quedan válidamente constituidas cuando todos los sindicatos con legitimación negocial han sido convocados y se les ha permitido participar en las negociaciones en proporción a su respectiva representatividad<sup>19</sup>, sin perjuicio de que lo hagan o no y de cual sea su representatividad mínima de conjunto. Esta solución, sin embargo, presenta riesgos nada desdeñables, pues permite que la negociación se realice con escasa representación<sup>20</sup> e, incluso, que la Administración en concierto con uno o más sindicatos emplee técnicas dilatorias o desviacionistas con el propósito de marginar al resto de sindicatos legitimados, y concluir los Acuerdos y Pactos con aquéllos, más sumisos a sus intereses<sup>21</sup>. Por ello, para que las mesas de negociación quedasen válidamente constituidas, el EBFPP venía a exigir que las organizaciones sindicales presentes en las mismas representasen, como mínimo, «la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito» de que se tratase (art. 88.1)<sup>22</sup>. No obstante, de consagrarse tal criterio, existirían varios supuestos en los que sería imposible la válida constitución de la mesa negociadora: 1.º) Cuando no se hubiera procedido a elegir representantes unitarios por no alcanzar el mínimo de funcionarios necesarios para designar, al menos, un Delegado de Personal, o por desinterés de los funcionarios; 2.º) Cuando todos o la mayoría de los representantes unitarios de las unidades electorales comprendidas en el ámbito de la negociación fueran independientes; 3.º) Cuando una organización sindical de máxima implantación no accediera a formar parte de la mesa negociadora, impidiendo a las restantes organizaciones sindicales comparecientes la consecución del referido porcentaje de audiencia electoral en términos absolutos. En todos estos supuestos, habría que entender que nos encontramos ante un supuesto de desacuerdo en la negociación lo que permitiría a la Administración regular unilateralmente las condiciones de trabajo. Aquélla podría proseguir las negociaciones con el o los sindicatos minoritarios presentes en la mesa negociadora, pero entonces tales negociaciones carecerían de toda eficacia, ya que, como ya se ha señalado, no se puede confundir la intervención de la Administración en el terreno de una fuente negociada con la actuación de la misma en el ámbito de una fuente unilateral.

<sup>19</sup> Ver la STS de 18 de octubre de 1995 (RJ/7566).

<sup>20</sup> SALA FRANCO, R., «La negociación colectiva en el empleo público», cit., pág. 128; y SAN de 17 de mayo de 2001 (JUR/295656).

<sup>21</sup> ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 251.

<sup>22</sup> Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 623-624.

#### 4. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los arts. 32 y 34 de la LORAP determinan el área de desenvolvimiento de la actividad de las mesas negociadoras, distinguiendo a tales efectos tres tipos de materias<sup>23</sup>: a) Materias excluidas de la consulta y de la negociación (art. 34.1); b) Materias objeto de consulta (art. 34.2); y c) Materias objeto de negociación (art. 32).

De acuerdo con el art. 34 de la LORAP, «quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, en su caso, las decisiones de las AA.PP. que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas» (apartado 1), salvo «cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos [en cuyo caso] procederá la consulta a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de la presente Ley» (apartado 2).

Según el art. 32 de la LORAP, «serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública las materias siguientes: a) El incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local. b) La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos. c) La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público. d) La clasificación de puestos de trabajo. e) La determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento. f) La determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios. g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos. h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación. i) Medidas sobre salud laboral. j) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley. k) Las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración».

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- a) La LORAP, por un lado, señala que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación colectiva las decisiones de las AA.PP. que afectan a sus «potestades de organización» —expresión sumamente imprecisa— y, por otro lado, incluye en la esfera de lo negociable una serie de materias más organizativas que funciona-

<sup>23</sup> Cfr. art. 80.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y art. 60.3 del RD 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA.

riales, tales como la clasificación de puestos de trabajo, la oferta de empleo público y los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional. La falta de claridad de la Ley a este respecto es fuente de una gran conflictividad<sup>24</sup>. Por ello, habría que delimitar con precisión los espacios respectivos de los sistemas de heteronomía estatal y de la autonomía colectiva en las materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional.

- b) La forma imperativa empleada por el art. 32 de la LORAP («serán objeto de negociación...»), determina el carácter estrictamente obligatorio de la negociación colectiva, se logre o no el consenso y requiera o no el Acuerdo alcanzado la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno de la correspondiente Administración<sup>25</sup>. A mayor abundamiento, el art. 37.2 de la LORAP sujeta la potestad de los órganos de gobierno de las AA.PP. de regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a un doble condicionamiento, que no se haya producido acuerdo en la negociación o que el Acuerdo alcanzado en la Mesa de negociación no sea aprobado expresa y formalmente por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración, lo que «presupone por definición la existencia previa de una negociación, real o intentada»<sup>26</sup>. De todo ello se desprende la existencia de «una reserva desde la Ley para la negociación respecto a las materias enunciadas» en el art. 32 de la LORAP, con la consiguiente limitación a la posibilidad de que su ordenación pueda realizarse unilateralmente por la Administración sin haberse intentado previamente su negociación<sup>27</sup>. Sin embargo, como quiera que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 57/1982, de 27 de julio, declaró que no existe en sede constitucional un derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva y, mucho menos, un derecho fundamental, salvo que se excluya de la negociación colectiva a un sindicato con derecho a formar parte de la mesa negociadora o se minusvalore su representatividad, en cuyo caso se aprecia la vulneración del derecho de libertad sindical de éste, en su concreto contenido del derecho a la negociación colectiva<sup>28</sup>, el Tribunal Supremo tiene dicho que todos los avatares concernientes a la dinámica del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, o a las vulneraciones del mismo, resultan cuestiones de mera legalidad ordinaria<sup>29</sup>. La tesis preconizada por el Tri-

<sup>24</sup> Cfr. SSTS de 26 de mayo de 1998 (RJ/5906), 19 de octubre de 1999 (RJ/9367), 14 y 28 de abril, y 3 de mayo de 2000 (RJ/4823, 4831 y 4573), 16 de noviembre y 22 de diciembre de 2001 (RJ/9752 y 8190), 25 de marzo de 2002 (RJ/3632), 4 de marzo de 2003 (RJ/2540), 16 y 19 de enero, y 4 de febrero de 2004 (RJ/428, 558 y 886); y SSAN de 12 de julio de 2001 (RJCA/273), 16 y 9 de octubre de 2003 (JUR/25376 y 406).

<sup>25</sup> SSTS de 10 de noviembre de 1994 (RJ/9040), 18 de octubre de 1995 (RJ/7566), 29 de mayo de 1997 (RJ/4534), 14 de abril de 2000 (RJ/4823), 25 de junio de 2001 (RJ/5738) y 17 de febrero de 2003 (RJ/2112), 23 de junio de 2003 (RJ/4444), 16 de enero de 2004 (RJ/428), 19 de enero de 2004 (RJ/558) y 6 de febrero de 2004 (RJ/972).

<sup>26</sup> STS de 10 de noviembre de 1994 (RJ/9040).

<sup>27</sup> STS de 16 de noviembre de 1995 (RJ/8791).

<sup>28</sup> STCO 80/2000, de 27 de marzo; SSTS de 6 de junio y 18 de octubre de 1995 (RJ/4874 y 7566), 9 de febrero de 1998 (RJ/2110) y 27 de septiembre de 2002 (RJ/9027); y SAN (Sala de lo Social) de 14 de julio de 1998 (RJ/3000).

<sup>29</sup> SSTS de 14 de julio de 1994 (RJ/6017), 4 de octubre y 3 de noviembre de 1994 (RJ/7845 y 10190), 20 de enero, 1 de febrero, 19 de mayo, 30 de junio y 4 de julio de 1995 (RJ/609, 1210, 4277, 5107 y 6155) y 8 de mayo de 2000 (RJ/4579). No obstante, hay que advertir que la STS de 27 de mayo de 1994 (RJ/4455) mantuvo un criterio diferente.

bunal Supremo conduce a un absurdo: la negación del derecho a negociar de un sindicato con legitimación negocial constituye una lesión del derecho fundamental de libertad sindical, y la negación del derecho a negociar de todos los sindicatos con legitimación negocial, no. Además, ignora que el derecho a la negociación colectiva, al venir explícitamente reconocido en la LOLS, pasa a formar parte del contenido total del derecho fundamental de libertad sindical de los funcionarios, por lo que, cualquiera que sea la posición adoptada respecto de la cuestión relativa a su fundamento constitucional, al venir reconocido en dicha disposición legal, su desconocimiento o negación por parte de la Administración constituye una lesión del derecho fundamental de la libertad sindical<sup>30</sup>.

- c) La inclusión de las materias que señala el art. 32 de la LORAP en el ámbito de la negociación colectiva está condicionada por un factor fundamental, a saber: el reparto de competencias normativas en materia funcional entre el Estado, las Comunidades Autónomas (CC.AA.) y las EE.LL., operado por el bloque de constitucionalidad. En efecto, tales materias serán objeto de negociación, como subraya el propio art. 32 de la LORAP, «en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública»<sup>31</sup>. Por consiguiente, hay que efectuar un recorrido por la legalidad reguladora de la función pública para ver qué aspectos son competencia del Estado, cuáles de las CC.AA. y cuáles otros de las EE.LL.<sup>32</sup>. Aquellos que quedan comprendidos en la esfera de la competencia normativa del Estado habrán de negociarse en el seno de las mesas de negociación de la Administración del Estado, aquellos que sean competencia de las CC.AA. en las mesas de negociación de la respectiva Comunidad Autónoma y los que entren dentro del poder normativo local en la Mesa de negociación que se constituya en cada Entidad Local. De este modo, las materias cuya regulación corresponda al Estado (o a las CC.AA., en su caso) quedan fuera de la órbita de la autonomía colectiva a nivel autonómico y/o local<sup>33</sup>, a lo que debe añadirse, como tiene declarado el Tribunal Supremo, que en estas materias no tiene cabida una negociación colectiva autonómica y/o local contraria o distinta a la norma estatal o autonómica, ni de mejora de éstas, siendo nulos los Acuerdos y Pactos que así procedan<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Véanse LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos...*, cit., pág. 278; y ROQUETA BUJ, R., «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 sobre la negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos», *JL*, núm. 13, 2003, págs. 45 y ss.

<sup>31</sup> La competencia material de la Administración Pública que negocia es presupuesto de la negociación colectiva prevista en la LORAP. Así lo ponen de manifiesto, entre otras, las SSTS de 16 de noviembre de 1994 (RJ/555, 1995), 16 de junio de 1995 (AL 16/1996), 7 de noviembre de 1995 (RJ/8173), 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564, 1996), y 30 de junio de 1997 (RJ/6138); STSJ de Asturias de 18 de mayo de 1998 (RJ/1758); STSJ de Andalucía de 8 de junio de 1998 (RJ/2314); MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y Deberes...*, cit., págs. 273 y ss.; y MARTÍN PÉREZ, P.A., «La negociación colectiva...», cit., págs. 1064 y 1065.

<sup>32</sup> Ver, por todas, las SSTS de 16 de noviembre de 1994 (RJ/555, 1995), 16 de junio de 1995 (AL 16/1996), 7 de noviembre de 1995 (RJ/8173), 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564, 1996), 14 de octubre de 1996 (AL 179/1997), 10 de febrero de 1997 (RJ/1409) y 30 de junio de 1997 (RJ/6138).

<sup>33</sup> Por todas, las SSTS de 16 de noviembre de 1994 (RJ/555, 1995), 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564, 1996), 10 de febrero y 30 de junio de 1997 (RJ/1409 y 6138), y 21 de noviembre de 1997 (RJ/306, 1998).

<sup>34</sup> SSTS de 22 de octubre de 1993 (RJ/7544), 5 de mayo de 1994 (RJ/4315), 16 de noviembre de 1994 (RJ/555, 1995), 16 de junio de 1995 (AL 16/1996), 7 de noviembre de 1995 (RJ/8173), 4 de diciembre de 1995

Ante esta situación, los funcionarios públicos autonómicos y sobre todos los locales pueden tener la impresión de que la Ley no les garantiza su derecho a negociar sus condiciones de trabajo, pues éstas, en sus aspectos fundamentales, vienen pre-determinadas por unas mesas de negociación en las que no están representados<sup>35</sup>. Para dar plena satisfacción al derecho de negociación colectiva de estos funcionarios, cabe proponer dos soluciones. Por un lado, extender también al ámbito de la función pública autonómica y/o local la medida de la representatividad sindical que da paso a la legitimación para participar en tales Mesas de negociación cuando éstas establezcan normas de obligado cumplimiento en el ámbito de las CC.AA. y/o EE.LL. De aceptarse este planteamiento, habría que distinguir una diversidad de sindicatos en el seno de las Mesas generales de negociación de la Administración del Estado y de las CC.AA., en función de cual sea el contenido de los Acuerdos y Pactos, lo que podría generar una gran complejidad. Sin embargo, es la única solución que garantiza la suficiencia representativa de la representación sindical en el ámbito al que se refieren las negociaciones, unas veces la función pública estatal o autonómica y otras el conjunto de la función pública. Por otro lado, cabe plantear la posibilidad de constituir Mesas «Inter-Administraciones» que abarquen las tres AA.PP. —estatal, autonómica y local— u otras más limitadas, como podrían ser las que comprendieran a una Comunidad Autónoma y a las EE.LL. ubicadas en el respectivo ámbito autonómico. Este tipo de mesas negociadoras, en las que, del lado de los funcionarios, habrían de participar los sindicatos más representativos y los simplemente representativos en el conjunto de las AA.PP. intervinientes en la negociación colectiva conjunta, permitirían a los funcionarios públicos autonómicos y/o locales participar en la determinación de todas sus condiciones de trabajo, y armonizar la actividad negocial desarrollada por unas Mesas generales que tienen competencias concurrentes sobre las mismas materias. En esta línea, el art. 92 del EBFP preveía la constitución de una «Mesa General de Negociación de todas las Administraciones Públicas», que se reservaba para los temas básicos y los de carácter general relacionados con sectores específicos de la función pública<sup>36</sup>. Previsión que, a juicio del Consejo de Estado, ofrecía «la ventaja innegable de establecer interlocutores aptos y plurales en relación a materias de trascendencia general».

- d) La inclusión de las materias enumeradas en el art. 32 de la LORAP en el ámbito de la negociación colectiva está limitada por el contenido de las potestades nor-

(RJ/1564, 1996), 18 de noviembre de 1996 (RJ/9749), 14 de octubre de 1996 (AL 179/1997), 3 y 10 de febrero de 1997 (RJ/923 y 1409), 30 de junio de 1997 (RJ/6138), 21 de noviembre de 1997 (RJ/306, 1998), 5 de diciembre de 1997 (RJ/307, 1998), 22 de diciembre de 1997 (RJ/315), 25 de junio de 1999 (RJ/5511 y 6451) y 25 de septiembre de 2003 (RJ/7198).

Cfr. ROQUETA BUJ, R., «El contenido de la negociación colectiva...», cit., págs. 305 y ss., y «La negociación colectiva de los funcionarios locales», cit., págs. 2505 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva de los funcionarios locales», cit., págs. 2509-2510.

<sup>36</sup> Para una mayor información sobre este tema véase ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 618 y ss.

mativas del órgano administrativo correspondiente<sup>37</sup>. En efecto, tales materias serán objeto de negociación, como subraya el propio art. 32, «en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública», lo que reitera el párrafo segundo del art. 35 cuando dispone que «los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que los suscriba», y el párrafo tercero del mismo artículo en el que se establece que «los Acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales». De este modo, como subraya la STS de 7 de noviembre de 1995 (RJ/8173), la Administración Pública está «legalmente habilitada para efectuar acuerdos y pactos con tal de que se refieran a su competencia, y sin perjuicio de que las concretas extralimitaciones que puedan apreciarse deban ser declaradas ilegales y dejadas sin efecto»<sup>38</sup>. Y, a este respecto, debe recordarse que el art. 51.1 de la LRJAP obliga a la Administración Pública a respetar la reserva de ley, al determinar que «las disposiciones administrativas no podrán { ... } regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas»<sup>39</sup>. De este modo, como la Administración Pública no puede regular las materias funcionariales reservadas a la ley, éstas tampoco pueden decidirse mediante Acuerdos o Pactos<sup>40</sup>. En estos supuestos lo que se negocia es el contenido de los Proyectos de Ley<sup>41</sup>, de forma que la eficacia obligacional del Acuerdo se refleja en el deber del Gobierno de presentar ante el Parlamento un Proyecto de Ley redactado en términos consonantes con lo pactado<sup>42</sup>, aun-

<sup>37</sup> SSTs de 16 de noviembre de 1994 (RJ/555), 16 de junio de 1995 (AL núm. 1/1996) y 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564); GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, págs. 311-312; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., págs. 261 y ss.; y ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 262 y ss., «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002...», cit., págs. 33 y ss., y «Límites en los incrementos de las retribuciones en el sector público: Ley estatal de Presupuestos, Leyes autonómicas y acuerdos colectivos», en AA.VV., *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución, Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González, Dirigido por Efrén Borrajo Dacruz*, Madrid, 2004, págs. 111 y ss.

<sup>38</sup> Idea en la que insisten las SSTs de 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564), 10 de febrero de 1997 (RJ/1409), 30 de junio de 1997 (RJ/6138), 22 de diciembre de 1998 (RJ/315), 20 de enero de 1998 (RJ/1419) y 9 de junio de 1999 (RJ/1466).

<sup>39</sup> Cfr. art. 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

<sup>40</sup> GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos...*, cit., pág. 312; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 264; y ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 265.

Un planteamiento crítico sobre esta cuestión en ALFONSO MELLADO, C., *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, RDS, núm. 13, 2001, págs. 22-23.

<sup>41</sup> DEL REY GUANTER, S., «La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública», *RL*, núm. 11, 1991, pág. 12; GARCÍA MURCIA, J., «Marco legal y contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos», *C*, núm. 11, 1993, pág. 159; KONINCKX FRASQUET, «Contenido y alcance de la negociación colectiva en el ámbito local tras la Ley 7/90. Control judicial», *Revista General de Derecho*, núm. 588, 1993, pág. 8129; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos...*, cit., págs. 308 y ss.; y SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996, págs. 229 y ss.

<sup>42</sup> STS de 15 de septiembre de 1999 (RJ/3197). En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C., «La negociación colectiva...», cit., págs. 18-19; ALONSO CARBAJO, F., «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacio-

que, obviamente, este último no está vinculado por dicho Acuerdo, pudiendo aprobarlo, modificarlo o rechazarlo<sup>43</sup>.

Sin embargo, en la relación del art. 32 de la LORAP se mezclan indistintamente las materias negociables sometidas a reserva de ley, esto es, materias respecto de las que sólo se prevé la concertación o negociación política de un proyecto de ley, y las materias negociables propiamente dichas sobre las que se prevé una verdadera y auténtica negociación colectiva con efectos vinculantes<sup>44</sup>. Esta regulación legal, como ha quedado de manifiesto recientemente, ha sido fuente de graves conflictos jurídicos<sup>45</sup>. Por ello, tal y como se hacía en el EBFP, habría que consagrar

---

nal de 7 de noviembre de 2000», AA, núm. 15, 2001, pág. 598; GÓMEZ CABALLERO, P., «La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública (A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», RL, núm. 13, 2001, pág. 49; MARTÍN CONTRERAS, L., «Aspectos procesales de una polémica (Comentarios a la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los funcionarios)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 475, 2001, pág. 2; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., «La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000», RL, núm. 13, 2001, pág. 26; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: crónica de un conflicto anunciado», AS, núm. 2, 2001, pág. 58; y ROQUETA BUJ, R., «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», JL, núm. 6, 2001, pág. 50, y «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002...», cit., pág. 35.

En sentido contrario, PALOMAR OLMEDA, A., «Comentarios a la Ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/90, de 19 de julio)», AA, núm. 23, 1991, pág. 301, quien subraya el escaso valor práctico del Acuerdo que puede ser desconocido por el propio Gobierno. En la misma línea, SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 263; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 383; y VALDÉS DAL-RE, F., «Los derechos de negociación colectiva...», cit., pág. 857.

<sup>43</sup> Cfr. SSTS de 21 de marzo de 2002 (RJ/4318 y 4319).

Y ello es debido a que constitucionalmente la Administración no puede disponer sobre la competencia legislativa. La del Estado corresponde a las Cortes Generales (art. 66 CE), siendo una competencia propia que no es susceptible de delegación ni de transacción. En este sentido, el art. 88.1 de la LRJAP establece que los acuerdos o pactos no pueden versar «sobre materias no susceptibles de transacción». En esta línea, se expresan PALOMAR OLMEDA, A., «Comentarios a la Ley...», cit., pág. 301; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos...*, cit., pág. 309; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 263; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 255; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, cit., págs. 229 y ss.; VALDÉS DAL-RE, F., «Los derechos de negociación...», cit., pág. 857; ALONSO CARBAJO, F., «Comentario a la Sentencia...», cit., pág. 598; GALLEGO ANABITARTE, A., «La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 sobre retribución de funcionarios: entre el comentario político y el análisis jurídico», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 473, 2001, pág. 3; GÓMEZ CABALLERO, P., «La vinculación de los acuerdos...», cit., págs. 54 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., «Retribuciones de los funcionarios públicos, acuerdos políticos y leyes de presupuestos», AS, núm. 20, 2001, pág. 49; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia...», cit., pág. 58; y ROQUETA BUJ, R., «La negociación del incremento...», cit., pág. 50, y «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002...», cit., pág. 36.

En sentido contrario, aunque no de modo concluyente, se expresan ALFONSO MELLADO, C., «La negociación colectiva...», cit., pág. 26; y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., «La eficacia de la negociación...», cit., págs. 30 y ss.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Ley y negociación...», cit., pág. 16; y SALA FRANCO, T., «La negociación colectiva en el empleo público», cit., págs. 130-131.

<sup>45</sup> Cfr. SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA/2585) y SSTS de 21 de marzo de 2002 (RJ/4318 y 4319). Sobre este particular véanse ALFONSO MELLADO, C., «La negociación colectiva...», cit., págs. 9 y ss.; ALONSO CARBAJO, F., «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional...», cit., págs. 577 y ss.; DE BORJA LÓPEZ-

a nivel legal y de modo expreso la distinción entre la pseudo-negociación o legislación prenegociada y la negociación colectiva propiamente dicha (art. 89.1) y subrayar la distinta naturaleza y eficacia de los instrumentos negociales según afecten o no a materias sometidas a reserva legal (art. 90.3 EBFPP)<sup>46</sup>.

- e) En cuanto a los límites a que está sujeta la negociación colectiva propiamente dicha hay que señalar que, aunque el art. 32 de la LORAP no hace mención expresa al necesario respeto de las leyes por los Acuerdos y Pactos, es evidente que éste constituye un límite de la autonomía colectiva<sup>47</sup>, así como la satisfacción del interés público que tiene encomendada la Administración<sup>48</sup>, tal y como prescribe con carácter general el art. 88.1 de la LRJAP<sup>49</sup>. La posición claramente subordinada que los instrumentos negociales ocupan en el ordenamiento jurídico comporta respecto a la ley restricciones en la esfera de la actividad negocial<sup>50</sup>. En este sentido, debe significarse que las reglas determinan la relación entre los acuerdos negociales y la ley son una transposición de las que rigen la relación ley-reglamento. Lo cual significa, en primer lugar, que la negociación colectiva no puede abordar aquellos aspectos que están ya predeterminados por la ley o sobre los que recae reserva de ley (arts. 51.1 y 62.2 LRJAP)<sup>51</sup>. Y, en segundo lugar, que a la negociación colec-

JURADO ESCRIBANO, F., «El control judicial sobre el incremento de las retribuciones de los funcionarios», AS, núm. 20, 2001, págs. 25 y ss.; GALLEGU ANABITARTE, A., «La Sentencia de la Audiencia Nacional...», cit., págs. 1 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P., «La vinculación de los acuerdos colectivos...», cit., págs. 39 y ss.; MARTÍN CONTRERAS, L., «Aspectos procesales de una polémica...», cit., págs. 1 y ss.; MARÍN ALONSO, I., «La congelación salarial de los funcionarios públicos mediante determinación unilateral del correspondiente ministro para las Administraciones Públicas. A propósito de la SAN de 7 de noviembre 2000», AS, núm. 20, 2001, págs. 51 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., «Retribuciones de los funcionarios públicos...», cit., págs. 43 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., «La eficacia de la negociación colectiva...», cit., págs. 17 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L., «Imperio de la Ley, retribuciones funcionariales y *prudentia iuris* de nuestros jueces» (I y II), *Diario La Ley*, núm. 5258 y 5259, 2001; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia Nacional...», cit., págs. 51 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J., «Erase una vez [...] la negociación colectiva de los funcionarios públicos», AS, núm. 20, 2001, págs. 31 y ss.; ROQUETA BUI, R., «La negociación del incremento de las retribuciones...», cit., págs. 39 y ss., y «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002...», cit., págs. 13 y ss.; y GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Negociación colectiva y retribución de los funcionarios públicos (a propósito de la STS de 21 marzo 2002 [RJ 2002, 4319]), AS, V/2002, págs. 1005 y ss.

<sup>46</sup> ROQUETA BUI, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., pág. 625; y SALA FRANCO, T., «Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas», AL, núm. 32, 2000, pág. 534.

<sup>47</sup> Así, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos», RL, núm. 19, 1990, pág. 95. En el mismo sentido, las SSTS de 14 de febrero de 1992 (RJ/988) y 12 de noviembre de 1993 (RJ/8690).

<sup>48</sup> Así, GARCÍA FERNÁNDEZ, M., «Capacidad convencional de las Administraciones Públicas (Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 19, de Barcelona, de 12 de noviembre de 1990)», AL, núm. 6, 1991, pág. 283.

<sup>49</sup> Ver DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Pamplona, 1995, págs. 192 y ss.

<sup>50</sup> Ver GARRIDO CUENCA, «Una aproximación jurisprudencial al problema de los límites materiales de la negociación en el ámbito de la función pública de las corporaciones locales», REALA, núm. 255-256, 1992, págs. 895 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos...*, cit., págs. 308 y ss.; MONTORO CHINER, «Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones», RAP, núm. 136, 1995, págs. 196-197; y las SSTS de 14 de febrero de 1992 (RJ/988) y 12 de noviembre de 1993 (RJ/8690).

<sup>51</sup> Cfr. la STCO 99/1987, de 11 de junio.

tiva le corresponde, en consecuencia, una competencia de detalle, de especificación de puntos abordados legalmente o, cuando ello sea el caso, de ordenación de cuestiones no tratadas por la ley, que le sean reenviadas, expresa o implícitamente, aunque siempre, en uno u otro caso, con respeto absoluto a lo regulado por ésta. Los Acuerdos y Pactos pueden desarrollar la ley en sentido acorde a lo dispuesto en ésta, matizar y concretar sus líneas generales, pero no modificarla ni mejorarla<sup>52</sup>, a menos que ella lo autorice<sup>53</sup>.

Se ha dicho que se podría haber sido más flexible, más laboral, en la interpretación de una institución trasplantada desde el terreno laboral, entendiendo que el art. 32 de la LORAP implicaba la dispositivización cara a la negociación colectiva de ciertos aspectos del régimen de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos<sup>54</sup>. Sin embargo, aparte de que dada la reserva legal en materia funcional, corresponde en todo caso al legislador determinar el alcance imperativo de todos y cada uno de los preceptos legales que constituyen el Estatuto de la Función Pública, no puede pasarse por alto el hecho de que si fracasa la negociación la Administración recupera su posición de supremacía regulando por sí misma y unilateralmente las condiciones de trabajo (art. 37.2 LORAP). Ahora bien, lo que sí es cierto es que el Estatuto de la Función Pública está integrado por un elevado número de normas de configuración heterogénea e, incluso, inacabada en muchos casos; muchas de ellas, además, al ser anteriores a la LORAP, no contienen declaración alguna en torno a la naturaleza jurídica de sus preceptos. Todo ello dificulta extraordinariamente la labor de los sujetos negociadores. De ahí, la urgente necesidad de un nuevo Estatuto de la Función Pública que ponga fin a la gran dispersión y vacíos normativos del actual y que, además, proceda a la calificación de sus preceptos como absolutamente imperativos, mínimos imperativos o dispositivos, «posibilitando así una negociación colectiva segura y sin sombra de duda sobre las materias reguladas en los dos últimos tipos de preceptos, de manera que se eviten las impugnaciones de los pactos y acuerdos colectivos por razones de seguridad»<sup>55</sup>.

## 5. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

El tratamiento tan escaso y, hasta cierto punto, simple de que ha sido objeto la negociación colectiva funcional se va a manifestar especialmente en todo lo relacionado con

<sup>52</sup> SSTs de 14 de febrero de 1992 (RJ/988), 12 de noviembre de 1993 (RJ/8690) y 14 de octubre de 1998 (RJ/7543).

<sup>53</sup> Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en las Administraciones Públicas», *TS*, núm. 73, 1997, págs. 58 y ss., «La participación de los empleados públicos de la Administración General del Estado en materia de prevención de riesgos laborales», *AA*, núm. 16, 2000, págs. 567 y ss., y «Los derechos y garantías sindicales en la negociación colectiva funcional», *AA*, núm. 35, 2002, págs. 720 y ss.

<sup>54</sup> ALFONSO MELLADO, C., «Cuestiones actuales en torno a los derechos colectivos de los empleados públicos», *TS*, núm. 120, 2000, págs. 21 y ss.

<sup>55</sup> Cfr. SALA FRANCO, T., «Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas», *AL*, núm. 32, 2000, pág. 534. En parecidos términos se expresa RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Ley y negociación...», cit., págs. 16-17.

el proceso negocial, desde los motivos que pueden alegarse para no negociar hasta los aspectos básicos de la negociación de buena fe. Ciertamente, incluso, cuando, como es en el caso del derecho de negociación colectiva, se defiende una determinada autolimitación en la regulación legal del proceso negocial a favor de la autonomía colectiva, el legislador se ha excedido en su contención. Las lagunas señaladas no se pueden justificar con el argumento de que su concreción pertenece a la esfera de la normativa reglamentaria o convencional. Son aspectos que cumplen todas y cada una de las condiciones para tener una ordenación legal al respecto: son de orden público negocial, necesitan ser homogéneos a todo el sistema y deben ser sustraídos en cada proceso negocial. Por consiguiente, se está ante pura y sencillamente ausencias de ordenación que resultan difíciles de explicar desde un punto de vista estrictamente jurídico. De esta forma, se corre el riesgo de que las partes negociadoras se centren en cuestiones meramente procedimentales, desviando su atención de los temas auténticamente relevantes.

Y así, entre otras operaciones, el legislador debería:

- a) Clarificar quiénes y con arreglo a qué requisitos pueden abrir el proceso negociador<sup>56</sup>.
- b) Consagrar a nivel legal y de modo expreso, lo que en la actualidad debe deducirse a partir de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, a saber: que las partes están obligadas no sólo a negociar, sino, además, a hacerlo de buena fe<sup>57</sup>. También habría que determinar cuáles son las manifestaciones del deber de negociar de buena fe y las sanciones al incumplimiento de dicho deber<sup>58</sup>.
- c) Colmar la laguna que, en punto al régimen de adopción de acuerdos negociales presenta la LORAP; laguna especialmente problemática respecto de la representación sindical, habida cuenta el carácter parcial de la misma<sup>59</sup>.
- d) Incorporar al texto legal el criterio mantenido por la doctrina a propósito del orden que ha de seguirse en la utilización de las medidas legales arbitradas por la LORAP para solventar los supuestos de desacuerdo en la negociación. Tales medidas son la determinación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos por parte del órgano de gobierno correspondiente y la apertura de una segunda fase de negociación con la mediación de un tercero imparcial. La LORAP no establece las preferencias respectivas de estas dos vías de solución, de modo que la elección entre una y otra queda a la libre disposición de las partes negociadoras y, más concretamente, de la Administración Pública. Esta solución no respeta el Convenio núm. 151 de la OIT, «sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública», ratificado por España, cuyo art. 8 exige que los conflictos novatorios sean resueltos por medio de la negociación o mediante procedimientos independientes e imparciales. Por ello, pese a la literalidad de la LORAP, la

<sup>56</sup> Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 627-628.

<sup>57</sup> Cfr. art. 80.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

<sup>58</sup> Cfr. ALFONSO MELLADO, C., «La negociación colectiva...», cit., págs. 24 y ss.; y ROQUETA BUJ, R., «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos...», cit., págs. 47 y ss., y 59 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., pág., 628.

doctrina considera que el sistema de regulación unilateral constituye el «último paso» en la determinación de las condiciones de trabajo; línea en la que se situaba el art. 90.7 del EBF, conforme al cual, en caso de desacuerdo, primero habría de intentarse la mediación, si lo solicitara una de las partes negociadoras, y, sólo cuando ésta fracasara, podría el órgano de gobierno correspondiente dictar un reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo.

- e) Habilitar a los miembros de las mesas de negociación para establecer procedimientos no sólo de mediación, sino también de arbitraje voluntario<sup>60</sup>. En la actualidad las partes negociadoras no pueden designar, de común acuerdo y libremente, a un tercero para que dirima, merced a una resolución de obligado cumplimiento, el conflicto de intereses que las enfrenta, ya que la actuación de la Administración Pública está sometida al principio de legalidad y la Ley no contempla tal posibilidad<sup>61</sup>. De someterse la Administración a un arbitraje de interés el mismo sería ilegal por atentatorio al principio de irrenunciabilidad de sus competencias (art. 12.1 LRJAP). Para que las AA.PP. puedan someterse a un arbitraje voluntario es preciso que la ley les habilite para ello, tal y como pretendía el art. 91 del EBF<sup>62</sup>.
- f) Terciar en la polémica suscitada a propósito de si el contenido de los Acuerdos aprobados debe recogerse o no en un reglamento de contenido idéntico y precisar las razones en virtud de las cuales el órgano de gobierno puede desaprobado o no ratificar los Acuerdos<sup>63</sup>, teniendo en cuenta a tales efectos que éste, si sus representantes han seguido sus instrucciones, no puede eludir la aplicación de los principios de «buena fe» y «no venire contra factum proprium», por lo que no puede llevar a cabo un control de oportunidad sino tan solo de legalidad. Es decir, únicamente puede desaprobado el Acuerdo alcanzado en sede negociador por motivos tan específicos como son la ilegalidad del Acuerdo, la «desviación» respecto de las instrucciones dadas a sus representantes en la mesa negociadora o el cambio absoluto y radical de las circunstancias que rodearon la negociación.

## 6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES

La negociación colectiva conjunta de funcionarios y trabajadores permite sortear muchos de los problemas que la dualidad de sistemas de negociación —funcionarial y laboral— plantea en la gestión de personal, reducir los costes de las negociaciones y aproximar los regímenes jurídicos aplicables a los funcionarios y trabajadores de las AA.PP., elimi-

<sup>60</sup> ALFONSO MELLADO, C., «Cuestiones actuales en torno...», cit., pág. 23; SALA FRANCO, T., «Las relaciones laborales...», cit., pág. 534, y «Acerca de la posibilidad de establecer autónomamente procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales en las Administraciones Públicas», *AL*, núm. 48, 2000, págs. 94 y ss.

<sup>61</sup> Por todos, TRAYTER, J.M., «El arbitraje de Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 143, 1997, págs. 75 y ss.; y GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La transacción en el Proyecto de Ley en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *RAP*, núm. 145, 1998, págs. 7 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 629-630.

<sup>63</sup> Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 630-631.

nando aquellas diferencias de régimen injustificadas<sup>64</sup>. A pesar de la inexistencia de un marco que proporcione cobertura legal a la negociación colectiva conjunta de funcionarios y trabajadores, estas prácticas negociales suelen ser habituales en el ámbito de las EE.LL.<sup>65</sup>. Sin embargo, dicha negociación debe materializarse en instrumentos negociales distintos y formalmente separados según afecten al personal funcionario o al laboral, esto es, en Acuerdos o Pactos y en convenios colectivos, respectivamente. De no actuarse de este modo, se corre el riesgo de que el acuerdo sea declarado nulo, pues el Tribunal Supremo considera inviable la articulación unitaria de los pactos que engloben conjuntamente a funcionarios y trabajadores<sup>66</sup>. Y, si se quiere dar un tratamiento igualitario a las relaciones de trabajo funcionariales y laborales, dicho igualitarismo puede obtenerse por la vía de incluir en el Acuerdo o Pacto y en el convenio colectivo una cláusula en la que se vincule la suerte de ambos, de forma que la nulidad global o parcial de uno de ellos declarada por la jurisdicción correspondiente determine la necesidad de renegociar el acuerdo o la cláusula en cuestión en relación a todo el personal tanto funcionarial como laboral.

El art. 93.1 del EBFPP venía a proporcionar cobertura legal a los acuerdos mixtos para los funcionarios y trabajadores de las EE.LL., al permitir que «para la negociación de todas aquellas materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas», pudiera constituirse «para una o varias Administraciones Públicas un órgano de negociación común, compuesto en su parte social de acuerdo con los resultados de las elecciones a órganos de representación del personal fun-

<sup>64</sup> Una valoración favorable a la negociación colectiva conjunta del personal funcionarial y laboral de las AA.PP. en ROQUETA BUJ, R., «Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial en la Administración Pública», en AA.VV., *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales. XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 1994, págs. 155 y ss.

<sup>65</sup> Cfr. art. 61.3 del RD 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA.

<sup>66</sup> Sobre este tema ver, por todos, ROQUETA BUJ, R., «Las relaciones...», cit., págs. 137 y ss., y «Los Acuerdos mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales», *REALA*, núm. 280-281, 1999, págs. 291 y ss.; LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, págs. 427 y ss.; RIVERO LAMAS, J., «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 6-7, 1995, págs. 115 y ss.; DEL SAZ, S., *Contrato laboral y...*, cit., págs. 102 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La Negociación...*, cit., págs. 65 y ss.; MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y...*, cit., págs. 268 y ss.; DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, C., «Criterios jurisprudenciales recientes...», cit., págs. 18 y ss.; RUANO RODRÍGUEZ, L., *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, Pamplona, 1998, págs. 110 y ss.; MARÍN ALONSO, I., *La negociación colectiva conjunta...*, cit., págs. 3 y ss.; MARTÍN PÉREZ, P.A., «La negociación colectiva...», cit., págs. 1058 y ss.; SALA FRANCO, T., «Conflictos laborales en las Administraciones Públicas y jurisdicción competente. ATS 22 de marzo de 1999», *AL*, núm. 5, 2000, págs. 65 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P., «La vinculación de los acuerdos...», cit., pág. 57; MARÍN ALONSO, I., «La congelación salarial...», cit., págs. 66 y 67; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia...», cit., págs. 54 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Hacia una negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración Pública», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas (Volumen II), XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2001, págs. 133 y ss.; y ROQUETA BUJ, R., «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios...», cit., págs. 69-70, y «Las sentencias del Tribunal Supremo...», cit., págs. 38 y ss.; las SSTS de 22 de octubre de 1993 (RJ/7544), 24 de enero de 1995 (RJ/1523), 9 de febrero de 1998 (RJ/2110) y 16 de julio de 1998 (RJ/7021); las SSTSJ de Asturias de 18 de mayo de 1998 (RJ/1758) y 19 de abril de 1999 (RJ/961); la STSJ de Extremadura de 16 de abril de 2002 (AS/1826); y la SAN de 17 de mayo de 2001 (JUR/295656).



cionario y laboral y de conformidad con los criterios establecidos en los artículos 86 y 88»<sup>67</sup>. Se admitía, de este modo, la constitución de Mesas de negociación comunes para los funcionarios y trabajadores al servicio de una o varias AA.PP. El art. 93.1 del EBFP mereció una valoración positiva por parte del Consejo de Estado, pero con reservas. En efecto, el mismo, aunque reconoce que «ciertamente existen materias que «per se» son comunes a ambos colectivos de empleados públicos (así, la prevención de riesgos comunes) y que justifican la existencia de dichos órganos», entiende que, «ante la indeterminación en concreto de las materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, se corre el riesgo de llevar al terreno común aspectos que en un principio no lo son».

En cuanto a la naturaleza de los acuerdos alcanzados, el inciso final del art. 93.1 del EBFP disponía que los mismos tendrían «la consideración y efectos previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral y en el artículo 90 de esta Ley para los funcionarios» y que se formalizarían en los instrumentos que correspondiera en cada caso. Así pues, se reconocía la naturaleza jurídica dual de los pactos y acuerdos alcanzados en este tipo de mesas de negociación y la necesidad de que los mismos se formalizaran en instrumentos negociales separados.

<sup>67</sup> Para una mayor información sobre esta disposición ver ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 632 y ss.



# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA

ROSA QUESADA SEGURA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Málaga

## EXTRACTO

La aproximación a la negociación colectiva andaluza se ha realizado a partir de cuatro de los temas que se consideran prioritarios en los ANC/2002 y 2003, teniendo en cuenta, además, para su selección, que todos ellos tienen un especial significado en los sectores económicos más relevantes de la Comunidad Autónoma.

Las conclusiones, referidas lógicamente a los datos manejados y con la cautela necesaria derivada del análisis parcial realizado, permiten afirmar la escasa vinculación de las organizaciones firmantes de los convenios colectivos andaluces con las orientaciones y recomendaciones de los Acuerdos Interconfederales y, en general, su insuficiencia y parquedad. La conclusión final de este estudio es, por un lado, que en los ámbitos de negociación más reducidos los intereses de los negociadores difieren de las políticas defendidas por sus organizaciones, y por otro, que el convenio colectivo continúa siendo una potencialidad no suficientemente explotada.

**INDICE**

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA. INTRODUCCIÓN
  - 1.1. Breve apunte sobre la estructura de la negociación colectiva andaluza
  - 1.2. Criterios para determinar los temas de estudio
2. EL DERECHOS DE LOS TRABAJADORES A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 2.1. La igualdad por razón de género
  - 2.2. La interdicción de discriminación por razón de edad, raza, nacionalidad...
3. FLEXIBILIDAD EMPRESARIAL Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO
  - 3.1. Reglas sobre temporalidad
    - 3.1.1. La contratación a través de de Empresas de Trabajo Temporal
    - 3.1.2. La prueba del trabajador en un periodo de tiempo dilatado
    - 3.1.3. Los contratos temporales estructurales
    - 3.1.4. El contrato a tiempo parcial y fijo-discontinuo
  - 3.2. Reglas sobre flexibilidad
    - 3.2.1. Tiempo de trabajo flexible
    - 3.2.2. Reglas sobre organización del trabajo: polivalencia funcional y teletrabajo
4. EMPLEO
  - 4.1. Reglas sobre el mantenimiento del empleo
  - 4.2. Reglas sobre distribución del tiempo de trabajo
  - 4.3. Reglas de fomento real del empleo
5. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO
  - 5.1. Planes de prevención en la empresa
  - 5.2. Protección de los trabajadores calificados como grupos especiales de riesgo
  - 5.3. Vigilancia de la salud
  - 5.4. Derechos de los trabajadores: formación e información
  - 5.5. La representación de los trabajadores en la empresa

**1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA. INTRODUCCIÓN****1.2. Breve apunte sobre la estructura de la negociación colectiva andaluza**

En el año 2003 estuvieron vigentes en la Comunidad Autónoma Andaluza 827 convenios colectivos lo que supone la mayor cifra jamás alcanzada en nuestra Comunidad. De estos, 307 convenios han sido recepcionados a lo largo de este año por el CARL y 520 mantienen su vigencia de periodos anteriores<sup>1</sup>.

Parece indudable, pues, la estabilidad alcanzada por los procesos de negociación en el ámbito andaluz que, como en un sistema consolidado de relaciones laborales, se manifiesta por la continuidad en las unidades de negociación por un lado, y por el continuo incremento de nuevos ámbitos de negociación basados en la especialización por otro<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Para el análisis de la negociación colectiva de Andalucía se ha tomado como referencia los convenios colectivos en vigor durante el año 2003 y los datos utilizados para este estudio son básicamente los recogidos en la Memoria del CARL de 2003 sobre la negociación colectiva en Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004.

<sup>2</sup> «Desde esta perspectiva es importante destacar como durante estos últimos cinco años no han dejado de aparecer y generarse nueva unidades de negociación que han venido a enriquecer y a completar nuestro ya rico tejido negocial, seguramente como consecuencia del incremento detectado de nuevas iniciativas empresariales en nuestra comunidad» La negociación colectiva en Andalucía. Memoria 2003, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004.

Además la negociación colectiva afecto a un total de 229.557 empresas y a un conjunto de 1.398.485 trabajadores. Sí se tienen en cuenta que según el INE —datos EPA Cuarto Trimestre de 2003—, la población asalariada en Andalucía se sitúa en un contingente de 2.154.700 trabajadores asalariados, el porcentaje de trabajadores por cuenta ajena incluidos en la negociación colectiva de ámbito andaluz supondría el 64,9 % del total citado. Pero lo importante es que en determinados sectores, como al agropecuario y la construcción, esa tasa es especialmente elevada, incluso podría afirmarse que teniendo en cuenta los convenios colectivos de las ocho provincias andaluzas, equivale prácticamente al 100% de la población empleada en los mismos.

También resulta importante constatar como en Andalucía, como en el resto de España, es clara la supremacía de los convenios de empresa desde el punto de vista numérico: del total de convenios vigentes, el 21,1% son de ámbito sectorial frente al 74,89% de ámbito de empresa. Algo similar sucede en el ámbito estatal donde, y tomando los datos cerrados a 31 de noviembre de 2003, también se observa una superioridad cuantitativa de los convenios empresariales, el 74,89% con respecto a los sectoriales y al resto de unidades de negociación que en su conjunto suman un 25,1 %. Fórmula que se reproduce en el conjunto de las restantes Comunidades Autónomas. Sin embargo la importancia relativa de cada una de las unidades mencionadas es en la práctica justamente la inversa, pues desde el punto de vista de la afectación personal prevalecen los convenios sectoriales respecto de los de empresa. Así del total de los trabajadores afectados por los convenios colectivos andaluces —1.398.485—, la mayoría —1.277.164— lo fueron por convenios de sector y tan sólo 112.321 trabajadores por convenios de empresa.

Territorialmente, el modelo negocial andaluz se caracteriza, y de nuevo de forma similar al estatal, en que es el ámbito provincial el de mayor incidencia, inscribiéndose en el mismo el 51% de los convenios vigentes. Por su parte el ámbito local supone el 44%, prácticamente superpuesto sobre el nivel empresarial, ya que generalmente corresponde a organizaciones productivas con un único centro de trabajo. Los convenios interprovinciales, por su parte, mantienen su carácter residual, suponiendo el 6% del total de los convenios colectivos vigentes. Al mismo tiempo, el ámbito territorial de los convenios interprovinciales no es coextenso con el de la Comunidad Autónoma, al contrario, únicamente el 41% de tales convenios abarca las ocho provincias andaluzas.

Esta clara caracterización de ámbitos de negociación culmina en la ausencia significativa de convenios cuya unidad de negociación sea la propia de Comunidad Autónoma. Y esto si es una característica del modelo andaluz, sin sindicatos propios a nivel de comunidad autónoma que justifiquen una política sindical específica y autonómica. La homogeneidad de contenidos, incluso a escala regional, se alcanza bien por medio de los compromisos asumidos por las organizaciones firmantes de los Acuerdos Sociales a cuyas federaciones o confederaciones pertenecen los interlocutores sociales andaluces, bien mediante la cohesión en los contenidos de los convenios provinciales e, incluso en los de empresa, a través de su reiteración en los acuerdos de unidades inferiores.

Por sectores económicos los convenios colectivos más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza por el número de trabajadores que acogen y las empresas a las que afectan, han sido tradicionalmente y continúan siéndolo, los de los sectores «Agropecuario», «Construcción y Obras públicas», «Comercio», «Hostelería» y «Siderometalurgia».

## 1.2. Criterios para determinar las líneas de estudio

De esta forma, señalados los elementos esenciales de la estructura negocial en nuestra comunidad, el segundo paso será el estudio de su contenido a través de un hilo conductor que debe configurarse.

Entiendo que la forma más adecuada de acometer este análisis es tomar como referencia los temas preferentes listados en los Acuerdos Interconfederales suscritos por los interlocutores sociales a partir del año 2002.

Y es que los ANC/ 2002, 2003 y su proroga en el 2004, pese al carácter, en principio abstracto de sus declaraciones de derechos, y pese a la afirmación de que en éstos se contienen «criterios, orientaciones y recomendaciones» muy de carácter general, lo cierto es que todos ellos tienen un preciso alcance jurídico<sup>3</sup>. Así cuando se sostiene que «las organizaciones signatarias asumen directamente los compromisos del presente acuerdo y se obligan, por tanto, a ajustar su comportamiento y acciones a lo pactado, pudiendo cada una de ellas reclamar de la otra el cumplimiento de las tareas o cometidos acordados», lo que las partes están declarando es la asunción de obligaciones jurídicas en el sentido estricto del término que van a vincular a las propias federaciones y confederaciones sindicales integradas en las organizaciones representativas de empresarios y sindicatos que han negociado éstos.

O dicho de otra forma, a través de estos Acuerdos se persigue la consecución de un objetivo final que no es otro que el conseguir que la mayoría de los convenios colectivos que negocien las Organizaciones afiliadas a CEOE, CC.OO. y UGT, que es tanto como decir la práctica totalidad de los convenios vigentes en Andalucía, sean abordados teniendo los negociadores a la vista el contenido multidisciplinar, pedagógico y sobre todo, obligatorio que han significado sin duda esta última generación de Acuerdos Interconfederales.

Entre las materias que en principio los Acuerdos Interconfederales aconsejan sean tratadas, de acuerdo a criterios y recomendaciones precisos, en los convenios colectivos se han seleccionado para el estudio de su tratamiento en la negociación colectiva andaluza cuatro grandes bloques. Temas generales cuya elección ha venido dada por la importancia que les asignan los Acuerdos Interconfederales, sin duda, pero también sin desconocer que son temas relacionados de forma muy directa con las principales cuestiones que afectan a los sectores económicos más importantes en el ámbito de la negociación colectiva andaluza —«Agropecuaria», «Construcción y Obras públicas» «Hostelería» y «Siderometalurgia»—. Sectores caracterizados en general por el carácter cíclico de la actividad, por su fuerte temporalidad, por la incidencia de los riesgos laborales, y por ser, cada vez en mayor medida, los que acogen el trabajo de la inmigración en Andalucía.

De esta forma los temas seleccionados para su estudio son los siguientes: El principio de igualdad, con particular atención a la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer, y a la prohibición de discriminación que supone que los convenios colectivos deben asegurar la efectiva aplicación de los derechos legales y convencionales a los trabajadores con independencia del tipo de contrato, a tiempo parcial o completo, indefinido o temporal, la edad del trabajador o su raza o nacionalidad; La flexibilidad en la organización del trabajo

<sup>3</sup> J. CRUZ VILLALÓN, «La nueva hornada de Acuerdos Interconfederales» en *Nuevos problemas de la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 129 y ss.



y la estabilidad en el empleo como objetivo común que suscriben los sujetos del Acuerdo —principalmente en el ANC/2003—; El empleo, como política igualmente común que persiguen los interlocutores sociales; Y, finalmente, la seguridad y salud en el trabajo, tema permanente y de dramática actualidad en nuestra Comunidad Autónoma.

## 2. EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En nuestra Constitución no sólo hay un reconocimiento de derechos fundamentales sino también un sistema preciso de garantías con un régimen de tutela específico y privilegiado, que no solo garantiza tales derechos frente al Estado sino también su extraordinaria vigencia entre particulares.

Sólo en este segundo plano puede situarse el acogimiento por la autonomía colectiva de derechos que ostentan la condición de fundamentales. Y en este caso pueden aparecer reconocidos bien por sí mismos, de manera autónoma, bien como manifestación complementaria a la prohibición de discriminación.

El punto de partida para la regulación convencional del derecho a la igualdad se encuentra en los ANC/2002 y 2003 que imponen a la negociación colectiva el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo<sup>4</sup>. Concretamente el ANC/2002 —es el primer Acuerdo Interconfederal que así lo reconoce —declaró como objetivo prioritario de los negociadores colectivos la promoción de la igualdad de oportunidades por razón de género —«fomentar la igualdad de oportunidades y contribuir a la eliminación de discriminaciones en el empleo y la ocupación por razón de género»—<sup>5</sup>, y por razón del tipo de contratación —«Asimismo la negociación colectiva debería asegurar también el cumplimiento y desarrollo del principio de igualdad e trato de las personas contratadas a tiempo parcial o bajo alguna forma de contratación temporal, que habrán de disfrutar de los mismos derechos que las contratadas por tiempo indefinido»—.

En esta materia el ANC/2003 se presenta «como un acuerdo mucho más ambicioso»<sup>6</sup>, y es que, al tema de la igualdad por género, une referencias a la no discriminación de otra serie de colectivos también tradicionalmente peor tratados como los jóvenes, los inmigrantes, los minusválidos o los sujetos de contratos temporales o a tiempo parcial.

### 2.1. La igualdad por razón de género

Sin embargo, el tema prioritario continúa siendo el de la igualdad por género con un mandato expreso a los convenios celebrados en el 2003 a fin de que tengan en cuenta —«el

<sup>4</sup> A.V. SEMPERE NAVARRO, y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, «Los derechos fundamentales (inespecíficos) de los trabajadores en la negociación colectiva» en *Nuevos problemas de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 25 y ss.

<sup>5</sup> Fruto del ANC/2002 fue el documento sobre «Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva» aprobado por CEOE, CEPYME, CC.OO y UGT.

<sup>6</sup> J. LUJAN ALCARAZ «El acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2003», *Aranzadi Social*, num. 21, 2003.

cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres»—, proponiendo un decálogo de medidas y acciones que recorre desde la introducción de cláusulas de acción positiva o la eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional a la revisión de las diferencias retributivas ante trabajos de igual valor y la incorporación de medidas sobre tiempo de trabajo y sobre formación que permitan conciliar la vida laboral y familiar.

La negociación colectiva celebrada en Andalucía y en vigor en el año 2003 asume en buena parte estos mandatos<sup>7</sup>, si bien lo hace de muy diversas formas e igualmente con diferente intensidad. Lo común es que en los convenios colectivos se establezcan cláusulas programáticas, meramente declarativas recordando conductas prohibidas o insistiendo en la importancia de la igualdad de condiciones laborales. Pero también se introducen otras que, aún escasas, concretan medidas positivas que conviene tener en cuenta.

En cuanto al contenido de tales cláusulas pocas novedades se introducen en las garantías de este derecho, pese a que la materia antidiscriminatoria es variada y de muy diverso signo. Las más numerosas son las relativas a la prohibición de trato diferenciado por razón de sexo, ya se refieran al ingreso en el trabajo, a la promoción<sup>8</sup>, al desarrollo de la relación o al momento de extinción. En materia salarial —30 convenios— repiten la fórmula de no discriminación por razón de género.

Pese a ello, la negociación colectiva a nivel estatal<sup>9</sup>, y la andaluza en particular<sup>10</sup>, mantienen tratamientos discriminatorios por razón de género en materia salarial, por el procedimiento más común de feminizar las categorías profesionales aunque formalmente sean grupos abiertos y bajo enunciados en masculino, o de asignar los complementos salariales a aquellas actividades normalmente desarrolladas por el trabajador varón en detrimento de aquellas otras que por sus especiales características se les suele atribuir a la mujer trabajadora.

<sup>7</sup> En total 307 convenios colectivos contienen cláusulas con referencia a alguna de las manifestaciones de los derechos fundamentales, incluyendo toda clase de reglas sobre la discriminación, frente a los 253 del año 2002. Se observa por tanto una mejoría, al menos cuantitativa, en el tratamiento de la materia con la consiguiente ampliación del ámbito de aplicación subjetivo, ya que en concreto las medidas afectan a 648.253 trabajadores. Junto a la visión positiva que representan los derechos fundamentales, los convenios colectivos analizados contienen cláusulas de interdicción de la discriminación. Un total de 245 convenios incluyen alguna referencia a las distintas formas de discriminación prohibidas, siendo los de empresa los más numerosos —184—.

<sup>8</sup> Ejemplo de ello, repitiendo una fórmula antigua y de dudosa eficacia, el Convenio Colectivo del personal de limpieza del Hospital Nuestra Sra. de la Merced» de Osuna «Los ascensos de categoría profesional dentro del grupo de personal obrero, que se considere necesario cubrir de acuerdo con las facultades organizativas del empresario, se producirán teniendo en cuenta la formación, los méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario. Los criterios de ascensos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo».

<sup>9</sup> En el Informe del CES *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, noviembre, 2003, pp. 50 y ss.

<sup>10</sup> En dos trabajos ya antiguos *Los principios de igualdad de trato y oportunidades en la negociación colectiva* y *Guía para la negociación colectiva no discriminatoria*, ambos publicados por el Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla en 1991 y 1994, denuncie estas prácticas discriminatorias en los convenios colectivos, ahora en «Negociación colectiva y género» realizado por la Secretaria Confederal de la Mujer de CC.OO. donde se realiza una evaluación sobre los efectos del ANC/2002, recogiendo una muestra de convenios colectivos de ámbito estatal o interprovincial se dan ejemplos de estas cláusulas «negativas» que se mantienen en vigor

Por lo que respecta al acoso sexual como forma de discriminación, la negociación colectiva andaluza lo recoge en un número importante de convenios <sup>11</sup>. Siendo el tratamiento más común el aportar una definición que en determinados casos se acompaña con códigos de buena conducta, así como introducir sanciones específicas y, en determinados supuestos, prever acciones preventivas respecto de las conductas tipificables como de acoso sexual en el ambiente de trabajo.

También el acoso moral como manifestación del derecho del trabajador a la consideración debida a su dignidad comienza a ser una materia contemplada por nuestros convenios colectivos. Y aunque el número de convenios con referencias a esta cuestión es escaso, en concreto 24 convenios —lo que supone un 2,90% con respecto al total—, el tratamiento escapa a las meras formulas declarativas de reconocimiento o de condena, para introducir medidas sustantivas de carácter sancionador <sup>12</sup>.

Por su parte, las medidas de acción positiva tendentes a promover la igualdad de trato y de oportunidades en las relaciones de trabajo, y que traen su origen en la Directiva CEE 76/207, tienen en la negociación colectiva su ámbito más adecuado. La tipología de las mismas es muy variada y su definición tiene que ser necesariamente amplia: cualquier acción, medida o disposición cuyo objetivo sea procurar la igualdad sustancial.

Medidas de esta naturaleza pueden ser las que introduzcan sistemas de acceso o formación a favor de las mujeres en la empresa, las que aseguren su presencia en las comisiones de contratación, de negociación o de seguimiento en concreto de las acciones positivas establecidas en la empresa, las que establezcan preferencias en el empleo o reserva de plaza y finalmente las que garanticen una reserva determinada de puestos de trabajo para las mujeres...

En la negociación colectiva andaluza sólo 20 convenios colectivos contienen medidas de esta naturaleza, lo que en principio ya supone una clara desatención a uno de los temas señalados como prioritarios por el ANC/ 2003, y de ellos ni uno sólo introduce alguna cláusula que haga referencia a la reserva o cuotas para la creación de empleo femenino.

En cuanto a las medidas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar, que también se consideran medidas de acción positiva, se contemplan en un número importante de convenios colectivos, si bien el tratamiento es realmente pobre ya que generalmente se limitan a remitirse a la Ley, o a transcribir determinados preceptos de la misma. Es más, se regula el permiso de maternidad en un porcentaje mucho mayor de convenios que el permiso parental y en general las medidas de protección por razón de maternidad se contemplan como si el único destinatario fuese la mujer.

Por otra parte el art. 48.4 ET contempla otro tipo de medidas en forma de permisos, en unos casos retribuidos, en otros no, pero que en cualquier caso son susceptibles de ser mejorados por la negociación colectiva.

<sup>11</sup> 131 convenios colectivos lo que supone un 15,84% del total de convenios vigentes.

<sup>12</sup> Ejemplo de ello el Convenio de la Mancomunidad de Municipios para el Desarrollo Socioeconómico del Condado de Huelva, art. 38: «1: el personal... tienen derecho al respeto a su intimidad, a su integridad psíquica y a la consideración debida a su dignidad, comprendida, entre otras, la protección frente a actos u ofensas verbales, escritas, físicas o de naturaleza sexual... las ofensas de cualquier tipo, la presión y el acoso sexual en el trabajo, por parte de compañeros y superiores, tendrán la consideración de falta grave o muy grave en atención a los hechos y circunstancias que concurren».

En los convenios colectivos andaluzes se observa como el reconocimiento de estos permisos sigue siendo prácticamente inexistente. Por ejemplo en relación con el permiso por nacimiento de un hijo prematuro sólo el 2,42% de convenios lo recogen. Y algo semejante con el permiso de hospitalización tras el parto en el sentido de computarlo de forma independiente al permiso de maternidad —el 3,51%—, de manera que este empiece a contar una vez que la madre haya abandonado el hospital.

Por último en ningún convenio colectivo andaluz —ni tampoco estatal dicho de paso— se recoge disposición alguna relacionada con la violencia de género. Y eso que ésta debe ser una materia que no puede ser ignorada por una negociación colectiva que se quiere sensible y activa en materia de igualdad de oportunidades. Diversos temas referidos a esta grave cuestión y que tengan por objeto a las mujeres víctimas de violencia de género, pueden tener cabida en los convenios colectivos futuros: el favorecimiento de la colocación; la garantía de la formación y la promoción; los cambios funcionales y territoriales, las suspensiones y excedencias; los permisos y licencias; el mantenimiento del empleo; la ayuda de los facultativos de la empresa; las funciones de los representantes de los trabajadores....<sup>13</sup>.

## 2.2. La interdicción de la discriminación por razón de edad, raza, nacionalidad...

En cuanto a los convenios colectivos con reglas antidiscriminatorias dirigidas a otros colectivos se encuentran aquellos que prohíben la discriminación por razones sindicales, —recogidas en 118 convenios—, a la vez que garantizan otros derechos como el de libertad sindical y de expresión que, sobre todo, en el ámbito de los representantes de los trabajadores a los que van normalmente referidos, poco o nada aportan al acervo consuetudino y más que consolidado por la normativa laboral y la jurisprudencia en todos los órdenes.

También se recoge la prohibición de discriminación por motivos ideológicos o creencias religiosas de los trabajadores —en 67 convenios—; por causa de la raza del trabajador —en 59 convenios—, o por orientación sexual —5 convenios, todos de empresa—, siendo ésta la primera vez que se tiene en cuenta en la negociación colectiva la prohibición de discriminación por esta causa.

También son escasas las recepciones sobre prohibición de discriminación a los trabajadores inmigrantes, cuando Andalucía es una de las Comunidades con mayor entrada de trabajadores inmigrantes —en 15 convenios<sup>14</sup>—, o a los trabajadores con discapacidad física o psíquica —en 8 convenios, siendo 6 de empresa—. En este supuesto el tratamiento es más completo pues junto a la interdicción del trato desigual o al establecimiento de una serie de ayudas económicas, otras normas convencionales contienen medidas de protección del empleo sobre todo a favor de los trabajadores de la misma empresa en

<sup>13</sup> R. QUESADA SEGURA, «La negociación colectiva como instrumento normativo para apoyar a las víctimas de violencia de género», en IV Jornadas *Apoyo a las mujeres víctimas de malos tratos desde el ámbito laboral. El derecho a trabajar en igualdad* Granada, 18 y 19 de mayo de 2004

<sup>14</sup> En el ámbito sectorial, el Convenio para las Actividades Agropecuarias de Almería, el de Transporte de viajeros en Cádiz o Limpieza de Edificios y Locales en Sevilla.

caso de incapacidad sobrevenida, normalmente por accidente o enfermedad profesional<sup>15</sup>, para lo cual se prevé la modificación del concreto puesto de trabajo desempeñado hasta ese momento; o bien se establece a favor de este colectivo la reserva de un determinado porcentaje de los puestos de trabajo existentes en la empresa, repitiendo las mismas previsiones legales del art. 38.1 de la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos, si bien en este caso se entiende que el compromiso de contratación no se vería afectado por las excepciones que permite el propio art. 38.1.

Otro grupo de cláusulas son aquellas dirigidas a prohibir la discriminación por razón de edad, —en 41 convenios—. Tema de actualidad como es el de la viabilidad de la jubilación forzosa impuesta a través de convenio colectivo, a la vez que se hacen referencia a otras formas de tratamiento desigual y que van referidas tanto a los más jóvenes como a los mayores, produciendo efectos claramente económicos como los relacionados con la antigüedad o el grupo de ingreso.

Por otra parte también se declara en otro conjunto de reglas convencionales la prohibición de tratamiento discriminatorio de los trabajadores a tiempo parcial y con contrato de duración temporal determinada.

Pero no obstante ello, en el capítulo dedicado al régimen salarial, en no pocos convenios colectivos andaluces se opta por las reglas de diferenciación entre los trabajadores que justifican la disparidad de trato en materia retributiva en base a otras razones que escapan a la clásica distinción por motivos de cualificación o especialización profesional, como son por la edad del trabajador o en función de la fecha de entrada en la empresa.

El establecimiento de las dobles escalas salariales y su posible tacha discriminatoria ya fue solucionado por el Tribunal Constitucional en STC 177/1988 estimando que en las relaciones laborales la existencia de criterios que justifican la disparidad de trato en materia retributiva es algo casi consustancial a las mismas y viene en sí mismo justificado por la autonomía y la negociación colectiva. Si bien reconoce igualmente que «no todo criterio puede ser considerado proporcionado y admisible» —por ejemplo, por razón de sexo—, pero sí en otras ocasiones en las que objetivamente cabe un diferente valor patrimonial de la prestación, factor este que es incluso regulado por el propio Estatuto de los Trabajadores —por ejemplo, los contratos formativos—.

Reglas expresas sobre dichas disparidades se observan en el 10,28% de los convenios vigentes, sin embargo la población afectada por tales convenios se eleva a 25.593 trabajadores y a 1.726 empresas.

Específicamente existen factores diferenciados por razón de la fecha de ingreso en la empresa distintos al propio complemento por antigüedad, es decir, distintos al juego normal del mismo. Y es que factores como la edad, solapan el tratamiento no ya de los menores, sino de modalidades contractuales formativas propias de la población más joven en las

<sup>15</sup> Ejemplo: CC de sector de Montajes de Huelva «todos aquellos trabajadores que por accidente de trabajo o enfermedad profesional con reducción de sus facultades físicas o intelectuales, sufran una capacidad disminuida, tendrán preferencia para ocupar los puestos más aptos en relación a sus condiciones que existan en la empresa, siempre que tengan aptitud para el nuevo puesto. Las empresas cuya plantilla excedan de 50 trabajadores fijos y que de conformidad con el Decreto 2218/70 están obligadas a reservar al menos el 2% de su plantilla a los trabajadores minusválidos, darán preferencia absoluta a los trabajadores a los que se refiere el art. anterior para ocupar dichos puestos de trabajo».

que el legislador ya prevé un diferente tratamiento retributivo. Lo cual también debe considerarse respecto a las partidas extrasalariales o incluso respecto a la exclusión de determinados complementos por razón de la distinta época de prestación del servicio o de las condiciones en que éste se realice.

Dobles escalas salariales también las establecidas en función de la fecha de entrada en la empresa y más allá de la consolidación *ad personam* como complemento de antigüedad para los que acumulan más tiempo en la empresa, persiguen garantizar la proporcionalidad del valor del trabajo tras un proceso de adaptación<sup>16</sup>. Y resulta sorprendente como, por el mero hecho de que la autonomía negocial lo avale, se justifique el establecimiento de estos periodos sin que se discuta una duración que, en cuanto exceda del periodo de aprendizaje —por denominar de alguna forma este tiempo de homologación progresiva— que podría considerarse como periodo objetivo y razonable, pasaría a convertirse en una condición abusiva y en un tratamiento inaceptable por discriminatorio, especialmente cuando en determinados sectores esta práctica afecte de forma generalizada a colectivos concretos, como es el de los inmigrantes. De lo que resultaría que tras las declaraciones programáticas de igualdad de trato y no discriminación por razón de raza o nacionalidad se les asegura un peor trato salarial durante un largo periodo de tiempo —tres años en el ejemplo citado que resulta paradigmático—.

### 3. FLEXIBILIDAD EMPRESARIAL Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Caracterizan los últimos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva la voluntad conjunta de aproximación entre los sujetos negociadores no sólo en la valoración de la situación y en el diagnóstico de las medidas, sino también, en un acercamiento indudable de posiciones, en la asunción de aquellos objetivos cuya defensa ha sido tradicionalmente patrimonio individualizado de cada uno de los interlocutores sociales. Ejemplo de ello se encuentra en la voluntad conjunta de lograr el necesario equilibrio entre la flexibilidad empresarial y la estabilidad en el empleo<sup>17</sup>.

Esta aproximación de posiciones tiene su reflejo en una serie de medidas consensuadas entre las que cabe citar las siguientes: mantener y promover el empleo, especialmente de los colectivos con mayor nivel de desempleo; fomentar la estabilidad del empleo, para garantizar la competitividad de las empresas y la seguridad de los trabajadores; la igualdad de trato y no discriminación y, por último, derechos de información y participación de los representantes de los trabajadores.

<sup>16</sup> Este tipo de cláusulas se localizan en Convenios de sector como Construcción de Huelva, Aceite de Oliva, Extractoras de Orujo y Aderezo de Aceitunas de Málaga... y el de empresa Atlantic Cooper, S.A. del que se reproduce por su claridad su art. 10: «Niveles de entrada: Todo el personal de nuevo ingreso tendrá un periodo de homologación salarial a nivel del puesto de trabajo que desempeñe según las siguientes normas: 1. Durante el primer año percibirá las retribuciones correspondientes a dos niveles por debajo del nivel del puesto; 2. Durante el segundo año percibirá las retribuciones correspondientes a un nivel por debajo del nivel del puesto; 3. Al tercer año de desempeño del puesto de trabajo percibirá las retribuciones correspondientes al nivel del puesto.

<sup>17</sup> J. CRUZ VILLALÓN, «La nueva hornada de Acuerdos Interconfederales» en *Nuevos problemas de la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 124 y 125



Para analizar el cumplimiento de estos criterios generales, dictados como líneas de conducta que deben impregnar toda negociación, buscando alcanzar el resultado previsto más que como cláusulas precisas que deban incorporarse a los convenios colectivos, se han seleccionado una serie de materias unas por su directa relación con el empleo precario: la contratación a través de las Empresas de trabajo temporal, la prueba del trabajador en un periodo de tiempo dilatado, los contratos temporales acomodados a las necesidades de la empresa, el contrato a tiempo parcial. Y otras por su incidencia en la flexibilidad en la organización del trabajo: la distribución irregular de la jornada de trabajo, el horario flexible, las horas extraordinarias, las bolsas horarias, el cambio de funciones entre grupos profesionales, la polivalencia funcional...

Veamos cual ha sido su tratamiento en la negociación colectiva andaluza en vigor en el año 2003:

### 3.1. Reglas sobre temporalidad

#### 3.1.1. *La contratación a través de las Empresas de Trabajo Temporal*

Vía indudable de flexibilización el contratar a los trabajadores a través de una Empresa de Trabajo Temporal: permiten la contratación del trabajador por el tiempo imprescindible, obviando los problemas de selección y formación, sin trámites en la terminación de la relación de trabajo y además, eliminando el procedimiento burocrático ante la Seguridad Social. Por contra, los trabajadores eventuales y fijos-discontinuos e incluso, los trabajadores fijos rechazan generalmente la utilización de esta fórmula de empleo, sobre todo cuando a través de esta vía se cubren los tiempos de trabajo que podrían llenarse con nuevos contratos o mediante la realización de horas extraordinarias.

Sin embargo los convenios colectivos andaluces —un 10, 40% del total de convenios<sup>18</sup>— que regulan esta forma de contratación se refieren principalmente a las condiciones laborales de los trabajadores cedidos más que a cualquier otra circunstancia relacionada con los temas anteriores. La equiparación salarial y la aplicación de buena parte de las normas convencionales de la empresa usuaria por remisión al CC Estatal de ETT, ha justificado un descenso de las reticencias de la representación sindical hacia la utilización de este tipo de empresas, por ello han disminuido de forma muy importante las referencias de los convenios colectivos ya que la mayor parte de los pronunciamientos son remisiones a la normativa vigente y, en determinados casos, a mejorar o ampliar los derechos o niveles de garantía de estos trabajadores: derechos de información de los órganos unitarios o reglas de equiparación general de derechos.

Existe también un número escaso de convenios colectivos —23 convenios lo que supone un 2,78% sobre el total— que establecen limitaciones para la contratación a través de una ETT, haciendo depender su utilización del cumplimiento de determinados requi-

<sup>18</sup> Primando el ámbito sectorial y afectando a un total de 331.008 trabajadores y 53.998 empresas. A nivel interprovincial el alto porcentaje se debe a su inclusión en el único sectorial de tal carácter, el aplicable al personal de la Junta de Andalucía.

sitos<sup>19</sup>. Ningún convenio, sin embargo, se pronuncia sobre la prohibición del uso de trabajadores cedidos en sectores o actividades a los que ha de considerarse como potencialmente peligrosos. Si bien la normativa legal y reglamentaria en el ámbito de la salud laboral y prevención de riesgos ya lo impediría, no estaría de más su reiteración, sobre todo en convenios de sectores como el de la Construcción.

### 3.1.2. *La prueba del trabajador en un periodo de tiempo dilatado*

La negociación colectiva es fuente principal en la configuración de la institución del periodo de prueba, sobre todo porque puede fijar su duración de acuerdo con el art. 14.1 ET. Como ejemplo paradigmático de la relación de dispositividad entre Ley y convenio colectivo, el periodo de prueba aparece recogido en un número importante de convenios colectivos —332 convenios lo que supone un 40% del total de los vigentes—.

En cuanto a su contenido, una parte significativa de convenios reproducen el contenido del art. 14 del ET, lo que significa que se acogen a la regla legal que funciona con carácter supletorio. El resto procede a adecuar el tiempo del periodo de prueba a su particular estructura profesional.

Por lo que resulta regla de flexibilidad, es porque en la propia regulación convencional se establecen dos clases de pronunciamientos referidos al carácter voluntario u obligatorio del mismo. Voluntariedad significa siempre en este caso el reconocimiento de la potestad del empresario de incluirlo en el clausulado del contrato, mientras que para el trabajador sólo tiene efectos en la medida en que expresamente lo acepte, ya que no cabe entender en ningún caso que por esa razón deje de ser exigible para su validez su constancia expresa y por escrito.

En cuanto al carácter obligatorio la mayoría de los convenios exigen la suscripción del periodo de prueba, mientras que un pequeño porcentaje —un 6,05%— deja mayor libertad al empresario para negociar y pactar a nivel individual este tipo de cláusulas.

Importante también la regulación que se hace de las interrupciones contractuales en relación al cómputo de la duración del periodo de prueba. Regla de flexibilidad, ya que el sentido de la misma es garantizar que las interrupciones de la relación de trabajo paralicen igualmente el cómputo del periodo de prueba<sup>20</sup>. De igual forma la referencia del convenio colectivo a la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba es únicamente para declarar que no da derecho a indemnización. Existen excepciones a esta regla si bien la compensación que se prevé se confunde en no pocas ocasiones con la propia de la extinción de la contratación temporal, al computarse también en estos supuestos el ingreso des-

<sup>19</sup> Ejemplo: CC para Manipulado y Envasado de Frutas y Hortalizas de Granada: «En las empresas que tengan contratados trabajadores/as con carácter fijo, fijo-discontinuo o eventuales, sólo se podrán utilizar contratos de puesta a disposición de empresas de trabajo temporal cuando con dichos trabajadores/as, no se pueda cubrir las posibles eventualidades. En parecidos términos en los convenios de empresa Marbella Club Hotel S.A. Parque Isla Mágica S.A. y Hotel Tierra Mar, Matalascañas-Huelva.

<sup>20</sup> Incluso cuando la interrupción se deba a una «situación de IT derivada de accidente de trabajo que afecte al trabajador durante el periodo de prueba» - CC Derivados del Cemento de las provincias de Almería, Granada, Málaga y Sevilla».

de la contratación. Finalmente en algunos convenios colectivos se exige respetar un plazo de preaviso para la rescisión contractual.

### 3.1.3. *Los contratos temporales estructurales*

El RD 5/2001 y más tarde la Ley 12/2001 incorporaron, de acuerdo con la Directiva 99/70 CE una serie de normas dirigidas a garantizar cierto estatuto jurídico de los trabajadores temporales. Buena parte de estas disposiciones se remítan para su concreción a negociación colectiva, de ahí la importancia de su recepción y desarrollo por los convenios colectivos andaluces que generalmente incorporan reglas aplicables indistintamente a todas estas modalidades estructurales.

La referencia a la contratación temporal es extensa en este caso, —364 convenios se refieren a la misma lo que supone el 44,01% del total de los convenios vigentes—, siendo el tema más tratado el de la denuncia del contrato o sus prorrogas.

Reglas de estabilidad en el empleo aparecen recogidas en diferentes convenios si bien en general el número de convenios que las contemplan es escaso, su contenido es importante. Reglas de esta naturaleza son las que fomentan o facilitan la transformación de los contratos temporales en contratos indefinidos, las que garantizan los derechos de información sobre vacantes indefinidas previsto específicamente en el art. 15 ET., las que establecen el procedimiento de conversión de este tipo de contratos en indefinidos, las que prevén un tope máximo de trabajadores temporales o un mínimo de trabajadores indefinidos que se compromete a mantener la empresa, o aquellas destinadas a evitar el uso abusivo de la contratación temporal. Finalmente, aunque de forma minoritaria, existen cláusulas que contienen un reconocimiento de la igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos.

De las modalidades temporales las regulaciones más completas son las que se refieren al contrato por obra o servicio determinado y al contrato eventual, mientras que de los contratos de interinidad y de inserción apenas se establecen datos a resaltar. El primero, pese a su aparición con mayor frecuencia en la regulación convencional, porque las cláusulas que lo contemplan se limita a repetir la definición del art. 15.1 c) ET sin aportar nada nuevo; el segundo porque es una modalidad contractual que tiene muy escaso reflejo en la negociación colectiva andaluza. Bien sea por las peculiares exigencias subjetivas o bien por su relativa reciente introducción legal, lo cierto es que su regulación convencional es ciertamente reducida, tan solo 8 convenios contienen cláusulas sobre esta modalidad contractual. Al menos es un dato que refleja la escasa importancia de esta modalidad contractual, única entre las demás cuya fundamentación es el fomento de empleo y no la naturaleza temporal de la prestación de servicios.

#### *El contrato por obra o servicio determinado*

Corresponde al convenio colectivo la identificación de estas obras o servicios cuya duración, aunque limitada en el tiempo, es en principio incierta.

En cualquier caso el contenido de esta teórica identificación es sumamente variado. Ya que, o bien puede concretarse en una lista cerrada y relativamente corta como números

clausus de supuestos en los que podrá utilizarse —siguiendo la intención de la norma legal reguladora—, o bien se extiende en listas extraordinariamente amplias, lo que incluso podría calificarse como de fraude de ley, al incrementar por esta vía de forma inaceptable los supuestos del contrato temporal<sup>21</sup>, o bien en una genérica remisión a la actividad de campaña, o bien, por último, los que diferencian el objeto del contrato según la actividad desarrollada, incluyendo, en algún caso, referencia específica a los Proyectos de Investigación y Desarrollo.

Este portillo de escape a la inventiva de las partes en la identificación de la obra o servicios objeto del contrato resulta, de esta forma, una práctica peligrosa y contraria al objetivo final de la calidad y estabilidad en el empleo mediante la reducción de la contratación temporal, que se pretende alcanzar en los Acuerdos Interconfederales. Como peligrosa resulta la práctica extendida en determinados convenios colectivos andaluces cuando, utilizando la identificación de la obra o servicio determinado, pretenden introducir de nuevo el ya concluso contrato por lanzamiento de nueva actividad<sup>22</sup>. Conviene recordar como el Tribunal Supremo —sentencia de 23 de septiembre de 2002— en un supuesto similar afirmó que «los negociadores rebasaron las facultades y posibilidades que el legislador concedía. Exceso, tanto más evidente si se toma en consideración que lo pactado en aquel convenio fue volver a dar vida al contrato de lanzamiento de nueva actividad que había sido legalmente erradicado del sistema de contratación temporal por la reforma de 1997».

Entre las materias que por remisión del art. 15 ET corresponden a la negociación colectiva, está la fijación de los periodos máximos de duración del contrato, que deberá ajustarse a las especialidades del sector. En este caso es usual que los convenios fijen duraciones máximas en el sector de la construcción y obras públicas<sup>23</sup>, lo que resulta llamativo es como esta duración excepcional se ha ido extendiendo a otros sectores argumentando una medida de fomento de empleo<sup>24</sup>.

Finalmente existen convenios<sup>25</sup> en donde se prevé la subcontratación a través del contrato de obra o servicio determinado, siguiendo de esta forma la jurisprudencia del TS —en las sentencias de 15 de enero de 1997 y 8 de junio de 1999—.

### *Contrato eventual, por acumulación de tareas o exceso de pedidos*

El contrato eventual es, sin duda, la modalidad más frecuente regulada en los convenios colectivos andaluces —300 convenios lo que representa un 36,28% sobre el total—.

La libertad que otorga el art. 15 ET a los convenios colectivos en esta materia, pese a las modificaciones legales introducidas por la reforma laboral de 2001, produce una amplia diversidad de regulaciones. Un conjunto importante de convenios asume las duracio-

<sup>21</sup> Ejemplo de ello, el CC del Ayuntamiento de San Fernando en Cádiz.

<sup>22</sup> Objeto de este contrato será «el desarrollo, la fabricación de un nuevo producto o la implantación de una nueva línea de producción», CC de Valeo en Ajen o Comercio en General de Málaga.

<sup>23</sup> CC de Construcción y Obras Públicas de las provincias de Cádiz, Córdoba, en donde se fija la duración máxima del contrato en 36 meses o 3 años.

<sup>24</sup> CC de Agencias Distribuidoras Oficiales de Repsol Butano de Málaga.

<sup>25</sup> El CC de Hospitales y clínicas privadas, por ejemplo.



nes máximas permitidas legalmente, sin embargo, también en número considerable, las normas convencionales regulan la duración del contrato aumentando ya sea el periodo de referencia ya la duración máxima del mismo<sup>26</sup>.

De la posibilidad legal se pasa también al ejercicio abusivo de la Ley ya que en dieciocho convenios colectivos se establecen duraciones superiores a los 12 meses<sup>27</sup>. Sorprende además constatar como y pese a lo establecido legalmente, al menos 105 convenios de empresa regulan esta cuestión. Y todos ellos, salvo 41 convenios, fijando una duración tanto del contrato como del periodo de referencia —normalmente de 12 meses en un periodo de referencia de 18 meses—, superior a la establecida de forma supletoria para los convenios sectoriales estatales o en su defecto sectorial de ámbito inferior por el art. 15 ET.

#### 3.1.4. *El contrato a tiempo parcial y fijo-discontinuo*

No existen demasiadas novedades en el tratamiento que realiza los convenios colectivos andaluces acerca del contrato a tiempo parcial. Lo que sí debe destacarse es la ausencia de mención de esta modalidad contractual en los convenios sectoriales de determinadas actividades como la agricultura, las industrias extractivas o la construcción en donde por su propia naturaleza es indudable que se produce.

Mayor tratamiento merece el contrato de fijo discontinuo cuya regulación aparece contemplada en 78 convenios colectivos, y especialmente del sector de actividades agropecuarias<sup>28</sup>, seguido por el sector de Hostelería donde por su carácter es una modalidad contractual especialmente utilizada, mientras que, sorprendentemente, no se recoge su regulación en otros sectores como el de la construcción que igualmente es un ámbito en donde la utilización de los contratos de fijos-discontinuos es frecuente.

### 3.2. Reglas sobre flexibilidad

#### 3.2.1. *Tiempo de trabajo flexible*

Desde la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores se consideró materia propia de la negociación colectiva el determinar la estructura y ordenación del tiempo de trabajo y cada una de las reformas del ordenamiento laboral ha ido unida a modificaciones parciales de los arts. 34 y siguientes del ET y de sus normas de desarrollo bajo una misma

<sup>26</sup> Esta ampliación se ha detectado en 212 convenios colectivos de los 300 que regulan esta modalidad. Y aun más llamativo resulta el hecho de que el 801,7% de los trabajadores y el 95,7% de las empresas de las empresas en cuyos convenios se regula esta modalidad, tengan reglas convencionales sobre la duración de la relación eventual.

<sup>27</sup> CC Derivados de Cemento de Granada, en donde se establece un periodo de duración de 30 meses en un periodo de referencia de 36; Gerencia de Obras y servicios de Marbella con una duración de 18 meses en un periodo de referencia de 24, el CC de Comercialización de Frutas y Verduras de Cádiz, con una duración de 13,5 meses en un periodo de referencia de 18.

<sup>28</sup> En el sector Agropecuario de las Provincias de Almería y Sevilla afectan a 40.000 y 120.000 trabajadores respectivamente.

orientación: reducir las reglas de carácter imperativo, bien por el procedimiento de convertirlas en dispositivas por las partes, o bien, sencillamente por la introducción de nuevas formulas tendentes a procurar una mayor disponibilidad del empresario en la ordenación del tiempo de trabajo. En este sentido la que introduce la compensación por descansos de las horas extraordinarias, como forma alternativa al abono de las mismas en metálico, única vía hasta entonces posible para su compensación —en el RDL 1/1986 de Medidas Urgentes Administrativas, Financieras, Fiscales y Laborales—; o la que promueve la desaparición de los límites diarios —dos al día— y mensuales —15 al mes— de las horas extraordinarias, así como su reducción al límite máximo de ochenta al año; o la que establece la acumulación del descanso semanal en periodos de hasta cuatro semanas cuando la actividad se realice en regimen de turnos —RD 2001/1993 sobre jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos—.

Al mismo tiempo la mayor amplitud en la delegación de la Ley a la negociación colectiva es una manifestación más del importante papel que puede desempeñar la negociación colectiva en la planificación y flexibilización de la relación de trabajo.

De esta forma corresponde a la negociación colectiva la fijación de la duración de la jornada de trabajo, su computo anual, la distribución irregular de la misma a lo largo del año, el prescindir del tope legal de las nueve horas diarias de jornada ordinaria —lo que a su vez permite alterar el régimen de las horas extraordinarias—, la forma de retribución de las horas extraordinarias —si mediante compensación por tiempo de descanso o por remuneración económica— así como la duración y planificación de las vacaciones anuales.

Si las normas legales de ordenación del tiempo de trabajo se ordenan hacia parámetros de mayor flexibilidad, la negociación colectiva potenciada bajo esos principios, deberá sin duda responder a esos mismos planteamientos y esencialmente en materia de tiempo de trabajo que tradicionalmente le ha sido propia y donde ahora y de forma muy concreta, la Ley le atribuye un más amplio espacio de acción.

No obstante puede afirmarse que, en general, la negociación colectiva andaluza no regula esta materia, o cuanto menos, lo hace sin aprovechar las oportunidades que la Ley le brinda.

De estas diversas formulas para introducir elementos de flexibilidad en la utilización del tiempo de trabajo, la de mayor incidencia es la relativa a la distribución irregular de la jornada, pero tan solo los convenios que la contemplan representan un 18% sobre el total, y va disminuyendo en los sucesivos trimestres de 2003. Esta distribución irregular de la jornada se contempla fundamentalmente a nivel sectorial y ello se combina bien en aquellos sectores cuyas características definitorias aconsejan dicha distribución<sup>29</sup>.

La regulación de la distribución irregular a nivel sectorial se realiza en dos planos de intensidad distintos. O como formula meramente declarativa como opción posible que puede establecerse y desarrollarse en los convenios de empresa; o, de forma más importante, mediante el establecimiento de instrumentos precisos para llevarla a cabo, como por ejemplo sería la acumulación de festivos y descansos y la constitución de bolsas horarias que permita al empresario disponer de la jornada pactada y en consecuencia, alterar tanto el horario como el calendario.

<sup>29</sup> CC de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería: art. 5: «se pacta la distribución irregular por las especiales condiciones del sector»

No obstante el descanso semanal y los festivos acumulables sólo aparecen en el 2,42% de convenios, mientras que la bolsa horaria a disposición del empresario tan sólo en el 1,69% de los convenios.

En cuanto al horario, tema que si se recoge prácticamente en todos los convenios colectivos, la tendencia general de la negociación colectiva es a considerar que su fijación corresponde al poder de organización del empresario y por tanto le compete de forma exclusiva. Lo que es sin duda una importante fórmula de ampliar la disponibilidad empresarial sobre el tiempo de trabajo. En cuanto al horario flexible, los convenios colectivos, aunque no en una proporción muy elevada, lo regulan. El hecho de que esta modalidad no esté prevista en el Estatuto de los Trabajadores, otorga a los negociadores un amplio margen de acción, si bien la regla general es reconocer la libertad de los trabajadores para elegir horario fuera de las horas obligatoriamente fijadas.

### 3.2.2. *Reglas sobre otras formas de organización del trabajo: la polivalencia funcional y el teletrabajo*

#### *La polivalencia funcional*

Es esta una medida flexibilizadora por excelencia. Desde que la primer redacción del Estatuto de los Trabajadores, y las reformas que le siguieron, la tendencia es por la flexibilización del objeto del contrato a través de la transformación de las estructuras profesionales ordenadas según categoría al más amplio concepto de grupo. Complementaria de esta medida, pero de mucho más calado, por cuanto que destinado a la autonomía individual, el pacto de polivalencia permite dispositivizar las reglas sobre movilidad funcional al poderse contratar al trabajador para realizar funciones de distinta categoría o grupo profesional, de ahí la necesidad de que también se retribuya de manera específica, ahora si a través de la negociación colectiva.

Sólo 26 convenios y todos de ámbito de empresa regulan esta figura, siendo además en su mayoría empresas públicas.

#### *El teletrabajo*

Pese al interés expreso del ANC-2003 por transmitir a sus organizaciones federadas la regulación del teletrabajo como una forma de organización del trabajo esencialmente útil en determinadas actividades profesionales, el teletrabajo tan sólo es regulado en nuestra comunidad por un único convenio, el de la empresa provincial de recaudación e informática que afecta a 207 trabajadores en la provincia de Córdoba, cuyo contenido es además realmente breve ya que se limita a afirmar que la empresa «podrá pactar a nivel individual con cada trabajador, la realización de funciones propias de la actividad fuera de sus instalaciones, mediante el sistema de teletrabajo». A ello se une el «compromiso por parte de la dirección para estudiar las posibilidades de implantación del teletrabajo», para lo cual anuncia la realización de una encuesta a fin de conocer el grado de aceptación de este sistema de trabajo entre los trabajadores.

#### 4. EMPLEO

El ANC-2003 realiza una valoración sobre la situación del empleo en nuestro país para concluir confirmando que se ha producido una reducción del ritmo de creación de empleo respecto al año anterior debido al menor crecimiento económico que ha afectado fundamentalmente al empleo temporal y especialmente a los jóvenes. No obstante, el diagnóstico no es excesivamente pesimista al señalar que el año finalizó con un nuevo repunte de empleo, que se atribuye en gran medida a los compromisos asumidos en el ANC del año anterior.

Para continuar en esta línea de mejora en su capítulo V se establecen entre otros los siguientes objetivos: a) el mantenimiento del empleo y la promoción del mismo, especialmente en aquellos colectivos con mayor índice de desempleo como son las, mujeres y los jóvenes; b) el fomento de la estabilidad del empleo como garantía de competitividad para las empresas y de seguridad para los trabajadores; c) el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo así como la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; d) el equilibrio entre flexibilidad y seguridad; e) la incidencia de las tecnologías de la información; f) el desarrollo de instrumentos de información y de análisis para favorecer la adecuada adaptación a los cambios productivos, así como para el seguimiento de lo pactado en la negociación colectiva.

Estos objetivos están llamados a proyectarse y ser asumidos en los convenios colectivos, que de esta manera «han de desempeñar un importante papel en el ámbito de las competencias establecidas en la normativa laboral para adaptar formulas y concretar determinadas medidas que contribuyan decididamente al fomento del empleo».

Por su parte, en nuestra comunidad autónoma es la competitividad y el empleo los temas prioritarios de los «Acuerdos de Concertación en Andalucía», suscritos entre la Junta de Andalucía, la CEA, CCOO Andalucía y UGT Andalucía. En estos Acuerdos se establecieron determinadas directrices sobre el tratamiento que debían seguir los convenios colectivos en materia de empleo, lo que se plasmó en el documento llamado «Recomendaciones sobre negociación colectiva y medidas de fomento del empleo» y firmado por estas mismas organizaciones sindicales y empresariales.

Por otra parte, en los Programas de políticas de empleo cuyo desarrollo compete a las administraciones públicas se encuentran diferentes remisiones a la negociación colectiva, lo que en definitiva supone la creación de un compromiso de actuación conjunta entre las administraciones públicas y la autonomía colectiva. En este sentido el V Acuerdo de Concertación Social para Andalucía de 23 de mayo de 2001, estableció una serie de programas de políticas activas de empleo<sup>30</sup>, en los que se contienen remisiones a la negociación colectiva a fin de canalizar las ayudas para la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos a tiempo completo.

Veamos como todo ello se ha traducido en la negociación colectiva en vigor. La primera consideración es constatar como efectivamente la negociación colectiva andaluza re-

<sup>30</sup> Decreto 141/2002 de 7 de mayo, sobre Incentivos, Programas y Medidas de Fomento a la creación de Empleo y al Autoempleo.

coge en un número importante de convenios —el 74,59% sobre el total— esta preocupación y realiza declaraciones sobre la necesidad de que la negociación colectiva contribuya directamente al fomento del empleo. Lo negativo es que, no obstante y al igual que sucedía anteriormente, este tipo de cláusulas sigue adoleciendo de un excesivo carácter programático, sin que lleguen a configurar un modelo cohesionado de ordenación del empleo a través de las normas convencionales. Y es que falta un tratamiento sistemático del tema que, bajo un epígrafe común, reúna las reglas sobre empleo. Por el contrario, lo usual es que en los convenios colectivos las cláusulas sobre empleo aparezcan dispersas en otras materias como las que se refieren a modalidad de contratación o a jubilación.

Pero en este aspecto la negociación colectiva andaluza no es singular, la generalidad de los convenios en vigor en España adolece de igual falta de tratamiento e interés por un tema como el del empleo, pese a la política defendida por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y pese al contenido de los Pactos y Acuerdos Interconfederales suscritos por las mismas.

En cuanto al contenido de esta materia en los convenios colectivos andaluces se distinguen aquellos que se limitan a efectuar meras declaraciones genéricas, hasta aquellos otros que introducen medidas específicas para el mantenimiento del empleo o su promoción.

En términos generales es evidente el carácter marginal de aquellas regulaciones que asumen el establecimiento de planes de empleo o efectúen previsiones de posibles acciones poner en práctica para el desarrollo de aquellas políticas de empleo que respondan eficazmente a los requerimientos de los respectivos ámbitos de la negociación. Como tampoco es habitual el establecimiento de procedimientos para hacer efectivos los compromisos suscritos, ni se prevé su seguimiento, por lo que en el caso en que se implanten medidas de esta naturaleza, se desconoce el grado de eficacia de éstas.

#### 4.1. Reglas sobre el mantenimiento del empleo

En cuanto a su contenido, generalmente estas reglas son de carácter preventivo, por tanto, su objetivo directo es garantizar el empleo existente y para ello articulan una serie de medidas para evitar su destrucción mediante la introducción de cláusulas que permitan la planificación de las acciones que deben llevarse a cabo para la conservación de los puestos de trabajo que puedan verse destruidos por la aparición de determinadas situaciones que afecten a los trabajadores, bien sea porque se produzca una disminución de su capacidad física, o de sus aptitudes y titulaciones, bien porque se den otras situaciones objetivas.

En este sentido se pueden distinguir las cláusulas que contienen garantías individuales dirigidas a conservar el empleo de aquellos trabajadores que por diferentes circunstancias de manera transitoria o permanente hubiese quedado reducida su aptitud profesional —retirada del carnet de conducir e incapacidad sobrevenida—, procurando su reubicación provisional, o la incorporación del trabajador a un nuevo puesto de trabajo acorde con su capacidad física, manteniendo sus derechos correspondientes al anterior puesto de trabajo. Y aquellas otras que contienen garantías colectivas, cuya finalidad es la conservación del volumen de la plantilla. Compromiso que puede incluir no sólo la conservación de la plantilla ya existente, sino también la posibilidad de nuevas incorporaciones para la cobertura de las bajas que se pudieran producir hasta la finalización del convenio colectivo.

De igual naturaleza son aquellas otras cláusulas que contienen previsiones relativas a la subsistencia y continuidad de los contratos de trabajo en los supuestos de cambio de titularidad de la empresa. En realidad lo que se contempla en estas disposiciones convencionales es el supuesto de cambio de titularidad en las empresas concesionarias de servicios públicos, y es que en estos casos no opera de forma automática la subrogación empresarial en los términos del art. 44 ET, sobre todo cuando se trate de una mera continuación en el tiempo y sin solución de continuidad de la ejecución de una actividad —STS de 12 de marzo 1997—, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, como se recordará exige, para que tenga lugar la subrogación de acuerdo con el art. 44 ET, la necesidad de que así se imponga en el pliego de condiciones administrativas, supuesto único que vincularía *ex lege* al nuevo concesionario —STS de 5 abril 1993—, salvo que tal subrogación viniera establecida por la autonomía colectiva en los supuestos y ámbitos de aplicación establecidos por la misma —STS de 29 noviembre 1994—.

El tratamiento que a este tema dan los convenios colectivos andaluces es establecer una cláusula de garantía mediante la cual la nueva empresa concesionaria del servicio se compromete a mantener a la totalidad de la plantilla. Procedimiento de garantía del empleo que debe contemplarse con cautela ya que su consecuencia no es otra que la del establecimiento por la vía del convenio colectivo de cláusulas condicionantes para potenciales terceros. Y ello porque los sujetos negociadores han venido a reforzar tales garantías regulando no solo la subrogación con carácter automático, sino también las condiciones en las que la misma ha de tener lugar, a fin de salvaguardar los derechos sociales y económicos de los trabajadores y para ello estas cláusulas extienden su obligación no solo a las partes que directamente han suscrito el convenio, sino a todas aquellas empresas que estén o que puedan estar incluidas en el ámbito funcional del convenio y durante todo el periodo de su vigencia<sup>31</sup>

#### 4.2. Reglas sobre distribución del tiempo de trabajo

Otro tipo de medidas de fomento de empleo y que también aparecen recogidas en la negociación colectiva andaluza es la del reparto del empleo a través de distribución del tiempo de trabajo. Debe recordarse que esta es una antigua y muy querida propuesta europea, recogida con entusiasmo en países como Francia, de la que partió, y Alemania, y que cuenta desde siempre con el respaldo sindical. En el ANC-2002 se dice «...la gestión del tiempo de trabajo, la duración y la distribución de la jornada son elementos fundamentales para contribuir a una mejor evolución del empleo...».

En la negociación colectiva andaluza las cláusulas que tratan el tiempo de trabajo como forma de fomento de empleo se concretan en las siguientes medidas: la prohibición del pluriempleo, la supresión o reducción de las horas extraordinarias, y el fomento de la jubilación parcial y el contrato de relevo.

Los pactos contra el pluriempleo impiden que un mismo trabajador pueda compatibilizar más de un puesto de trabajo. Jurídicamente las cláusulas que prohíben el pluriempleo

<sup>31</sup> Todos los convenios colectivos provinciales del sector de Limpieza de Edificios y Locales

pueden considerarse como pacto de exclusividad sin retribución específica e impuesto por el convenio colectivo. Los convenios colectivo cuando establecen este tipo de cláusulas prohibitivas suelen establecer igualmente la forma de controlar su cumplimiento, atribuyendo tal obligación al empresario y a los representantes de los trabajadores, el primero porque debe suministrar toda la información sobre los contratos de trabajo realizados y las altas y boletines de cotización a la Seguridad Social de cada trabajador, los segundos porque deben realizar la función de control y vigilancia correspondiente.

En cuanto a las horas extraordinarias, su regulación convencional viene marcada por una declaración de principios, congruente con la actual política de reparto del empleo, sobre su reducción o supresión. Pese a ello la regulación de las horas extraordinarias continúa formando parte de manera significativa, de los convenios colectivos —en un 31,08% de los mismos—.

En general la negociación colectiva andaluza se mantiene en el ámbito de los principios más que en el establecimiento de medidas concretas dirigidas a la supresión de las horas extraordinarias y pese a que se conectan tales medidas con políticas de empleo, lo usual es no concretar ni establecer instrumentos específicos para ello.

Por otra parte la limitación de las horas extraordinarias a las que se refieren los convenios son las que técnicamente se conocen como habituales, por ello se exceptúan las que son de naturaleza estructural o las debidas a fuerza mayor. Por ello también resulta común el que en los convenios colectivos se definan las horas extraordinarias estructurales, para a continuación someterlas a un control a posteriori de los representantes de los trabajadores. Por contra están las reglas que muestran su preferencia por la compensación económica —y en este caso aplicando porcentajes superiores al establecido para la hora ordinaria— más que por su compensación en tiempo de descanso.

Respecto a las reglas, no demasiado numerosas, que buscan la creación de empleo neto mediante la supresión de las horas extraordinarias habituales, el procedimiento que se sigue es el de hacer depender su desaparición de la existencia o no de otros factores. Si bien, excepcionalmente existen convenios colectivos que prohíben totalmente la realización de tales horas.<sup>32</sup>

En cuanto a la jubilación como medida de fomento de empleo se utiliza en la negociación colectiva bajo dos aspectos: por una parte la jubilación parcial y el contrato de relevo —generalmente se reproduce el art. 12.6 ET, sin mayores especificaciones o si las hay es para fijar el periodo de preaviso de un mes con el que el trabajador que lo solicite deberá ponerlo en conocimiento de la empresa—. Por otra la jubilación forzosa y el contrato de sustitución.

La jubilación obligatoria vía negociación colectiva plantea el problema de su dudosa legalidad a partir de la derogación de la disposición adicional décima del ET y en consecuencia de la falta de capacidad para disponer en esta materia por parte de la autonomía colectiva. Pese a ello, la negociación colectiva andaluza recoge cláusulas de jubilación obligatoria, aunque sea en un porcentaje mínimo de convenios.

Medida similar pero menos traumática consiste en la promoción de la jubilación voluntaria a partir de los 60 años mediante la correspondiente compensación económica. En general el modelo que se mantiene en este grupo de convenios supone un adelantamiento

<sup>32</sup> Convenio colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Cádiz.

de la jubilación opcional para el trabajador, pero obligatoria para el empresario su aceptación, como obligatorio es igualmente la sustitución del trabajador jubilado por un demandante de empleo.

#### 4.3. Reglas de fomento real del empleo

En tercer lugar se encuentran aquellos convenios que contienen cláusulas que implican el fomento real del empleo, por ejemplo, a través de la cobertura obligatoria de vacantes. Tratamiento más novedoso, los que establecen planes coordinados de empleo en los que se prevén una serie de medidas con el objetivo no solo de evitar la destrucción de los puestos de trabajo sino también su promoción e incremento real. Por ejemplo, mediante la creación de comisiones «ad hoc»<sup>33</sup>, o la adopción de compromisos específicos de creación de empleo dirigidos al incremento real de las plantillas, numérica o porcentualmente.

En cuanto a la utilización por la negociación colectiva de los incentivos autonómicos a la creación de empleo previstos en el Decreto 141/2002, de los que se pueden citar a título de ejemplo las ayudas por la contratación bajo la modalidad de fijos-discontinuos, (cuando se prevea en el correspondiente convenio colectivo); o la excepción a la regla general de que existirá bonificación o subvención a la transformación de contratos de duración temporal determinada en indefinidos a tiempo completo solo durante los seis meses posteriores a la entrada en vigor del Decreto, (en los casos en que así se contemple en el convenio colectivo), sólo puede afirmarse su práctica inaplicación. Quizá porque todavía no ha transcurrido el tiempo preciso o quizá porque el ritmo innovador de los sujetos colectivos suele ser lento y muchas veces lastrado por los temas que en realidad interesan a los miembros de la mesa de negociación ajenos a las grandes líneas de la política sindical, lo cierto es que la negociación colectiva andaluza contiene escasos pronunciamientos sobre esta materia, y cuando los hace, suelen ser básicamente de remisión o anuncio sobre la existencia de normativa específica así como del compromiso de las partes de buscar en las mismas la financiación y la orientación.

### 5. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales deja bien claro, desde su propia Exposición de Motivos que la relación que se establece entre esta Ley y el convenio colectivo es una relación de complementariedad, y que por tanto, las normas contenidas en esta Ley son siempre normas mínimas y por ello siempre mejorables mediante pacto colectivo, sin olvidar que en determinadas materias la propia Ley abre amplios espacios a la negociación colectiva como sucede en todo lo referente a la organización y funciones de la representación de los trabajadores.

<sup>33</sup> CC Industria del aceite y sus derivados y aderezo y relleno de aceitunas de la provincia de Jaén, en donde se crea una comisión de empleo para estudiar la organización del trabajo en las almazaras.

Y es que esta Ley no concibe la negociación colectiva como un factor de flexibilidad y adaptabilidad, sino que vincula el propio acuerdo social a la consecución de sus fines de protección de la prevención de riesgos en el trabajo. Es por esto que los convenios colectivos asumen una función normativa de complemento o mejora de la regulación legal.

La negociación colectiva se configura de esta forma como un instrumento eficaz e imprescindible para mejorar las condiciones de trabajo, la seguridad y bienestar en el mismo, permitiendo ajustar las normas legales a las especificidades propias de acuerdo con los sectores productivos o actividades concretas desarrolladas en las empresas.

De manera expresa la Ley de Prevención remite a los convenios colectivos el establecimiento de reglas en esta materia sobre la participación y representación de de los trabajadores, permitiendo la creación de órganos específicos de representación así como la posibilidad de establecer ámbitos de actuación distintos a los del centro de trabajo.

En materia de prevención de riesgos en el trabajo el ANC/2002 recomendó su tratamiento en convenio colectivo de ámbitos territorial y sectorial superior. Los temas recomendados para su tratamiento en tales ámbitos fueron los siguientes: la evaluación de riesgos; el crédito horario de los delegados de prevención y la constitución en los convenios colectivos de comisiones paritarias *ad hoc*; la formación de los trabajadores en esta materia; la designación de los delegados de prevención y los criterios de cooperación en la aplicación y fomento de las medidas de prevención.

El ANC/2003, concreto los objetivos de la negociación colectiva en esta materia mediante una serie de recomendaciones dirigidas a fomentar la cultura preventiva: «resulta de utilidad que desde el ámbito sectorial se identifiquen los déficits y necesidades en materia de prevención de riesgos laborales a partir de un diagnóstico de la situación... de programas de actuación y seguimiento de la integración y desarrollo de la prevención de riesgos laborales en las empresas».

Veamos como se han recogido todas estas previsiones en la negociación colectiva andaluza:

En primer lugar debe destacarse la amplia recepción de las cláusulas de salud laboral, ya que el 85% de los convenios sectoriales contienen alguna referencia a esta materia—.

Sin embargo, son frecuentes las declaraciones genéricas, o la reproducción en iguales o similares términos de las reglas contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, singularmente de su art. 15 que integran el deber general de prevención.

En cuanto a las cláusulas con contenido concreto se puede hacer la siguiente clasificación:

### 5.1. Planes de prevención en la empresa

Materia importante y novedosa en el momento de aprobación de la Ley de Prevención fue la de los Planes de prevención que debían formar parte del proyecto empresarial desde su propia constitución, con la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo y su actualización periódica a medida que se alteren las circunstancias, la ordenación de un conjunto coherente y globalizador de medidas de acción preventiva adecuadas a la naturaleza de los riesgos detectados y el control de la efectividad de dichas medidas.

Pues bien, en este punto los convenios colectivos andaluces ofrecen un déficit de tratamiento alarmante respecto a la media nacional. Tan sólo un 15% de los andaluces contienen un Programa de Prevención de Riesgos frente al 44% que ofrece la media nacional.

En cuanto a otra materia importante dentro del capítulo de la salud laboral como son las medidas preventivas específicas recogidas en la negociación colectiva, se advierte de nuevo que en los convenios colectivos andaluces son muchas las referencias genéricas a la obligación empresarial de proporcionar a los trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones<sup>34</sup>, y no obstante, apenas aparecen referencias concretas a los equipos de protección colectiva, aunque resultan reseñables aquellos convenios que si las recogen<sup>35</sup>.

## 5.2. Protección de los trabajadores calificados como grupos especiales de riesgo

En cuanto a la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos a los que la Ley de Prevención dedica un tratamiento específico, el análisis de la negociación colectiva andaluza revela que un total de 91 convenios contienen alguna previsión en relación con la protección de estos trabajadores que, por sus propias características personales, resultan especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo. Así los convenios andaluces muestran en general una preocupación creciente por la protección del embarazo y la maternidad. Si bien, no siempre consideran que el cambio de puesto de trabajo sea un derecho de la trabajadora que deba reconocerse de forma automática, al hacerlo depender de la decisión del Comité de Seguridad y Salud en algunos casos, o incluso por la Dirección y el Comité de Empresa en otros.

Por lo demás existen ejemplos escasos de protección a los menos de dieciocho años —y cuando lo hacen es para reproducir las normas protectoras del menor en el Estatuto de los Trabajadores<sup>36</sup>—, ni respecto a los trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal.

Es más, lo que sí resulta frecuente en la negociación colectiva andaluza, al igual que en la nacional por cierto, es la inclusión de cláusulas que tratan de compensar económicamente la exposición a agentes tóxicos o peligrosos durante la prestación laboral<sup>37</sup>. Olvidando que el derecho a la salud y a la integridad no puede mercantilizarse. Otras veces como mecanismos de compensación de la exposición prolongada al riesgo es posible encontrar derechos de reducción de jornada o, incluso, reducción de la edad de jubilación<sup>38</sup>.

## 5.3. Vigilancia de la salud

Una de las novedades introducidas por el ANC/2003 fue el del tratamiento de la vigilancia de la salud. En este Acuerdo se recomienda la distinción entre los llamados reconocimientos generales, con escaso valor preventivo, de aquellos otros que se orientan a los riesgos específicos del puesto de trabajo.

<sup>34</sup> CC del Personal Laboral de la Diputación Provincial de Sevilla

<sup>35</sup> CC de la empresa de limpieza LIPASAM S.A. de Sevilla

<sup>36</sup> CC provincial de Hostelería de Cádiz

<sup>37</sup> CC del Personal Laboral de la Diputación Provincial de Sevilla

<sup>38</sup> CC de la gerencia Municipal de urbanismo de Huelva

Este si es un tema recogido de forma generalizada por la negociación colectiva andaluza ya que casi el 60% de los convenios contienen alguna referencia a la vigilancia de la salud.

Sin embargo, de nuevo, se trata en su mayoría de cláusulas de poco contenido o con finalidad distinta a la mantenida por el ANC/2003, ya que lo más frecuente es que se establezca la voluntariedad de los reconocimientos médicos con carácter periódico, aunque resulten obligatorios en el momento de la admisión, así como la gratuidad de los mismos, incluyendo los gastos de desplazamiento cuando éstos sean concertados con organismo o Mutua correspondiente y en horas de trabajo.

Existen excepciones, sobre todo en el ámbito empresarial, a los reconocimientos médicos de carácter específico para el puesto de trabajo<sup>39</sup>.

#### 5.4. Derechos de los trabajadores: formación e información

En el ANC/2003 se califica la formación en materia de prevención de riesgos como «una de las herramientas más adecuadas para fomentar la cultura preventiva y los cambios actitudinales», por ello se recomienda que en los convenios colectivos de ámbito sectorial o inferior, se incluya el contenido de la formación específica según los riesgos 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.

Una vez más, los porcentajes referidos a la negociación colectiva andaluza se encuentran por debajo de la media nacional. Casi un 20% de los convenios colectivos andaluces contienen cláusulas de esta naturaleza frente a un 38,70% de la negociación colectiva nacional.

Las cláusulas más frecuentes se refieren al derecho de los trabajadores a recibir cursos de formación en tiempo computable como horas de trabajo o compensables económicamente o en descansos. En algunos supuestos se incide en el carácter práctico que debe tener la formación, haciendo especial referencia al personal de nuevo acceso o aquel que cambie de puesto de trabajo o que tenga que aplicar nuevas técnicas. Importantes aquellas cláusulas que tratan de incentivar formas activas de participación individual de los trabajadores en la prevención de riesgos en la empresa<sup>40</sup>.

#### 5.5. La representación de los trabajadores en la empresa

La representación de los trabajadores es una de las materias que la LPRL remite expresamente a la negociación colectiva, permitiendo que se establezcan por la vía conven-

<sup>39</sup> Ejemplo de ello el CC del Ayuntamiento de Punta Umbría en Huelva en el que se prevé una vigilancia de la salud dirigida a detectar precozmente posibles daños originados por los riesgos a que esté expuesto cada uno de los trabajadores: o CC de la empresa Beldela, S.L. de Granada en el que se prevén revisiones oftalmológicas para los trabajadores que desarrollen su prestación de servicios frente a pantallas de ordenador.

<sup>40</sup> CC de la empresa Siderúrgica Sevilla S.A., crea un premio de carácter económico, en especie, que se abonará por semestres vencidos a los trabajadores que hayan colaborado más en la prevención de accidentes laborales.

cional entre otras materias, la posibilidad de acordar la creación de un órgano específico de representación de los trabajadores con funciones únicamente relacionadas con la prevención de riesgos y la seguridad y salud laboral, u otros sistemas de designación de los delegados de prevención, siempre que se garantice su elección por los demás representantes unitarios o por los trabajadores directamente del centro de trabajo o la empresa; aumentar las funciones de los representantes o incrementar el crédito horario correspondiente.

En general, la negociación colectiva andaluza aporta poco en esta materia. Se vuelven a repetir las previsiones legales en cuanto a la elección del delegado de prevención y en cuanto a sus competencias y funciones. Lo que sí se regula es el crédito horario de los delegados de prevención que se amplía en un 8,94% de los convenios colectivos andaluces.

Otra materia destacada ya en el ANC/2002 es la creación de otros posibles órganos de representación en materia de Seguridad y Salud Laboral. En este sentido existe un ejemplo notable en la negociación colectiva andaluza, se trata de la figura del Delegado Territorial de Seguridad y Salud Laboral previsto en el Convenio provincial del Campo de Sevilla, en el que se prevé igualmente la creación de un Comité de Delegados Territoriales de Prevención de Riesgos Laborales para el sector agrario de la provincia.

En cuanto al Comité de Seguridad y Salud, órgano especializado, paritario y colegiado de participación, el tratamiento en la negociación colectiva andaluza es igualmente escaso. Las cláusulas que se refieren a este órgano suelen contener modificaciones respecto a su composición, o relativas a sus funciones, como por ejemplo, las de organizar campañas de sensibilización y formación de los trabajadores, la de actualizar las normas internas de prevención de la empresa a los cambios legislativos que se produzcan. O la más dudosa de promover la paralización provisional del trabajo en caso de riesgo grave o inminente. Conviene hacer una breve reflexión sobre el contenido de estas cláusulas, pues ello significa que se reconoce a este órgano paritario una función que el art. 21.3 LPRL asigna a la representación unitaria por acuerdo mayoritario o en su caso a los delegados de prevención igualmente mediante acuerdo mayoritario; con esta regla se está volviendo a la previsión del art. 19.5 ET que asignaba esta función al «órgano especializado» haciendo referencia con ello al Comité de Seguridad e Higiene, anterior, o al Comité de Seguridad y Salud tras la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En su momento consideré<sup>41</sup> que el régimen establecido en el art. 21.3 de la Ley de Prevención contemplando el mismo supuesto de hecho del art. 19.5 ET, párrafo segundo, lo superaba tanto en el procedimiento establecido para la adopción del acuerdo de paralización, más simple e inmediato, como en la titularidad de los sujetos que podían acordarlo, por lo que en definitiva consideraba que el art. 19.5 ET debía considerarse derogado implícitamente por la Ley de Prevención. En todo caso, la disposición Derogatoria Unica de la Ley especial así lo hace respecto a toda disposición «en lo que se oponga a la presente Ley».

<sup>41</sup> R. QUESADA SEGURA, *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 69 y 70



## EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO

CARMEN SÁEZ LARA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Córdoba

### EXTRACTO

El control de legalidad del convenio, cuyo fundamento se encuentra en el Estado de Derecho y en el derecho a la tutela judicial efectiva, ha ido evidenciando en su puesta en práctica los defectos consustanciales a un modelo de control, articulado sobre el llamado control abstracto, que puede llegar a ignorar el carácter contractual o si se quiere transaccional del convenio y los propios intereses colectivos a los que sirve el poder de regulación colectiva de las relaciones laborales (Art. 37.1 CE), y, de otra parte, las carencias vinculadas a un control aplicativo, articulado por la vía de procesos individuales a través de los que se puede lograr indirectamente afectar al convenio, a través de una vía procesal inadecuada, que no permite la defensa de todos los intereses legítimos afectados.

El control judicial de la legalidad del convenio colectivo no puede ignorar el «cuerpo» de contrato, de pacto, de transacción, del convenio, no puede desconocer el equilibrio de intereses colectivos de trabajadores y empresarios que todo pacto implica.

Además, este control debe realizarse partiendo de una interpretación del convenio, que lo configure como el principal instrumento de regulación de las relaciones laborales, y no en el marco de una interpretación del mismo que entienda delimitado legalmente su ámbito de actuación.

El ámbito de actuación del convenio como principal instrumento de regulación de las relaciones laborales no viene definido por la Ley, sencillamente porque el poder normativo autónomo no es un poder delegado del poder legislativo sino originario y consustancial a un Estado Social, fundado sobre el pluralismo social y jurídico (Art. 37.1 CE, en relación con el Art. 1.1CE y el Art. 7 CE).

Distinto es que el producto de este poder se inserte en el Ordenamiento jurídico, que es único, en relación jerárquica con la Ley, que podría, siempre dentro del marco constitucional, establecer legítimamente límites expresos (ya sean procedimentales o de contenido) al convenio colectivo.

En el marco de esa interpretación sobre las relaciones ley-convenio finalmente, el control judicial debe enjuiciar los límites de la libertad de negociación valorando o ponderando también las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles.

## ÍNDICE

1. EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO: CONSIDERACIONES GENERALES
2. LA LEGITIMACIÓN PARA INSTAR EL CONTROL JUDICIAL DE LEGALIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO
  - 2.1. La falta de legitimación del trabajador para impugnar un convenio colectivo
3. EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO: SUPUESTOS ESPECÍFICOS
  - 3.1. Control de legalidad formal o procedimental del convenio
    - 3.1.1. Incumplimiento de las previsiones legales sobre la estructura contractual: art. 84 let
  - 3.2. control de legalidad de contenido del convenio colectivo.
    - 3.2.1. Control de legalidad de las cláusulas sobre contratación
    - 3.2.2. Control de legalidad de las cláusulas de doble escala salarial
    - 3.2.3. Control de legalidad de las cláusulas de jubilación forzosa
4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

## 1. EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL CONVENIO: CONSIDERACIONES GENERALES

El convenio colectivo al igual que todas las normas y todos los actos jurídicos ha de estar sometido a un necesario control judicial<sup>1</sup>. El fundamento del control judicial del convenio colectivo no es otro que el propio Estado de Derecho, por lo que la afirmación de la necesidad del mismo resulta indubitada<sup>2</sup>.

Las formas concretas de este control del convenio colectivo, pueden ser, en principio, dos: el llamado control abstracto o directo y el control aplicativo o indirecto.

El primero, el llamado control abstracto o directo, es el control propio de las normas jurídicas, cuya finalidad es la depuración del ordenamiento jurídico de aquellas normas ilegales. Su finalidad es, en suma, alcanzar la pureza del ordenamiento jurídico.

El efecto derivado de la estimación de la eventual demanda de impugnación será la nulidad total o parcial del convenio colectivo.

El segundo, el llamado control aplicativo o indirecto, se desarrolla sobre actos concretos de aplicación del convenio colectivo. En el mismo, el órgano judicial conoce de una pretensión de inaplicación de una cláusula convencional, en defensa de derechos o intereses particulares.

El efecto derivado de la estimación de la eventual demanda será la inaplicación de la cláusula del convenio colectivo.

Entre nosotros, la determinación de las vías de control judicial de los convenios colectivos hasta la configuración del actual modelo ha seguido un camino accidentado, en el que la labor de construcción judicial y doctrinal ha sido muy importante.

El legislador estatutario de 1980, en el diseño del modelo de control judicial del convenio colectivo, optaría, como en tantos otros temas, por el continuismo con la etapa precedente, adoptando las técnicas de fiscalización propias de las normas estatales, es decir el control abstracto de legalidad<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr., MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, «La impugnación de los Convenios Colectivos de Trabajo», en Cívitas, *REDT*, 24/1985.

<sup>2</sup> Sobre los antecedentes históricos y el significado actual de este control, R. M.ª PÉREZ YÁNEZ, *El control judicial de los pactos colectivos*, CES, 1997.

<sup>3</sup> Ampliamente sobre este tema cfr. nuevamente R. M.ª PÉREZ YÁNEZ, *op. cit.*, pág. 103.

En la vigente regulación (Art. 90.5 ET y Arts. 161 a 164 LPL) el control abstracto de legalidad puede ser articulado, tanto a través de la impugnación directa por la Administración Laboral como de la impugnación directa por los sujetos colectivos interesados<sup>4</sup>.

De otra parte, como reiteradamente ha venido afirmando la doctrina constitucional, queda siempre abierta a los trabajadores afectados la posibilidad de impugnar concretos actos aplicativos del convenio colectivo, que entiendan contrarios a sus derechos e intereses legítimos.

Este modelo de control judicial de la legalidad del convenio del convenio colectivo, en su configuración y sobre todo en su aplicación judicial, puede ser criticado desde una triple perspectiva.

En primer lugar, por conservar una reminiscencia arcaica, como es la legitimación de la Autoridad Administrativa para impugnar el convenio colectivo.

En segundo lugar, porque se articula sobre el control abstracto, olvidando la naturaleza contractual del convenio colectivo.

En este control abstracto, el propio de las normas jurídicas, el órgano judicial comprueba «desde fuera» la adecuación del convenio con la ley (norma superior jerárquica).

Este control no atiende, es más, no puede atender al cuerpo contractual del convenio colectivo, a su naturaleza transaccional, y a su carácter sectorial.

En tercer lugar, porque los trabajadores individuales, que no pueden impugnar directamente el convenio colectivo, lo atacan indirectamente y en un número significativo de casos, a través de procedimientos sobre despido o sobre reclamación de cantidad. En estos procedimientos se estudia y se verifica un control de legalidad del convenio sin que estén presentes sujetos interesados, como son la comisión negociadora o el Ministerio Fiscal. Aunque en estos procedimientos no se alcance una declaración sobre la nulidad parcial del convenio colectivo, no puede negarse el efecto que una eventual sentencia estimatoria produce sobre la eficacia del convenio colectivo.

En definitiva, el control de legalidad del convenio colectivo como forma de control abstracto dirigida a depurar el ordenamiento jurídico puede llevar a ignorar el carácter contractual o si se quiere transaccional del convenio y los propios intereses colectivos a los que sirve el poder de regulación colectiva de las relaciones laborales (Art. 37.1 CE). De otra parte, por la vía de una reclamación individual se puede lograr indirectamente el mismo resultado, y ello a través de una vía procesal inadecuada que no permite la defensa de todos los intereses legítimos afectados.

Ahora bien, como afirmábamos tajantemente al inicio, el fundamento del control judicial del convenio colectivo se encuentra en el mismo Estado de Derecho, por lo que su necesidad es indubitada.

No obstante lo anterior, es preciso indicar que, a lo largo de la década de los años 80 y 90 principalmente, los órganos judiciales han fijado determinados criterios interpretativos para la resolución de los conflictos suscitados entre la ley y el convenio colectivo, que han matizado la aplicación del principio de jerarquía normativa, y que han afectado en la práctica seriamente a ese incuestionable control de legalidad del convenio colectivo.

<sup>4</sup> El convenio colectivo también puede ser impugnado por la Administración laboral por lesividad y por los terceros (que no sean trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio) a los que el convenio inflija una grave lesión de sus intereses legítimos.

En primer lugar, la jurisprudencia laboral ha venido considerando el convenio colectivo como un todo indivisible, que ha de ser objeto de apreciación conjunta o global. Sería preciso así comprobar, en una comparación global, si el convenio colectivo contiene una regulación más favorable en relación con la ley. De todos son conocidas las cláusulas convencionales de vinculación a la totalidad, que vendrían a impedir la nulidad parcial del convenio colectivo.

En segundo lugar, el convenio colectivo se considera norma especial frente a la regulación legal general.

En tercer lugar, se ha afirmado que el principio de jerarquía normativa es distinto a la preferencia aplicativa del convenio colectivo frente a la ley.

Finalmente, también se ha establecido la presunción de legalidad del convenio colectivo publicado, sino ha sido impugnado directamente por los sujetos legitimados. Este criterio interpretativo sería fijado por el Tribunal Supremo, en la conocida Sentencia de 20 de junio de 1983.

Desde un punto de vista jurídico, esta doctrina judicial presenta ciertamente puntos débiles, que ya han sido destacados doctrinalmente. Sin embargo, la valoración que la misma merece no es, a mi juicio, nada fácil, si se atiende a la necesidad de composición de los diversos intereses en conflicto, que es en suma a lo que debe tender alcanzar el Derecho y su aplicación por los órganos judiciales.

No puede olvidarse que en muchas ocasiones la negociación colectiva ha supuesto una avanzadilla flexibilizadora, que después ha sido seguida por el legislador laboral (por ejemplo la retribución de las horas extraordinarias por debajo de los incrementos legales).

De otra parte, también es preciso destacar que la reforma de 1994 ha aumentado el número de las normas legales dispositivas para la autonomía colectiva, lo que constituye una vía de reducción de eventuales conflictos ley convenio.

A partir de la segunda mitad de los años 90, el desarrollo por el convenio de nuevas funciones de adaptación de las relaciones laborales a la realidad económica y productiva de la empresa o sector correspondiente, ha determinado nuevos casos donde se ha suscitado su eventual «ilegalidad», y donde la perspectiva o en el enfoque judicial no ha sido siempre el mismo.

Han sido muy abundantes los casos sobre la llamada doble escala salarial, que hoy se cuestiona también en relación con el complemento de antigüedad, también se ha planteado el control de legalidad de cláusulas convencionales que establecen modalidades de contratación temporal diversa a las establecidas por el Art. 15 ET, o finalmente de nuevo, a través del cauce procesal del despido, se ha cuestionado la fijación de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos.

En definitiva, como puede comprobarse de un repaso a los pronunciamientos judiciales, en la puesta en práctica de este control judicial afloran diversas tensiones que vienen a matizar esta impecable afirmación teórica sobre la necesidad del control judicial y más concretamente del control de legalidad del convenio colectivo.

En primer lugar en el control de legalidad del convenio colectivo surge o aflora la tensión subyacente entre el Poder legislativo y la autonomía colectiva, pues se trata de dos poderes normativos con un origen y significado distinto (FERNÁNDEZ LÓPEZ)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> «El control jurisdiccional de la negociación colectiva», en AA.VV., *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, Sevilla 1989, págs. 224 y 243.

En segundo lugar, también aflora la tensión subyacente entre la autonomía individual y la colectiva, dado el sacrificio que esta última impone en aquella. Esta tensión dificultará la solución que adopte el órgano judicial que asume el control judicial.

En definitiva, la necesidad del control judicial de la legalidad del convenio colectivo no debe ocultar la realidad de las matizaciones que la aplicación práctica de este control ha tenido y sigue teniendo.

En todos estos asuntos subyace como cuestión de fondo la del papel que el convenio colectivo posee como instrumento de regulación de las relaciones de trabajo, y sus relaciones con la ley.

A este respecto, pueden formularse diversas líneas interpretativas:

Así una primera línea de interpretación posible se articularía sobre la base de la relación de jerarquía normativa existente entre ley y convenio colectivo, configurando el convenio como un instrumento de regulación de los temas laborales en el ámbito previamente delimitado por el legislador.

Desde esta perspectiva, se afirmaría la necesidad de habilitación legal para negociar colectivamente sobre materias concretas, atendiendo a la reserva de ley en materia laboral establecida por el Art. 53.1 CE.

Los convenios colectivos están obligados a respetar no solo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de Ley que impone la Constitución, en la que tiene su fundamento la propia negociación colectiva. (Sentencia del TS de 9 de marzo de 2004)<sup>6</sup>.

Sin embargo, la reserva de ley establecida por el Art. 53.1 CE va referida al reparto de funciones normativas entre ley y reglamento y no entre ley y convenio colectivo (SSTC 4/1991, de 14 de enero, 78/1990, de 26 de abril, 209/1987, de 22 de diciembre).

Esta posición, aunque ciertamente formulada por la citada sentencia en términos más concretos, como acaba de indicarse, parece que parte de construir el ámbito de actuación de la negociación colectiva desde la ley, es decir en aquellos terrenos donde la negociación es llamada a actuar por parte del legislador.

Otra interpretación posible es aquella que pivota sobre la naturaleza del convenio colectivo como un producto de un poder normativo autónomo reconocido desde el Texto Constitucional.

Desde esta interpretación, no sería precisa una ley ordinaria habilitante para negociar sobre materias concretas, bastando con la habilitación general establecida por el Art. 37.1 CE que reconoce el derecho a la negociación colectiva laboral.

La libertad negocial no tendría otros límites que el respeto del contenido esencial de otros derechos constitucionales (por ejemplo el derecho a la igualdad de trato del Art. 14 CE). El eventual conflicto entre derechos constitucionales habría de resolverse según la doctrina constitucional general, que admite aquellos límites bajo las exigencias del principio de proporcionalidad<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Dictada en unificación de doctrina sobre las cláusulas convencionales de jubilación forzosa. Esta sentencia utiliza este argumento general pues entiende que la «limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de reserva de Ley», entendiendo que la desaparecida Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> constituía esa norma con rango legal que autorizaba, por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad (FJ 5).

<sup>7</sup> Cfr. A. PEDRADAS MORENO, T. SALA FRANCO, «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», en *Relaciones Laborales*, 11/2004.

Más concretamente, puede afirmarse desde esta segunda perspectiva, que en nuestro sistema constitucional de negociación colectiva los límites de la libertad de negociación se derivan directamente del respeto de los demás derechos constitucionales, y de eventuales prohibiciones expresas establecidas por el legislador en aras de la tutela de aquellos valores.

La negociación colectiva garantizada por el Art. 37.1 CE no precisa para actuar de la delegación de la ley, ni se le vedan los espacios, ni la consecución de los objetivos en que no es llamada por aquella. La negociación colectiva actúa donde no hay prohibiciones expresas establecidas y no sólo en aquellos ámbitos donde la ley le permita actuar expresamente.

Las relaciones ley-convenio no pueden pues ser equiparadas a las que se establecen entre norma delegante y norma delegada, pues *«la facultad que poseen los representantes de trabajadores y empresarios (Art. 37 de la CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional»*, aunque *«la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del derecho, resultado de la unidad del ordenamiento jurídico supone, entre otras consecuencias que no hace al caso señalar, el respeto de la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley»* (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ3).

En definitiva, como ya se ha afirmado las relaciones ley convenio colectivo *«no se rigen por un sistema de vinculación positiva...sino negativa: la negociación colectiva actúa donde no hay prohibiciones expresas establecidas y no sólo en los ámbitos materiales en se le permite expresamente»* (CASAS BAAMONDE)<sup>8</sup>.

En los siguientes epígrafes se abordará el estudio de los supuestos que más frecuentemente están siendo objeto del control judicial del convenio colectivo en los últimos años. Previamente, es preciso abordar un tema que ha determinado una amplia litigiosidad como es el de la falta de legitimación del trabajador para impugnar el convenio colectivo.

## 2. LA LEGITIMACIÓN PARA INSTAR EL CONTROL JUDICIAL DE LEGALIDAD DEL CONVENIO

No han sido pocos los supuestos en los que los órganos judiciales han venido delimitando el ámbito subjetivo del control judicial de legalidad de los convenios colectivos. En muchos de ellos, los Tribunales laborales han destacado la existencia de una configuración legal especialmente restrictiva en la determinación de los sujetos legitimados para impugnar un convenio colectivo, que tiene como finalidad garantizar el principio de autonomía colectiva recogido en el Art. 37.1 CE.

Conforme con esta regulación legal, los órganos judiciales han aclarado diversos aspectos relativos a la legitimación para impugnar convenios colectivos:

<sup>8</sup> Cfr., M.E. CASAS BAAMONDE, «La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)» en *Relaciones Laborales*, 11-12/2002 pág. 92.

- La única autoridad laboral competente para impugnar el Convenio es la autonómica, dada la transferencia de competencias existente en este ámbito<sup>9</sup>.
- No está legitimado el Abogado del Estado<sup>10</sup>.
- Carece de legitimación activa para la impugnación por ilegalidad de un convenio colectivo un colegio profesional, pues sólo lo están los sindicatos y asociaciones empresariales<sup>11</sup>.
- Atendiendo a que el Art. 163 LPL exige a la asociación empresarial, y no así al sindicato, para articular eficazmente la pretensión impugnatoria de un convenio, que sea una asociación interesada, no lo estaría la asociación que no cuenta con un solo afiliado en el sector afectado por la norma pactada<sup>12</sup>.
- Los trabajadores o el empresario individual tampoco pueden impugnar el convenio colectivo.

En términos generales, el TS ha declarado que las previsiones del Art. 163 LPL relativas a la legitimación resultan plenamente adecuadas y conformes con el principio *pro actione*, de acuerdo con los intereses específicos que han de obtener protección a través de esta modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos<sup>13</sup>, pues la limitación de la legitimación activa para instar el control abstracto de los convenios colectivos no supone el establecimiento de obstáculos innecesarios o excesivos de acceso a la jurisdicción y es una medida razonable y proporcionada, porque responde a la finalidad de «promoción de la estabilidad del convenio»<sup>14</sup>.

Finalmente, otra cuestión que puede suscitaros la anterior doctrina judicial sería la de si están legitimados para impugnar un convenio colectivo las partes firmantes del mismo<sup>15</sup>. Ciertamente, la regulación legal no contiene ninguna limitación al respecto, y expresamente tal posibilidad se ha admitido también por el TS en alguna sentencia, sin embargo, puede resultar cuanto menos llamativa tal actuación, que tal vez pudiera ser contraria al deber de negociar de buena fe, o contradictoria con la doctrina de los actos propios<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> STS 9-4-2003; STSJ Madrid 29-6-2002; SSTSJ País Vasco 25-6-2002, y 28-4-2002.

<sup>10</sup> STSJ Madrid 29-6-2002.

<sup>11</sup> STSJ de Andalucía 16-5-1995.

<sup>12</sup> STS 14-4-2000. El TS había venido reconociendo la legitimación para impugnar el convenio colectivo a aquellas asociaciones empresariales por quedar sus representados incluidos en el ámbito de aplicación del convenio (SSTS 15-2-1993, 15-10-1995).

<sup>13</sup> STS 15-2-1993.

<sup>14</sup> STS 10-2-1988, y STC 47/1988.

<sup>15</sup> Para la STS de 9 de mayo de 1994 (Ar.4009) no puede impugnar el convenio colectivo el firmante del mismo, y si negoció la representación unitaria, solo puede impugnar el convenio la sindical, y viceversa. Para impugnar no es necesario sin embargo que los sindicatos hayan sido parte en la negociación del convenio (STS de 22 de mayo de 1991 (Ar. 6826).

<sup>16</sup> La doctrina de los actos propios, así como el principio general de la buena fe en el ejercicio de los derechos, que impide a la parte adoptar un comportamiento contradictorio, preside las actuaciones procesales, y expresamente es exigible en el ámbito procesal (art. 7.7 C.C. y 11.1 L.O.P.J.).

En este sentido, D. Vicente Conde Martín de Hijas en el voto particular formulado a la STC 250/2000, sobre un caso de tablas salariales presuntamente discriminatorias, destaca que las tablas salariales diferenciadas vienen establecidas a través de una sucesión de convenios colectivos, en cuya elaboración ha participado el propio Sindicato recurrente, que las impugna después, afirmando más adelante que, en este caso, estaría en juego «el principio general, de sólida raigambre jurisprudencial, de la veda del «ir contra los propios actos».

Pero sin duda uno de los temas más controvertido ha sido el de la impugnación del convenio colectivo por el trabajador individual, del que nos ocuparemos a continuación.

### 2.1. La falta de legitimación del trabajador para impugnar un convenio colectivo

La falta de legitimación del trabajador incluido en el ámbito de aplicación de un convenio para impugnarlo constituye un supuesto especial o de limitación particular del Art. 24.1 CE en el ámbito de la relación jurídica laboral.

Los trabajadores (y empresarios) incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio carecen de legitimación para impugnarlo. Se trata de un ejemplo más de los límites de la autonomía individual derivado de la garantía de la autonomía colectiva. La legislación laboral contiene una delimitación restrictiva de los sujetos legitimados para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad y por lesividad, que niega la misma a los trabajadores afectados, los incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

Negar a los trabajadores la posibilidad de impugnar un convenio colectivo aplicable a sus relaciones de trabajo no se ha considerado lesivo de su derecho a la tutela judicial efectiva por la jurisprudencia constitucional.

El límite a este derecho, dado que no cabe negar el interés legítimo del trabajador, y su conexión en suma con el objeto de la pretensión, se justificaría por el TC en la tutela del derecho a la negociación colectiva y en la posibilidad de impugnación singular de los actos de aplicación del convenio colectivo.

Así lo entendió en TC en numerosas sentencias antes y después de que la LPL de 1990, al igual que el vigente texto de 1995, claramente excluyera de los activamente legitimados para la impugnación directa de un convenio a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación<sup>17</sup>.

Para el TC la limitación legal de los legitimados para deducir pretensiones de control abstracto de normas laborales pactadas es razonable y proporcionada.

Es razonable pues se basa en una correspondencia entre la pretensión que se hace valer y el sujeto que la deduce, que respeta la necesaria correlación entre el instituto de la legitimación y la clase de pretensión que se ejercita. Si se trata de una pretensión de impugnación abstracta del convenio por ilegalidad cuya estimación tendría efectos *erga omnes* respecto a un grupo o colectivo, el sujeto actuante debe ser portador de un determinado tipo de interés, debe ser un sujeto colectivo capaz de representar institucionalmente intereses colectivos.

El convenio de ser ilegal lesionaría intereses de todos los destinatarios, y su declaración de nulidad afectaría a todos, por lo que es razonable prever que la defensa de derechos o intereses de tal colectividad se ejercite sólo por sus representantes.

La limitación es proporcionada pues al trabajador siempre queda abierta la vía de defensa de sus derechos o intereses lesionados por el convenio<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Cfr., SSTC 4/1987, 47/1988, 65/1988, 124/1988 y 81/1990; así como SSTC 10/1996, 12/1996, 56/2000, 88/2001, 90/2001, 157/2002.

<sup>18</sup> Cfr., por todas, STC 47/1988, de 21 de marzo.

De esta doctrina constitucional se deriva que la existencia de vías jurisdiccionales de defensa de sus intereses legítimos a los trabajadores afectados por un convenio colectivo, estén o no previstas legalmente, constituye una exigencia derivada del Art. 24.1 CE<sup>19</sup>.

Centrándonos ya en la actual regulación legal el TC, siguiendo la doctrina del TEDH, parte de considerar que la limitación legal de la legitimación de los trabajadores para la impugnación del convenio ha de perseguir un fin constitucionalmente lícito, y ha de constituir un medio no desproporcionado para alcanzar tal fin.

Ambos condicionantes se cumplen:

1. La privación del derecho de acceso a un Tribunal persigue la protección del derecho a la negociación colectiva y de la eficacia vinculante del convenio colectivo (art. 37.1 CE). El TC añade que, en la medida que existen sujetos colectivos que encarnan el interés colectivo, y que representan legalmente a los trabajadores incluidos en el ámbito del convenio, es razonable que los representados por dichos sujetos puedan ver limitada su capacidad de impugnación de las normas pactadas<sup>20</sup>.
2. La limitación del derecho de acceso a un Tribunal es proporcionada pues el interés particular de los trabajadores puede verse protegido por otras vías procesales que no impliquen la impugnación directa del convenio, y que tenga por objeto actos concretos de aplicación del mismo. La existencia de vías alternativas para defender eficazmente sus derechos ante los Tribunales lleva al TC a concluir que la privación de legitimación para impugnar directamente normas convencionales no es desproporcionada a la finalidad de asegurar la existencia de una auténtica negociación colectiva laboral.

La jurisprudencia del TC admitiría así la posibilidad de una impugnación individual indirecta del convenio colectivo, al instar el sujeto singular la tutela de su propio interés reclamando contra los actos empresariales de aplicación del convenio<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cfr., STC 81/1990, de 4 de mayo, FJ3.

<sup>20</sup> Sin embargo, es preciso señalar que se mezclan dos justificaciones diversas.

La primera afirma la necesidad de preservar el convenio de impugnaciones individuales que desconocen su naturaleza transaccional de respuesta o solución a los diversos conflictos de intereses existentes (entre empresarios y trabajadores, y entre intereses individuales y colectivos de los trabajadores). Estas impugnaciones estarían dirigidas a la tutela del interés individual, cuando el convenio colectivo en algunas de sus cláusulas sacrifica intereses individuales en aras del interés colectivo.

La segunda justifica la limitación del derecho de acceso a los tribunales del trabajador bajo la técnica de la representación. Es el representante el que tutela, también en la vía judicial, los intereses de sus representados.

Con ello se introduciría una justificación añadida de tutela de los intereses de los trabajadores representados a través de los sujetos colectivos, que justificaría que la tutela jurisdiccional de aquellos intereses correspondiese a estos mismos sujetos colectivos. En sentido contrario, habría de admitirse que los trabajadores no representados por estos sujetos colectivos, cuyos intereses legítimos pudieran verse afectados por el convenio, sí habrían de contar con legitimación procesal para su defensa ante un tribunal.

Por ello, dirá el TC, la legitimación singular de los terceros ajenos al ámbito del convenio, no representados en su adopción, debe discurrir por cauces distintos a los que se refiere la citada STC 81/1990.

<sup>21</sup> En las Sentencias 10 y 12/1996 se estimó no vulnerado el Art. 24.1 CE, toda vez que trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, a los que no se dio una respuesta judicial de fondo, pretendían la nulidad de una cláusula convencional. A la misma solución se ha llegado en la STC 56/2000 de 28 de febrero, dictada en un supuesto de hecho semejante.

Lo relevante será pues, a tenor de esta jurisprudencia, distinguir entre una pretensión abstracta de declaración de la nulidad de una cláusula convencional, y el pedimento de inaplicación de la misma cuando perjudica unos concretos e individualizados intereses, lo que en la práctica será una distinción bastante vaga ciertamente <sup>22</sup>.

En definitiva, el Art. 24.1 CE impone la existencia de una vía procesal para que el trabajador pueda solicitar la inaplicación de una cláusula convencional lesiva de sus derechos o intereses legítimos, que en todo caso sería el cauce del proceso ordinario.

Además, esta posibilidad de solicitar la inaplicación de la cláusula convencional persiste aunque lleve aparejada la necesaria valoración judicial de la nulidad de la cláusula convencional.

El TC es tajante al afirmar que el Art. 24.1 CE impone que los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio dispongan de cauces procesales para la defensa de sus derechos o intereses legítimos eventualmente lesionados por esta norma pactada. Han de tener siempre abierta un cauce procesal para solicitar la inaplicación de la cláusula convencional.

La distinción es sutil pues se tratará de articular una pretensión de inaplicación de la cláusula contractual y no de impugnación de esta cláusula. El trabajador en el primer caso, habría de recibir una respuesta de fondo, aunque la decisión judicial deba llevar aparejada una valoración sobre la nulidad de la cláusula convencional cuestionada.

En la práctica son numerosas las reclamaciones donde se cuestiona la legalidad de cláusulas convencionales. A través de procedimientos sobre reclamación de cantidad o sobre despido se suscitan en puridad demandas de inaplicación de cláusulas convencionales.

Y, como ya he señalado, entiendo sin embargo que analizar en estos procesos la validez o nulidad de una cláusula convencional no es acertado, pues no están representados todos los posibles sujetos afectados por el fallo, y no son parte la comisión negociadora o el Ministerio Fiscal, por ejemplo. Pese a los efectos individuales de la sentencia sus efectos reflejos sobre los intereses colectivos serán evidentes. La inaplicación de una cláusula convencional tendrá efectos sobre el conjunto de los trabajadores afectados por la misma cláusula.

De otra parte, debe señalarse que, en muchos casos, la operatividad de esta vía de tutela es más formal que real pues en verdad lo que subyace, bajo esa sutil pretensión de inaplicación, es una impugnación del convenio colectivo por ilegalidad o lesividad.

Es más la propia doctrina judicial en ocasiones ha utilizado argumentos que ha impedido la valoración de fondo exigida al órgano judicial. La práctica judicial de la década de los años 80 y 90 conoce de no pocos supuestos en los que las demandas individuales de trabajadores frente a concretas cláusulas del convenio colectivo que estimaban ilegales o contrarias a sus derechos o intereses legítimos eran desestimadas aplicando una doctrina que afirmaba, de una parte, que el convenio colectivo ha de ser considerado como un todo indivisible, que ha de ser objeto de apreciación conjunta o global, y de otra parte, la presunción de legalidad del convenio colectivo publicado sino ha sido impugnado directamente por los sujetos legitimados (STS de 20 de junio de 1983).

<sup>22</sup> Ahora bien, el TC en la STC 81/1990 afirmaría que es posible que la reparación de la lesión que el convenio inflija al interés del sujeto singular pueda llevar aparejada, en su caso, la valoración de la nulidad de alguna cláusula del convenio, lo que no sería obstáculo para reconocer la legitimación del trabajador interesado, doctrina que recoge *obiter dicta* la STC 56/2000, de 28 de febrero.

En definitiva, este argumento para salvar la proporcionalidad de la privación legal de legitimación al trabajador para impugnar un convenio colectivo conduce a una situación procesal y sustantiva insatisfactoria.

La sutil o vaga diferencia entre impugnar una cláusula convencional o solicitar su inaplicación va referida a la forma de redactar la pretensión que se articule en la demanda, y determina una posible diversidad de criterios judiciales en la fijación de la pretensión ejercitada por el demandante, incluso en un mismo supuesto de hecho<sup>23</sup>.

### 3. EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO: SUPUESTOS ESPECÍFICOS

Bajo este epígrafe se analizarán tanto los supuestos de impugnación del convenio colectivo fundados en la vulneración de aspectos procedimentales, conectados con el procedimiento de negociación colectiva (Título III del ET), como aquéllos otros donde el control judicial va referido al contenido de las cláusulas convencionales, y que hemos titulado respectivamente «control de legalidad formal o procedimental del convenio colectivo» y «control de legalidad del contenido del convenio colectivo».

#### 3.1. Control de legalidad formal o procedimental del convenio

En este apartado pueden destacarse supuestos de impugnación del convenio colectivo por causas imputables a los sujetos firmantes.

La impugnación de un convenio por ilegalidad derivada de la irrepresentatividad de sus negociadores ha sido admitida por el Tribunal Supremo (Sentencia de 27 de abril de 2000 (RJ 2000, 4253), y en concreto existen casos sobre impugnación del convenio por falta de legitimación para negociar de la Asociación empresarial firmante<sup>24</sup>, declarándose, en consecuencia, la nulidad del convenio impugnado, sin perjuicio de su valor como extraestatutario entre quienes lo firmaron o a él se unan expresamente.

También la impugnación se ha fundamentado en ocasiones en la lesión de la libertad sindical, al excluirse un sindicato legitimado de la mesa de negociación<sup>25</sup>, pues dentro de la impugnación por ilegalidad es claro que, admite el juicio por inconstitucionalidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1990).

##### 3.1.1. *Incumplimiento de las previsiones legales sobre la estructura contractual: Art. 84 LET*

Las impugnaciones convencionales por esta causa constituyen un supuesto cualitativamente interesante.

<sup>23</sup> Los antecedentes en el caso resuelto por la STC 157/2002, de 16 de septiembre, brindan un claro ejemplo de lo que estamos afirmando.

<sup>24</sup> STSJ Cataluña, de 17 de diciembre de 2001 (2002/1560), o de 13 de marzo de 2000 (AS 1388).

<sup>25</sup> SAN de 11 de noviembre de 2002 (AS2003/500).

En nuestro modelo estatutario, la estructura de la negociación colectiva es fundamentalmente competencia de las representaciones profesionales<sup>26</sup>, pues el legislador de 1980 encomendaría a los Acuerdos Interprofesionales o a los Convenios Colectivos Estatales o de Comunidad Autónoma, los suscritos por sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, la fijación de la estructura de la negociación colectiva, y las reglas de concurrencia y complementariedad (Art. 83.2).

Sin embargo la redacción del Art. 84 ET, tras la reforma de 1994, orientada políticamente al desarrollo de marcos autonómicos de relaciones laborales, ha fijado un límite legal a una eventual estructuración de la negociación colectiva diseñada por los Acuerdos Interprofesionales o los Convenios Colectivos, en los términos previstos por el Art. 83.2 ET.

La ordenación de la negociación, que eventualmente se estableciera por estos Acuerdos o Convenios Colectivos Estatales, (a través de las habituales cláusulas de reserva de materias a favor del nivel estatal), sólo vincularía a los negociadores de la unidad provincial, en relación con aquellas materias citadas por el referido Art. 84 ET, (período de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y movilidad geográfica).

Así en principio, podría interpretarse que una eventual limitación por un convenio colectivo estatal de las materias de negociación provincial fuera de las «protegidas» por el 84.2 ET chocaría con el tenor literal de este precepto estatutario y sería impugnabile por su ilegalidad. La interpretación judicial de estos preceptos estatutarios ha venido a confirmar esta posibilidad.

La importante STS de 22 de septiembre de 1998 expresará claramente que el mandato establecido en el párrafo segundo del Art. 84 no es disponible a través de los instrumentos contractuales (Art. 83.2), siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional.

La redacción y expresiones de este párrafo segundo del Art. 84, sobre todo las frases «en todo caso» y «a pesar de lo establecido en el artículo anterior», dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el núm. 2 del Art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales.

De esta forma, las disposiciones que, con amparo en el Art. 83.2, establezcan «la estructura de la negociación colectiva» o «las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las distintas unidades de contratación», no tienen eficacia ni vigor alguno en lo que atañe a aquellos pactos colectivos que se comprenden en el párrafo segundo del Art. 84ET<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Cuyas decisiones pueden verse, no obstante, influidas por algunas normas estatales de promoción de determinadas unidades de negociación (A. MARTÍN VALVERDE, «Estructura y proceso de la negociación colectiva», en *Economía y Sociología del Trabajo*, 18/1992).

<sup>27</sup> Cfr., en el mismo sentido, las SSTS de 3 de noviembre de 2000; de 17 de octubre de 2001; y la SAN de 20 noviembre 2002 (AS 2003/501) sobre nulidad parcial del convenio colectivo de la industria de la madera.

### 3.2. Control de legalidad de contenido del convenio colectivo

Sólo se estudiarán bajo este epígrafe algunos de los supuestos más representativos del control judicial (directo y aplicativo) de los convenios colectivos de los últimos años.

Como ya se indicó, determinadas regulaciones convencionales surgidas a partir de los años noventa, como la doble escala salarial o modalidades de contratación temporal, así como las tradicionales cláusulas de jubilación forzosa han sido objeto de control de legalidad, que en muchos casos es en realidad un control de constitucionalidad (ajuste a las exigencias del Art. 14 CE), pues como es sabido la impugnación por ilegalidad admite el juicio por inconstitucionalidad (STS de 29 de octubre de 1990).

Por ello, en relación con la igualdad de trato en el convenio colectivo, quizás no sea innecesario recordar una vez más la doctrina constitucional.

El TC ha declarado que en el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 1; o 2/1998, de 12 de enero, FJ 2, entre otras)<sup>28</sup>. No puede olvidarse, por lo demás, que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados (STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6).

Ahora bien, el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea *per se* contraria al principio de igualdad (SSTC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6, y 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4)<sup>29</sup>.

En consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin

<sup>28</sup> Pues el principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación global y genérica del principio de igualdad, en la medida que da paso al establecimiento de regulaciones diferencias en razón de la empresa, del sector o de cualquier ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación colectiva. Además el derecho a la negociación lleva consigo que las partes puedan establecer, en un ámbito concreto y dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses: STC 177/1988 ya citada.

<sup>29</sup> Así debe entenderse, como señalaba en TC en la citada STC 177/1988, FJ 4, mucho más cuando en el Ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales.

justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al Art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles.

Desde esta perspectiva de análisis, se ha estimado que lesiona el Art. 14 CE diferencias de trato que afectan a los trabajadores eventuales y fijos discontinuos<sup>30</sup>, y se ha excluido tal lesión cuando se han considerado justificadas las diferencias de trato<sup>31</sup>.

La diferencia en las condiciones de trabajo no es en principio contraria a la igualdad si va referida a distintas actividades laborales o profesionales o responde a sus peculiaridades, al igual que la diferencia de condiciones entre personal fijo y temporal, pues la duración del contrato es un elemento admisible para fijar tales diferencias<sup>32</sup>.

Ahora bien, la desigualdad resulta prohibida cuando sólo se apoya en una minusvaloración de las funciones desempeñadas por un grupo segregado y peor tratado, notoriamente débil y desprotegido en el momento de la contratación ya que carecen de poder negociador por sí solos.

Una vez descrita la doctrina constitucional, es preciso destacar que persisten en nuestra negociación colectiva cláusulas convencionales que sancionan diferencias de trato en perjuicio de los trabajadores temporales, en relación con determinados beneficios, como licencias retribuidas o complementos de prestaciones de Seguridad social, por ejemplo, en el sector agropecuario, y que están siendo consideradas injustificadas por la doctrina judicial (STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de diciembre de 1999 (AS 7154)).

Igualmente, también han sido consideradas injustificadas aquellas cláusulas convencionales que establecen desigualdades salariales entre trabajadores fijos y temporales, en relación por ejemplo con el complemento de antigüedad (STS 7 de octubre de 2002 (Ar. 10912))<sup>33</sup>.

### 3.2.1. *Control de legalidad de las cláusulas sobre modalidades de contratación temporal*

La fijación en los convenios colectivos de modalidades de contratación temporal distintos a los previstos legalmente por el Art. 15 ET también plantea problemas de legalidad.

Analizar el eventual conflicto entre ley y convenio constituye, a mi juicio, una cuestión que no puede resolverse rápidamente y al margen de cada supuesto concreto, toda vez que las relaciones ley convenio en este terreno pueden ser abordadas desde distintas perspectivas.

Así, pueden serlo desde una interpretación literal y estricta del Art. 15 ET, destacándose que este precepto legal no contiene una llamada al convenio colectivo, o desde

<sup>30</sup> Cfr., STC 177/1993.

<sup>31</sup> Cfr. SSTC 171/1989, 177/1988.

<sup>32</sup> SSTC 136/1987, 179/1989, 177/1993.

<sup>33</sup> Si se han considerado justificadas diferencias salariales entre funcionarios y personal laboral establecidas en el Acuerdo Marco sobre un nuevo sistema retributivo para Correos y Telégrafos, que fijaba la paga de resultados sólo a favor de los funcionarios, STS 9 de abril de 2003 (Ar. 4521).

una perspectiva que considere al convenio colectivo como una regulación de adaptación de la regulación legal en defensa de los intereses colectivos de los afectados por el convenio.

La Sentencia del TS de 17 de diciembre de 2001 (Ar. 2116) nos brindó un buen ejemplo de ambas perspectivas de aproximación a los eventuales conflictos ley y convenio colectivo.

En esta Sentencia, la Sala General prácticamente se dividió entre la opinión mayoritaria expresada en ésta y el voto particular formulado a la misma.

El supuesto de hecho versaba sobre la legalidad de una cláusula convencional que establecía un contrato eventual «a llamada» en el sector de envasado de tomate. La Sentencia consideró la ilegalidad de la cláusula, pues el Art. 15 ET fija exhaustivamente los diversos contratos temporales, regulación sobre la que la negociación colectiva puede incidir únicamente en los campos que el legislador expresamente haya fijado.

Por el contrario, el voto particular sostiene que la cláusula convencional controvertida contiene una ordenación del tiempo de trabajo del contrato eventual, que no es contraria a la ley, sino que es globalmente más favorable para el grupo de trabajadores al que se aplica.

Además, se afirma que el juicio sobre la mayor favorabilidad de determinada regulación convencional debe de corresponder en principio a los propios negociadores sociales, admitiéndose la anulación de una cláusula convencional cuando ésta se encuentre claramente desprovista de contenido favorable para el grupo de trabajadores al que se aplica.

En base a este último argumento, podría así afirmarse que las competencias negociadoras sobre modalidades contractuales temporales dirigidas a la adaptación a las específicas características del sector productivo de que se trate tendrían como límite una regulación claramente desprovista de un contenido favorable para el grupo de trabajadores al que se aplica.

A mi juicio, la interpretación de la Sentencia de las relaciones Ley Convenio es excesivamente ajena o extraña a la dinámica y la realidad de las relaciones laborales y por ello no es la adecuada.

Sin olvidar las relaciones de jerarquía existentes entre ley y convenio no parece conveniente desconocer la función del convenio colectivo, cuando al mismo tiempo la eventual concurrencia entre ley y convenio pueda también resolverse desde otros principios, como el de especialidad, o el de norma más favorable.

Además, entiendo que en relación con estas cláusulas convencionales sobre modalidades de contratos temporales, que son bastante frecuentes en ciertos sectores productivos, no proceden soluciones dogmáticas y apriorísticas sino soluciones adaptadas al caso, ponderando los diversos intereses en juego.

Por ejemplo, en el sector agropecuario, razones históricas y motivos ligados a necesidades productivas pueden llevarnos a situar la solución de este eventual conflicto ley-convenio en un contexto más amplio.

En efecto, los convenios colectivos del campo tienen una regulación «específica» en el ámbito de las modalidades de contratación, que se comprende fácilmente atendiendo a la regulación de este tema que contenía la antigua Ordenanza General de Trabajo del Campo de 1975 (OGTC). Esta era una regulación sobre modalidades de contratación temporal diversa a la que posteriormente establecería la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y que

la doctrina judicial entendió como una regulación especial y complementaria de la regulación común contenida en el citado Art. 15 ET<sup>34</sup>.

Tras la derogación definitiva de la OGTC, esta regulación «específica» ha pervivido en las cláusulas de los convenios colectivos<sup>35</sup>. Además, las especiales características de la actividad económica empresarial en este sector productivo imponen un análisis detenido antes de cualquier valoración sobre la aplicación del Art. 15 ET en el sector agropecuario.

Las consideraciones anteriores llevan de nuevo a pensar que la relación entre la normativa convencional y el Art. 15 ET debe resolverse caso por caso<sup>36</sup>.

Otro ejemplo lo aporta, el contrato fijo de obra, propio del sector de la Construcción, y en relación con el cual la STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 1999 (AS 3351) afirmaría que no se trata de un contrato temporal distinto al previsto por el Art. 15 ET, sino tan sólo del ajuste del contrato temporal para obra y servicio determinado a ese concreto sector productivo.

### 3.2.2. *Control de legalidad de las cláusulas de doble escala salarial*

En la práctica negocial de los últimos años hemos asistido a la implantación, bajo técnicas jurídicas diversas, de diferencias retributivas fundadas en la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa.

Desde la clásica estructura de la doble escala salarial con expresa referencia a la fecha de ingreso, a la articulación de «categorías profesionales de entrada» antes inexistentes, la fijación de cláusulas «ad personam» o «plus de vinculación», como garantía de percepción de la remuneración existente, en una situación de descenso generalizado de salarios, hasta las dobles escala retributiva de la antigüedad.

Sobre este último supuesto, el TS viene declarando reiteradamente la nulidad de las cláusulas convencionales que determinan diferencias entre los trabajadores en relación con el complemento por antigüedad, y el TC se ha pronunciado también afirmando la vulneración del Art. 14 CE.

Sobre el resto de los supuestos, existen divergencias en las soluciones adoptadas por la doctrina judicial, atendiendo a cada caso.

Como se recordará, los primeros casos judiciales de control de legalidad de cláusulas convencionales de doble escala salarial surgen a mediados de los años 90. Estas cláusulas convencionales fueron consideradas contrarias al Art. 14 CE, por las Sentencias de la Sala de lo Social del TS, de 22 de enero de 1996 (RJ 1996\479)<sup>37</sup>, y la Sentencia de 18 de

<sup>34</sup> Cfr. STSJ Andalucía (Sevilla), de 8 de enero de 1990).

<sup>35</sup> Cfr. NAVARRO NIETO, F., y SÁEZ LARA, C., «Estructura y contenidos de la negociación colectiva en Andalucía», *CARL*, Sevilla, 2002, pp.41 y ss..

<sup>36</sup> En la actividad agrícola existen cambios acusados de la necesidad de mano de obra, atendiendo a las estaciones, según los cultivos o productos, sus técnicas de explotación o los factores climatológicos.

<sup>37</sup> Esta Sentencia desestimó el recurso de casación formulado por «Hertz de España, S.A.», contra Sentencia de 13 de diciembre de 1994 de la Audiencia Nacional, que estimó demanda promovida de oficio por la Dirección General de Trabajo contra la Comisión negociadora del Convenio Colectivo Hertz de España, S.A., sobre impugnación de dicho convenio.

diciembre de 1997 (RJ 1997\9517)<sup>38</sup>, bajo el juicio de igualdad, al no concurrir en aquellos casos justificación suficiente para la desigualdad convencional denunciada.

La primera Sentencia del Tribunal Supremo afirmaría que la diferencia de régimen retributivo, establecida en base al momento de la contratación, rompe el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo para determinados trabajadores, «por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es el de la fecha de contratación».

En el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo afirmó que no era justificación suficiente, la existencia de un plan de saneamiento de la empresa, en el que, como contraprestación al mantenimiento de la totalidad de la plantilla, se convino la congelación salarial y un salario inferior de los nuevos trabajadores. «No es justificación objetiva y razonable el hecho aludido, sin otros datos, referido a la contrapartida de mantenimiento del nivel de empleo, visto que precisamente se habla de otras contrataciones», concluyó el Tribunal Supremo.

En la Sentencia de 18 de diciembre de 1997, el TS también declararía la no concurrencia de justificación suficiente para la desigualdad salarial y de categoría denunciada, en concreto, porque se había intentado tal justificación remitiéndose al artículo convencional que se refería a la creación de nuevos puestos de trabajo, pero para el TS este precepto del convenio no puede decirse que cree puestos de trabajo, pues se limita a consagrar una novación contractual (fijos discontinuos a fijos a tiempo parcial) y a transformar un contrato a tiempo parcial en a tiempo completo, cada tres bajas producidas en determinadas secciones.

Con posterioridad, por el contrario, la STS 19 de marzo de 2001 (RJ 2001/3388) entendió justificadas las diferencias retributivas establecidas para los trabajadores de nuevo ingreso por el XII Convenio Colectivo General de la Industria Química<sup>39</sup>.

Las cláusulas convencionales que fijan una doble escala salarial, marcan una diferencia de trato entre los trabajadores por razón de la fecha de entrada en la empresa, cuya valoración debe ajustarse a la doctrina constitucional sobre el juicio de igualdad, que exige la existencia de una justificación objetiva y razonable de la diferencia, que se persiga un fin lícito y que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionales a dicho fin.

Aplicando este juicio de igualdad, los órganos judiciales han venido entendiendo, por ejemplo, que sí constituye una justificación suficiente la inserción de la cláusula diferenciadora en el marco de un compromiso empresarial de creación de empleo estable en la empresa. Y, en sentido contrario, y también por ejemplo, se ha considerado discriminatoria la diferencia retributiva en función de la fecha de ingreso en la empresa, si la misma no está justificada en una política de empleo, que tienda al aumento efectivo de la contratación indefinida, debiendo existir en el Convenio el pacto que relacione la doble escala salarial con la obligación empresarial de aumento de la plantilla de trabajadores fijos<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Esta Sentencia desestimó los recursos de casación interpuestos por «Damm, S.A.» y las Secciones Sindicales de CCOO y de UGT en dicha empresa contra la Sentencia del T.S.J. de Cataluña de 28 de octubre de 1996, que estimó en parte la demanda de oficio promovida por el Departamento de Trabajo de la Generalidad de Cataluña contra las recurrentes, sobre nulidad de ciertos preceptos del convenio colectivo.

<sup>39</sup> Para el TS el sistema retributivo tiene una justificación objetiva u razonable desde el punto de vista histórico, en el desarrollo de previsiones establecidas en anteriores convenios colectivos.

<sup>40</sup> Cfr., al respecto la Sentencia del T.S.J. de Cataluña, de 15 de junio de 1998.

Sin embargo, la STC 119/2002, de 20 de mayo, ha obviado la aplicación del juicio de igualdad, en un supuesto de hecho donde se denunciaban diferencias retributivas establecidas en convenio colectivo atendiendo a la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa.

Para el TC la diferencia retributiva de los especialistas de ingreso establecida en el convenio colectivo no es contraria al Art. 14 CE. A esta conclusión se llega atendiendo al sistema de clasificación fijado en el convenio y a la estructura retributiva que rige en la empresa, pues ambos, se afirma, dan relevancia a un criterio graduado y paulatino en función del tiempo de servicios, que se inspira en la promoción profesional y económica de los trabajadores en la empresa. La fecha de entrada como factor relevante a efectos retributivos no tiene así una finalidad de discriminación de los trabajadores. Esta conclusión, para el TC, se desprende del sistema de progresión temporal que preside el régimen salarial y el sistema de clasificación profesional, que se inspira en reglas automáticas de promoción. «La retribución en función del tiempo de permanencia en la empresa, en definitiva, representa el principio que informa todas las categorías profesionales».

Con esta doctrina el TC ha excluido la vulneración del Art. 14 CE en un supuesto de diferencias retributivas para los especialistas de ingreso, por el sólo dato que estos terminan alcanzando, con el tiempo (24 meses), a modo de una especie de promoción profesional, la remuneración de los restantes niveles.

Este argumento había sido rechazado por sí sólo para refrendar la diferencia pactada por el Juzgado de lo Social. Tanto la Sentencia de instancia como de suplicación habían centrado su argumentación, de forma más acertada a mi juicio, en la justificación objetiva y razonable que tales diferencias salariales perseguían: el fomento de nuevas contrataciones y la previsión de fuertes inversiones empresariales, establecidas en el convenio, y que ya habían empezado a tener plasmación práctica.

Sin embargo, por parte del TC, se ha estimado, en definitiva, que la diferencia salarial entre los trabajadores, atendiendo a la fecha de ingreso en la empresa, no lesiona el Art. 14 CE, al no ser definitiva; que no lesiona el Art. 14 CE, toda vez que transcurridos 2 años «automáticamente», el trabajador «asciende» al siguiente nivel retributivo. No se ha aplicado el juicio de igualdad, del que se decía partir, y se ha establecido una sorprendente distinción entre lo que podríamos llamar diferencias de trato «transitorias», y «definitivas» con relevancia constitucional.

Con posterioridad, podemos encontrar decisiones judiciales diversas sobre estas diferencias retributivas establecidas atendiendo a la fecha de ingreso en la empresa.

Así por ejemplo, el TS en la sentencia de 12 de noviembre de 2002, relativa a diferencias retributivas en el percibo de determinados complementos en perjuicio de los trabajadores de nuevo ingreso en una empresa de transporte de mercancías (afectada por la supresión de la Aduana de Irún) ha estimado que la diferencia impugnada poseía una justificación objetiva y razonable.

Se alude en la fundamentación de la sentencia a la situación de crisis económica y de congelación salarial, y más concretamente se argumenta que los trabajadores antiguos han contribuido a los actuales resultados productivos de la empresa, soportando una congelación salarial durante la situación de crisis, y que estos resultados favorables han permitido un Plan de reordenación productiva, que ha permitido nuevos contratos y conversión de empleo temporal en empleo estable.

Por lo demás, la sentencia afirma que la diferencia de trato responde a un criterio frecuente en la práctica de las relaciones laborales, a través de la llamada condición más be-

neficia, o el mantenimiento de derechos o expectativas del trabajador en materia de condiciones de trabajo.

Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2003 declara la nulidad de la cláusula convencional que fija un «plus personal» solo para los trabajadores de nuevo ingreso<sup>41</sup>. Para el TSJ de Cataluña la diferencia de trato no supera el juicio de proporcionalidad, pues no estima suficiente a estos efectos un aumento de la plantilla del 1%, al no ser un aumento neto toda vez que, se afirma, se sustituyen trabajadores prejubilados por nuevos trabajadores.

Una mención separada merecen los supuestos relativos a la doble escala retributiva de la antigüedad en relación con los cuales el TS viene afirmando de forma reiterada la nulidad de tales cláusulas convencionales.

Así la STS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8659), declaró la nulidad de una cláusula del convenio colectivo de tracción mecánica de mercancías de Barcelona, que establecía una doble tabla para el premio de antigüedad, atendiendo a la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, y en el mismo sentido podrían citarse entre otras las SSTS 14-5-2002; 17-6-2002, 25-7-2002, 20-9-2002 y 21-1-2004.

En términos generales, la doctrina que viene manteniendo el TS afirma que las diferentes tablas retributivas de la antigüedad lesionan el principio constitucional de igualdad, al carecer de una justificación objetiva y razonable.

Tras la reforma de 1994, y el nuevo papel que corresponde a la negociación colectiva en relación con el complemento de antigüedad, según el TS el Convenio colectivo puede adoptar diversas opciones, así puede suprimir la antigüedad para todos los trabajadores, o bien respetar tan sólo los derechos adquiridos o en curso de adquisición para los trabajadores fijos, siempre que la estructura salarial sea igual para todos los trabajadores.

Pero el convenio colectivo lo que no puede hacer, según el TS, es mantener el referido complemento en cuantías diversas para dos colectivos de trabajadores diferenciados, atendiendo a que la fecha de ingreso en la empresa sea antes o después del convenio.

La valoración de esta doctrina ha de tener en cuenta que en los últimos años, la negociación colectiva ha venido asumiendo como objetivo la reducción del complemento de antigüedad. La línea de tendencia ha sido hacia la supresión de este complemento, o, en todo caso, hacia la disminución de su peso en el conjunto de la retribución del trabajador, entre otras razones, porque los mayores costes de los trabajadores antiguos producirían un efecto de sustitución de la mano de obra. Esta orientación se ha venido estableciendo de forma progresiva y respetando los derechos adquiridos.

En este contexto, la doctrina del TS creo que es algo formalista pues admite materialmente el significado de estas diferencias retributivas de la antigüedad, pero no admite la forma de la doble escala por antigüedad.

Sobre este tema, también se ha pronunciado la STC 27/2004, de 4 de marzo<sup>42</sup>, que igualmente ha desautorizado tales cláusulas convencionales.

<sup>41</sup> Convenio colectivo de Nissan Motor Ibérica SA para los centros de trabajo de Barcelona, Zona Franca y Montcada. Con la pretensión de reducción de costes se suprimen diversos complementos salariales y se crea un «plus personal» de cuantía equivalente a los suprimidos, sólo a favor de los ya ocupados).

<sup>42</sup> En este caso se planteaba la supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) como consecuencia de la aplicación al recurrente (en un proceso de reclamación de canti-

El TC, al valorar el ajuste al art. 14 CE de la desigualdad de trato establecida en el convenio colectivo en relación con las percepciones por antigüedad atendiendo a la fecha de entrada en la empresa, se basa en la doctrina constitucional precedente sobre el juicio de igualdad, según la cual *«el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida»*<sup>43</sup>, y, finalmente, entiende que la diferencia de trato cuestionada es contraria al Art. 14 CE, porque el criterio de diferenciación utilizado no supera el juicio de igualdad: *«Así las cosas, fundándose exclusivamente la desigualdad que dispensa la norma colectiva en la fecha de ingreso en la empresa o en la de adquisición de la condición de fijo, la misma resulta contraria al Art. 14 CE en cuanto utiliza como criterios de diferenciación elementos que no pueden justificar tal disparidad»*(FJ 6).

Ahora bien, en relación con tal argumentación, entiendo que el referido juicio de igualdad no tiene porque circunscribirse al criterio de diferencia utilizado, sino que puede extenderse a la diferencia creada, es decir el juicio de igualdad puede extenderse a la razonabilidad o no de la finalidad pretendida y a su proporcionalidad para alcanzarla.

En definitiva, creo que la justificación objetiva y razonable que lleve a admitir la desigualdad retributiva establecida por el convenio colectivo puede ir referida a causas externas al mismo elemento o criterio diferenciador.

De hecho, el TC admite esta posibilidad, cuando afirma que la desigualdad es contraria al Art. 14 CE *«en cuanto utiliza como criterios de diferenciación elementos que no pueden justificar tal disparidad, al menos si no vienen complementados por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad»* (F J 6). Igualmente, admite esta posibilidad cuando afirma que es una diferencia injustificada, *«que es igualmente ajena, ad intra del convenio, a algún tipo de contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el art. 14 CE. No consta pacto alguno que implique compromisos empresariales dirigidos efectivamente a compensar, favoreciendo a los trabajadores perjudicados, por el trato salarial peyorativo al que se les somete, ni siquiera provisiones que con base en pautas de compensación o reequilibrio determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva»* (FJ 7)<sup>44</sup>.

---

dad) de lo previsto en materia de complemento personal de «Antigüedad o Vinculación» en el convenio colectivo de la empresa Mohn, S.L.; aplicación que la Sentencia de suplicación impugnada en amparo no consideró lesiva porque el establecimiento de un diferente patrón retributivo para gratificar el tiempo de servicios a la empresa en función de la fecha de ingreso o de la de adquisición de fijeza no vulnera ningún derecho fundamental.

<sup>43</sup> Cfr. SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas.

<sup>44</sup> Aunque ciertamente las «contraprestaciones» a las que se refiere la sentencia serían las establecidas a favor de los trabajadores perjudicados con las cláusulas controvertidas. Aspecto destacado de la sentencia por

A mi juicio, la valoración de la adecuación al Art. 14 CE de una cláusula convencional sólo es posible si se cuenta con un marco de análisis más amplio que el que pueda brindar la lectura literal de la cláusula convencional.

Por ello, el procedimiento de reclamación de cantidad no sería un procedimiento adecuado para dilucidar tal pretensión, al no estar presente como partes los firmantes del convenio, con legítimos intereses en relación con la controversia suscitada.

Tiene razón el Ministerio Fiscal, tal y como se sostiene en el voto particular a esta sentencia, cuando afirma que la sentencia impugnada carecía de motivación, carencia que bien puede ser consecuencia de la inadecuación de este procedimiento para poder, en un supuesto como el aquí debatido, aplicar en toda su extensión e intensidad el juicio de igualdad.

Faltan en los antecedentes de hecho de esta sentencia todos los datos que en otros procesos (de conflicto colectivo o de impugnación de convenio colectivo) son determinantes a la hora de apreciar si la cláusula convencional de doble escala salarial supera o no el juicio de igualdad.

Tras este largo discurrir por distintos pronunciamientos judiciales, donde se ha intentado describir al máximo los supuestos de hecho analizados, ¿qué conclusiones podrían extraerse?

A mi juicio, el eventual control judicial de estas cláusulas convencionales, bajo la aplicación del juicio de igualdad, debe situarse en un contexto amplio, que valore el sentido y la finalidad de las mismas.

A la vista de los casos analizado y a grandes rasgos, creo que puede apreciarse que estas cláusulas obedecen a razones ligadas a una reducción de costes, que se vinculan a situaciones de crisis empresariales, planes de saneamiento, necesidades de competir con las empresas del sector, o a la tendencia señalada de reducir el coste de la antigüedad en el conjunto del salario.

En muchas ocasiones, estas cláusulas son de convenios colectivos de empresas, que poseen un marco de condiciones laborales superiores a la media.

En principio, suelen concurrir justificaciones económicas, organizativas o productivas que pueden considerarse objetivas y razonables, por lo que el juicio de igualdad deberá centrarse fundamentalmente en el juicio de proporcionalidad.

Y aquí lo cierto es que el criterio judicial y el de los representantes de trabajadores y empresarios pueden no coincidir, pero, no es menos cierto, que son los representantes los que mejor conocen la realidad económica y laboral sobre la que actúa el convenio colectivo y mejor pueden defender los diversos intereses enfrentados. Presumir que no se desarrolla esta actividad de representación y defensa de los intereses de los trabajadores tampoco creo que sea muy acorde con un modelo constitucional que sitúa en la negociación colectiva el instrumento principal de regulación de las relaciones laborales.

---

K.M. SANTIAGO REDONDO, «Doble escala salarial y otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia laboral en el primer trimestre de 2004», *Relaciones Laborales* 10/2004, pág. 81. Desde el punto de vista del juicio de igualdad sin embargo parece que podrían admitirse compensaciones más generales, como aumento del empleo, o fomento de empleo estable para justificar diferencias de trato en convenios colectivos.

### 3.2.3. *Control de legalidad de las cláusulas de jubilación forzosa*

La fijación de edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos autorizada por el legislador estatutario de 1980 sería avalada por la doctrina constitucional (STC 58/1985 ya citada), como instrumento de política de empleo, dirigido al reparto de trabajo, sin amortización, por tanto, del puesto de trabajo dejado vacante por el trabajador jubilado, y siempre que se garantizará a éste el acceso a una prestación de jubilación.

Como también es sabido, la primera exigencia relativa a la sustitución del trabajador jubilado por un nuevo trabajador se iría progresivamente diluyendo en su aplicación por la doctrina judicial, hasta su práctica desaparición.

La doctrina del TS mantenida en su sentencia de 14 de julio de 2000 (Ar. 6630) afirmaría, en efecto, que «la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente en esa transacción se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de que derivan» En definitiva, según esta doctrina, lo que no puede hacer el legislador libremente sí que lo puede hacer el convenio colectivo.

Con la derogación de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> (antes 5.<sup>a</sup>) del ET de 1995, por el R.D-ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por Ley 12/2001, de 9 de julio, se plantaría la duda interpretativa de si seguía siendo posible establecer edades de jubilación obligatoria en la negociación colectiva, así como si podían seguir aplicándose las cláusulas de jubilación forzosa vigentes a la fecha de derogación de la citada disposición adicional.

Algún pronunciamiento judicial inicial declaró que no era posible ya seguir negociando en los convenios cláusulas de jubilación forzosa, y que tampoco era posible ya la aplicación de las cláusulas establecidas al amparo de la anterior permisividad normativa (STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002).

Sin embargo, la doctrina iuslaboralista no interpretaría que tal derogación limitaría la capacidad de la negociación colectiva para seguir estableciendo una edad de jubilación obligatoria<sup>45</sup>

Con posterioridad, se sucedieron diversos pronunciamientos judiciales de distinto signo en relación con esta cuestión, que finalmente ha sido objeto de unificación doctrina por la Sentencia del TS de 9 de marzo de 2004.

El TS ha declarado en esta sentencia de 9 de marzo de 2004 que no es posible ya seguir estableciendo cláusulas de jubilación obligatoria, pero que por el contrario sí pueden seguir aplicándose las establecidas en convenios vigentes a la fecha de derogación de la citada disposición adicional 10.<sup>a</sup><sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Cfr., A.V. SEMPÈRE NAVARRO, «La derogación de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> ET, sobre jubilación forzosa y sus consecuencias», en AAVV *La reforma laboral de 2001. Análisis del RD-L 5/2001, de 2 de marzo*, Aranzadi, Pamplona, 2001; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001», *Relaciones Laborales* tomo I-2001; M E. Casas Baamonde, *op. cit.*

<sup>46</sup> Solución está última que puede llevar a plantear si serían o no admisibles acuerdos de prórroga de la vigencia indefinida de estas cláusulas normativas, para los trabajadores contratados con anterioridad al nuevo convenio.

Según los razonamientos de la citada Sentencia del TS, el ET actuaba como norma legal habilitante de los pactos sobre jubilación obligatoria, por lo que desaparecida tal habilitación quedaba ya fuera del contenido posible de un convenio colectivo la fijación de tales cláusulas de jubilación forzosa.

En relación con esta tesis, ya se ha criticado antes la línea argumental que lleva a sostener la necesidad de habilitación legal para negociar colectivamente la jubilación obligatoria, pues la reserva de ley en materia laboral establecida por el Art. 53.1 CE va referida al reparto de funciones normativas entre ley y reglamento y no entre ley y convenio colectivo (SSTC 4/1991, de 14 de enero, 78/1990, de 26 de abril, 209/1987, de 22 de diciembre).

También, frente a la argumentación de esta Sentencia debe recordarse que los contenidos posibles del convenio colectivo se configuran ampliamente por el Art. 85.1 ET, y que no existiendo norma legal de la que se deduzca prohibición expresa a la negociación colectiva para pactar edades de jubilación forzosa, éste, en principio, no sería, entiendo, un tema vedado a los negociadores sociales<sup>47</sup>.

A mi juicio, el ámbito de actuación del convenio como principal instrumento de regulación de las relaciones laborales no viene definido por la Ley, sencillamente porque el poder normativo autónomo no es un poder delegado del poder legislativo sino originario y sustancial a un Estado Social, fundado sobre el pluralismo social y jurídico (Art. 37.1 CE, en relación con el Art. 1.1CE y el Art. 7 CE).

Distinto es que el producto de este poder se inserte en el Ordenamiento jurídico, que es único, en relación jerárquica con la Ley, que podría, siempre dentro del marco constitucional, establecer legítimamente límites expresos (ya sean procedimentales o de contenido) al convenio colectivo.

Pero ello en nada desmiente que el convenio colectivo sea el principal instrumento de regulación de las relaciones laborales, relaciones que constituyen su espacio natural de actuación y regulación, sin que precise de llamada alguna o de habilitación del legislador.

Por consiguiente, la admisibilidad de estas cláusulas debe de plantearse, como acertadamente hace el voto particular formulado a la citada STS de 9 de marzo de 2004, en el marco más general, de los límites constitucionales al contenido posible de un convenio colectivo y, en concreto, a los derivados del principio de igualdad.

Desde esta perspectiva, se analizó inicialmente la admisibilidad constitucional de la edad de jubilación obligatoria, y éste sigue siendo, a mi juicio, el enfoque adecuado.

Sería preciso plantearse si la medida puede entenderse dirigida a alcanzar un fin razonable y es proporcionada. Sin embargo, este sería un juicio que habría de ser realizado atendiendo a las razones económicas, organizativas que llevan a los negociadores a adoptar estas cláusulas, por lo que la solución no tiene porque ser igual en todos los supuestos.

De nuevo, el principal obstáculo que surge para el correcto enjuiciamiento del tema se conecta a mi juicio con la inadecuación del procedimiento de despido, pues no se da posibilidad de defensa a representantes de intereses legítimos afectados, como son los firmantes del convenio colectivo.

<sup>47</sup> Prohibición legal general que de existir también podría suscitar dudas de constitucionalidad (Art. 37.1, 28.1, 7 y 1.1. CE).

Finalmente, a este respecto, conviene no olvidar el argumento que apela al espíritu de la reforma legal operada, como expresión de un cambio de orientación en la política social y económica que, desde las instancias comunitarias, propone el alargamiento o prolongación de la vida laboral<sup>48</sup>. Y es importante, no tanto a efectos de la admisibilidad de las cláusulas de jubilación obligatoria, como de su oportunidad.

Ciertamente dentro de las directrices comunitarias se encuentra la dirigida, en términos generales, a incorporar más trabajadores al mercado de trabajo, recomendaciones o mensajes políticos, que están razonablemente fundadas en datos económicos.

Ahora bien, ¿podría afirmarse sin lugar a dudas que es contraria a la misma la fijación en convenios colectivos para ciertas empresas o para ciertos sectores productivos de cláusulas de jubilación obligatoria, como si pudiera tal vez afirmarse de una política de reestructuración empresarial, que se base sistemáticamente en una política de empleo de jubilaciones anticipadas?

A mi juicio, esa confrontación no resulta tan evidente. Sería preciso datos más concretos que cuantificasen los efectos negativos de estas cláusulas de jubilación obligatoria sobre la tasa de empleo en nuestro país. Pues no olvidemos que atraer más gente al mercado de trabajo significa también incorporar a los jóvenes y a las mujeres al mercado de trabajo, y en ese camino también nos queda mucho por recorrer.

#### 4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Nuestro modelo de control judicial de la legalidad del convenio del convenio colectivo, en su configuración y sobre todo en su aplicación judicial, puede ser criticado desde una triple perspectiva.

En primer lugar, por conservar una reminiscencia arcaica, como es la legitimación de la Autoridad Administrativa para impugnar el convenio colectivo.

En segundo lugar, porque el control judicial se articula sobre el llamado control abstracto de legalidad, con olvido de la naturaleza contractual del convenio colectivo.

En este control abstracto, el propio de las normas jurídicas, el órgano judicial comprueba «desde fuera» la adecuación del convenio con la ley (norma superior jerárquica).

Este control no atiende, es más no puede atender al cuerpo contractual del convenio colectivo, a su naturaleza transaccional, y a su carácter sectorial.

El control abstracto no es funcional al «cuerpo» de contrato del convenio, a su naturaleza de pacto, de transacción, de regulación que adapta normas generales a la realidad, dando respuesta a situaciones concretas.

En suma, este control abstracto no puede atender a los intereses de trabajadores y empresarios afectados por el convenio, a sus necesidades particulares dentro del sector de actividad y de la empresa donde se desarrolle la actividad productiva. Así, en principio, no puede atender a que el convenio colectivo brinde por ejemplo soluciones específicas a los

<sup>48</sup> Concretamente, promover el envejecimiento activo se encuentra entre las 10 nuevas directrices para el empleo establecidas para apoyar los objetivos de la Estrategia Europea de Empleo. En el Informe Kok (noviembre 2003) se proponen medidas concretas para conseguir el mantenimiento de los mayores en el mercado de trabajo.

concretos problemas de empleo de un determinado sector o colectivo de trabajadores, apartándose de la regulación legal.

En tercer lugar, porque los trabajadores individuales, que no pueden impugnar directamente el convenio colectivo, lo atacan indirectamente y en un número significativo de casos, a través de procedimientos sobre despido o sobre reclamación de cantidad. En estos procedimientos se estudia y se verifica un control de legalidad del convenio sin que estén presentes sujetos interesados, como son la comisión negociadora o el Ministerio Fiscal. Aunque en estos procedimientos no se alcance una declaración sobre la nulidad parcial del convenio colectivo, no puede negarse el efecto que eventuales sentencias estimatorias producen sobre la vida del convenio colectivo.

Ahora bien, de una parte, el fundamento del control judicial del convenio colectivo se encuentra en el mismo Estado de Derecho, por lo que su necesidad es indubitada, y de otra parte, de la doctrina constitucional se deduce que el Art. 24.1 CE impone la existencia de una vía procesal para que el trabajador pueda solicitar la inaplicación de una cláusula convencional lesiva de sus derechos o intereses legítimos, que en todo caso sería el cauce del proceso ordinario.

Las soluciones a los problemas aplicativos antes identificados han de venir por tanto de la mano de una interpretación judicial que parta de reconocer el protagonismo que corresponde al convenio como instrumento de regulación de las relaciones laborales y que atienda también al cuerpo contractual del convenio colectivo.

Desde esta perspectiva, debe reconocerse que el ámbito de actuación del convenio como principal instrumento de regulación de las relaciones laborales no viene definido por la Ley, sencillamente porque el poder normativo autónomo no es un poder delegado del poder legislativo sino originario y consustancial a un Estado Social, fundado sobre el pluralismo social (Art. 37.1 CE, en relación con el Art. 1.1CE y el Art. 7 CE).

Distinto es que el producto de este poder se inserte en el Ordenamiento jurídico, que es único, en relación jerárquica con la Ley, que podría, siempre dentro del marco constitucional, establecer legítimamente límites expresos (ya sean procedimentales o de contenido) al convenio colectivo.

Pero ello, en nada desmiente que el convenio colectivo sea el principal instrumento de regulación de las relaciones laborales, relaciones que constituyen su espacio natural de actuación y regulación, sin que precise de llamada alguna o de habilitación del legislador.

En nuestro sistema constitucional de negociación colectiva los límites de la libertad de negociación se derivan directamente del respeto de los demás derechos constitucionales y de eventuales prohibiciones expresas establecidas por el legislador en aras de la tutela de aquellos valores.

Partiendo de esta premisa, los órganos judiciales deben de atender, en su control de legalidad de los convenios colectivos, también a la naturaleza contractual de los mismos.

Como he venido reiterando en relación con los diversos ejemplos expuestos, las cláusulas controvertidas de los convenios colectivos se dirigen en muchas ocasiones, así en materia de contratación temporal, a la adaptación de la norma legal a las específicas características del sector productivo. La admisibilidad de tales cláusulas convencionales pudiera tener como límite, como ya fuera propuesto, una regulación claramente desprovista de un contenido favorable para el grupo de trabajadores al que se aplica.

De otra parte, en relación con la aplicación del juicio de igualdad en el contenido del convenio colectivo, que deviene en muchos casos el tema nuclear, hemos de recordar que

según el TC, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al Art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles.

Las exigencias del principio de igualdad no tienen en el convenio colectivo el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, el derecho a la igualdad, ha de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad.

La aplicación del juicio de igualdad a cualquier cláusula convencional debe situarse en un contexto amplio que valore el sentido y la finalidad de la norma convencional impugnada.

El juicio de igualdad sólo es posible si se cuenta con un marco de análisis más amplio que el que pueda brindar la lectura literal de la cláusula convencional.

Sería preciso plantear si la medida puede entenderse dirigida a alcanzar un fin razonable y es proporcionada. Este sería un juicio que habría de ser realizado atendiendo a las razones económicas, organizativas que llevan a los negociadores a adoptar estas cláusulas, sin que en ese juicio puedan marginarse, en palabras del TC, las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles.

Por ello, el procedimiento de reclamación de cantidad o el de despido no son a mi juicio procedimientos adecuados para dilucidar tal pretensión, al no estar presente en los mismos como partes los firmantes del convenio, que detentan legítimos intereses en relación con la controversia suscitada.

En estos procedimientos individuales, cuando la resolución del conflicto suscitado haga necesario un pronunciamiento sobre la legalidad (o un juicio de constitucionalidad) de un convenio colectivo, sería conveniente adoptar alguna vía, a través de la correspondiente reforma de la normativa procesal, de llamada al proceso de todas las partes interesadas y del Ministerio Fiscal.











