

RELATS

NORMAS Y POLITICAS LABORALES Y SOCIALES

MODELOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EUROPA

**Javier Aparicio Tovar
Antonio Baylos Grau
Amparo Merino Segovia
Francisco Trillo Parraga**

Publicado en el libro de CSA “Estrategias por mayor y mejor negociación colectiva”. San Pablo. 2013

V.1 Algunas anotaciones comparadas

La negociación colectiva constituye un fenómeno general y extendido de formación de reglas sobre las condiciones de trabajo y de empleo. En los textos europeos, desde la Carta Social Europea hasta la Carta de Derechos Fundamentales hoy anexada al Tratado de Lisboa, aparece como un derecho fundamental de los ciudadanos europeos. Forma parte de las constituciones sociales de la segunda posguerra mundial que surgieron de las derrotas de los fascismos, y se encuentra indisolublemente ligada a la noción de libertad sindical y a la figura social del sindicato.

La cobertura media de la negociación colectiva en la UE-27 alcanza a más de 120 millones de trabajadores, dos tercios del total de los 184 millones de asalariados registrados actualmente en el UE-27, oscilando entre el 100% aproximadamente de Austria y el 10% de Lituania (ver sección III). Estas diferencias tienen mucho que ver no solo con la debilidad de la implantación sindical, sino de las prácticas concretas de la negociación colectiva predominante en cada país. La prevalencia de los niveles intersectorial y sectorial de negociación correlaciona positivamente con altas tasas de cobertura, mientras que la fuerte descentralización empresarial de las negociaciones la reduce.

Más allá de ese suelo común jurídico-político, que coincide con la legalidad internacional marcada por los C87 y 98 de la OIT, hay muchas diferencias entre los distintos sistemas de relaciones colectivas vigentes en diversos países europeos. Normalmente estas diferencias se originan en la historia de las organizaciones sindicales y la cultura colectiva que éstas permearon en la sociedad. Hay también evidentemente influencias importantes de la conformación del Estado como productor de normas en materia laboral, y, naturalmente, de la propia estructuración económica y social de cada país.

Pero en todo caso, el horizonte de sentido de la negociación colectiva en Europa lo constituye el sindicalismo como sujeto portador del interés colectivo de los trabajadores funcionalmente encaminado a la tutela de sus condiciones de trabajo y empleo.

Pero junto a estas prácticas de negociación, es también determinante el sistema legal, es decir, la ordenación jurídico-normativa que se realiza de la negociación colectiva. El ámbito estatal-nacional es el determinante en este aspecto, aunque, como se sabe, hay ya avanzadas experiencias supranacionales de negociación colectiva a nivel europeo, supranacional. El propio art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales reconoce el derecho de negociación colectiva “en los niveles adecuados”, dando pie así al desarrollo de experiencias de negociación colectiva europea, tanto de empresa como sectorial.

En este análisis se consideran principalmente (aunque se agrega también España) los sistemas de negociación colectiva correspondientes a tres países con una fuerte presencia sindical en la realidad social y política: Alemania, Francia e Italia. Son además naciones que gozan de gran fortaleza desde el punto de vista demográfico, y muy potentes económicamente. Además, han formado parte desde su inicio de la construcción de la Unión Europea. Y presentan modelos de relaciones profesionales que han sido referentes para otros países.

Pero a su vez, el tratamiento comparado de estos tres sistemas tiene que hacer especial atención en las tendencias que en ellos se aprecian en el contexto de la gran crisis económica y financiera que están viviendo los países desarrollados y de forma muy relevante la Unión Europea, a partir de agosto de 2008, con el gran crack financiero, agravado de forma evidente en mayo de 2010 con la crisis griega.

La regulación legal de la negociación colectiva ha sido uno de los aspectos incluidos en las llamadas “medidas estructurales” que los países periféricos de Europa han debido adoptar a impulsos de la “troika” en el proceso de rescate financiero de sus economías. Y el sentido de las reformas ha sido precisamente el de alterar la estructura y las reglas de la negociación colectiva que los agentes sociales habían venido construyendo durante mucho tiempo. Principalmente mediante la imposición de la llamada “descentralización” de la negociación colectiva, es decir, la primacía del convenio de empresa sobre la estructura sectorial de la negociación colectiva como rasgo típicamente continental europeo. Naturalmente que al tratarse de un aspecto esencial de la acción sindical, estas reformas afectan radicalmente a la propia estructura y actividad de los sindicatos.

Desplegados en una cierta graduación, parecería que la crisis ha afectado de manera diferente a Alemania – que ejerce un papel dirigente en el

concierto europeo – Francia, que aunque ha sido un referente en su *entente* con su vecino alemán, ha sufrido directamente las consecuencias de la crisis, y, en fin Italia, que aún ahora ocupa un puesto de riesgo en el desarrollo inacabado de las políticas de rigor y de austeridad que han impulsado reformas estructurales que afectan a la acción sindical en la empresa y a la negociación colectiva. De todas formas, los tres países han experimentado reformas importantes en este dominio, algunas de ellas puestas en práctica antes de la explosión de la crisis, como Alemania y Francia, y en cierta medida Italia también sufrió un *tour de forcé* excepcional – el caso Fiat – antes de entrar en la espiral de los rescates, hermanada con España. Y todas ellas en el sentido de reivindicar el espacio-empresa como el centro de imputación de la negociación colectiva. Con matices y con mayor o menor intensidad en razón de la situación socio-económica, pero en la misma dirección.

El cuadro resultante del examen de tres sistemas “fuertes” de negociación colectiva europea arrojan conclusiones muy reveladoras respecto de su reconfiguración en la crisis económica y financiera que sacude a Europa. En primer lugar, la importancia decisiva de la negociación colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo y empleo del trabajo asalariado en los tres sistemas. Esta *centralidad* de la negociación colectiva se corresponde con amplias tasas de cobertura de los convenios colectivos y con un sistema de regulación fuertemente centrada en el sector o rama de producción, que no impide, en el caso de los modelos francés e italiano principalmente, una potente dirección “política” de los procesos de negociación a través de la negociación interprofesional y la negociación política de las condiciones institucionales del sistema de relaciones laborales.

Junto a esta evidencia, la crisis ha puesto de manifiesto una fuerte tendencia, impuesta en muchas ocasiones mediante la norma estatal imperativa, a ampliar el espacio y las funciones de la negociación colectiva de empresa. Este nivel de negociación no se contempla ya como el nivel apropiado para recoger condiciones más favorables o elementos específicos de la organización del trabajo contratados colectivamente en una relación de articulación y orientación con el convenio de sector. El convenio de empresa pretende un espacio de regulación independiente y en muchas ocasiones contrario a lo que señala el tratamiento colectivo del convenio de sector. La aceptación de las cláusulas *optingouten* Alemania, los acuerdos derogatorios franceses o los acuerdos de proximidad italianos coinciden en establecer el espacio colectivo de la empresa como un ámbito funcionalmente dirigido a la reducción de derechos de los trabajadores, aunque de las tres experiencias la italiana es la que apuesta de forma más directa por la desregulación del espacio-empresa y su sustitución por la norma autogenerada en él, si bien es dudosa su viabilidad futura por problemas de inconstitucionalidad.

Los límites de esta tendencia son todavía claros y no implica la sustitución del modelo dominante, sino su cuestionamiento parcial. Con matices diferentes en razón de cada experiencia nacional, es seguro que este proceso de cambio de reglas cuestiona o problematiza la acción y la estructura del sindicato. El desplazamiento del centro de gravedad a la empresa como espacio normativo de reducción de derechos y de oposición al esquema regulativo del convenio de sector coincide con una pluralidad de organismos de representación no coincidentes plenamente con la figura del sindicato y en el que éste por tanto debe mediar, interviniendo y controlando el proceso. Los espacios de representación en la empresa se pueblan de figuras no estrictamente sindicales que sin embargo deben ser intervenidas y tuteladas por éste. La situación de pluralidad sindical dificulta en muchos casos estos procesos, que pueden ser mejor gestionados por sistemas de unidad sindical de hecho. Por ello en algún diseño reformista, como el francés, la reforma de la negociación en la empresa se ha visto acompañada de la introducción de un principio de mayoría en la conclusión de los acuerdos y en la toma de decisiones, y esa era también la intención de los acuerdos interconfederales que plasmaron los tres sindicatos representativos nacionales italianos en agosto de 2011.

Está fuera de toda duda que muchas de estas disposiciones tienen como objetivo dividir y debilitar al sindicato como “representante general” del trabajo asalariado mediante la fragmentación de las reglas de creación de los tratamientos normativos del trabajo y del empleo, pero simultáneamente se aprecia la capacidad por parte del propio sindicato de limitar los daños de esta orientación y reconfigurarlos en un proceso más complejo de articulación de su poder negocial.

Cuadro general comparativo. En la tabla I, se utiliza el criterio clasificatorio ya presentado en la sección III para clasificar los sistemas de negociación colectiva nacionales. Considerando solo los países de la Unión Europea:

- lo característico de la subregión escandinava es la negociación intersectorial y sectorial, excepto Suecia que se limita a la segunda.
- en las subregiones centroeuropea y latina, el elemento común es la negociación sectorial, aunque algunos países (Francia, Grecia), agregan la intersectorial y por empresa.
- la subregión anglosajona está centrada en la negociación por empresa, junto a la sectorial (Reino Unido e Irlanda), con Chipre y Malta limitadas a uno de los dos modelos.
- finalmente, la subregión oriental combina países que solo tienen negociación por empresa con otros en que la característica distintiva es la negociación sectorial.
-

Se concluye entonces que, si bien no puede hablarse de un “modelo europeo” homogéneo, predomina la negociación sectorial, a veces articulada con la negociación por empresa y por la negociación intersectorial. Solo en

seis países (casi todos de la subregión oriental), el modelo se centra en la negociación por empresa.

Tabla 1. Modelos de negociación colectiva en Europa

Subregión Escandinava	Dinamarca, Finlandia (también Noruega) XXIntersectorial y XXSectorial Suecia. XXXSectorial
Subregión Centroeuropea	Alemania, Austria, Países Bajos (también Suiza). XXXSectorial También Luxemburgo: XXSectorial y XXEmpresa
Subregión Latina	Italia, España, Portugal. XXXSectorial Francia, Grecia. XXXEmpresa, XSectorial y XIntersectorial
Subregión Anglosajona	Reino Unido, Irlanda, XXXEmpresa y XSectorial Chipre, XXXSectorial Malta, XXXEmpresa
Subregión Oriental	Polonia, Estonia, Letonia, Lituania, Eslovaquia. XXXEmpresa Bulgaria, Rep. Checa, Hungría, Rumanía, XXXSectorial Eslovenia (y Federación Rusa). XXSectorial y XIntersectorial

Fuente: OIT, S.Cazés et al, 2012: Employment protection and collective bargaining. Beyond the deregulation agenda. Documento 133, Sector Empleo. El número de X identifica la importancia relativa. En todos los países existe también negociación por empresa, junto a las de mayor ámbito. En el cuadro solo se destacan los casos en que aquella es destacada.

V.2 Alemania, Francia, Italia

Alemania

La Constitución alemana reconoce como derecho fundamental la libertad de asociación sindical, tanto en su vertiente individual como colectiva, protegiendo la autonomía de las organizaciones y su capacidad de acción. También Alemania ha ratificado los Convenios 87 y 98, la Carta Social Europea y los pactos internacionales de derechos humanos, y de los derechos económicos sociales y culturales. La jurisprudencia de su Tribunal Constitucional Federal – y del Tribunal Federal de Trabajo – ha establecido que la Constitución reconoce a sindicatos y organizaciones empresariales un campo de actividades que se refiere en primer lugar a la “promoción” de las condiciones laborales y económicas de sus miembros mediante la

negociación colectiva, además de la acción en la empresa y la codeterminación y el conflicto.

La negociación colectiva es por tanto un elemento esencial de la libertad sindical, a tal punto que en el sistema alemán está directamente enraizado una en otra, mediante la atribución en régimen de exclusividad o de monopolio a las organizaciones sindicales de las facultades de negociación colectiva y de huelga como típicas de la representación colectiva de los trabajadores que éstas encarnan¹.

El sistema sindical alemán, una vez superada la división de los dos Estados, occidental y oriental, se construye sobre un principio de unidad que excluye la organización en función de opciones políticas o ideológicas, como sin embargo pasa en el sindicalismo del sur de Europa, y en concreto en Francia o en Italia (o en España). Pero las estructuras primarias de representación son las federaciones o sindicatos de sector, estructuradas a nivel nacional y regional (*länders*) que se confederan en la organización de vértice, de segundo grado, la *Deutscher Gewerkschaftsbund* (DGB). Esta tiene, sin embargo, poca capacidad de acción, porque la política sindical viene determinada esencialmente por las federaciones de sector, que son los que tienen la legitimación para negociar convenios colectivos, de la que carece la DGB. Este “déficit de confederalidad” es clásico en un modelo sindical de origen socialdemócrata – o laborista – y se explica porque la perspectiva general de la regulación de las condiciones de trabajo y de empleo junto con la protección social, concurre necesariamente con el proyecto político y de gobierno del partido político “hermano” – el SPD – que atrae hacia su esfera de actuación este espacio de proyecto y de decisión.

El sistema de representación de los trabajadores se completa con las previsiones sobre los organismos de representación en la empresa, los comités de empresa. Éstos organismos unitarios, de formación electiva, gozan, en virtud de la *Betriebsverfassungsgesetz*, de un cierto número de derechos de codeterminación en relación con las cuestiones “personales” y sociales. Aunque el derecho de negociación colectiva se otorga en exclusiva a los sindicatos, los comités de empresa pueden concluir “acuerdos de codeterminación” en la empresa, una figura por tanto muy parecida a lo que en la experiencia española se llaman “acuerdos de empresa”. Esta posibilidad permitirá, como veremos a continuación, que los mismos contenidos regulados en el convenio colectivo puedan eventualmente ser el objeto de un acuerdo de codeterminación en una empresa determinada, planteando por consiguiente unas relaciones de conflicto entre ambos. Jurídicamente sin embargo la cuestión la solventa la norma legal alemana al

¹ “Si no se quiere negar a la libertad sindical el significado que ésta ha revestido históricamente – dirá el Tribunal Federal de Trabajo – el núcleo de este derecho fundamental garantizado por la Constitución debe descansar en la garantía estatal de un sistema de negociación colectiva”. M. Zumfelde, “Alemania”, en F. Valdés (Dir), *Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea*, MTSS, Madrid, 2006, pp. 74-75.

establecer que los convenios colectivos prevalecen sobre los acuerdos de empresa, pero la cuestión es más complicada en la práctica².

La “garantía estatal de la negociación colectiva” – es decir, la negociación colectiva como garantía institucional más que como un derecho público subjetivo – se contiene en la Ley sobre convenios colectivos de 1949 (*Tarifvertragsgesetz, TVG*), que contiene la regulación de algunos aspectos esenciales de ésta. De entre ellos, es importante aquí referirse a la eficacia del convenio colectivo y su ámbito de aplicación.

El convenio colectivo es en Alemania un contrato propio de la autonomía privada, que se inscribe en el espacio jurídico de los contratos, y por ello el ámbito de eficacia del convenio colectivo se limita a las organizaciones pactantes – sindicato y asociación empresarial – y los sujetos por ellos representados, empresas y trabajadores. Es lo que se denomina eficacia personal limitada a los trabajadores y empresas afiliados o adheridos a las respectivas organizaciones firmantes del acuerdo. Se podría entonces deducir que la afiliación a un sindicato es la condición necesaria para que se aplique al trabajador el convenio colectivo vigente en el sector en el que éste despliegue su actividad, pero no es así totalmente porque es también necesario que el empresario esté afiliado a la organización empresarial que ha concluido el acuerdo. Rige por tanto el principio de “doble afiliación”, es decir que el convenio colectivo sólo despliega su eficacia sobre los empresarios afiliados a la asociación empresarial pactante y sobre los trabajadores asimismo afiliados al sindicato pactante³.

Sin embargo, el convenio colectivo posee eficacia normativa, y es fuente de determinación de las condiciones mínimas de trabajo. El empresario no puede disminuir el nivel de tutela colectiva en perjuicio de los propios trabajadores. El mínimo salarial es el colectivo, puesto que no hay un salario mínimo interprofesional establecido por ley. Este carácter normativo del convenio se compatibiliza con el ámbito de eficacia personal limitada al que nos hemos referido. Por consiguiente, es un dato central en el ordenamiento alemán el carácter normativo, de derecho objetivo, de las prescripciones del convenio y su función de norma mínima⁴.

Por último, en cuanto a la estructura de la negociación colectiva, el sistema alemán se base prevalentemente en un alto nivel de negociación centralizada, en torno a los convenios colectivos de sector en el nivel de

² U. Zachert, *Lecciones de Derecho del Trabajo alemán*, MTAS, Madrid, 1998, p. 65.

³ J. Martínez Girón, A. Arufe Varela, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2007, p. 136.

⁴ Pero este elemento no fue tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Rüffert*, a la hora de considerar las condiciones fijadas en convenios colectivos como los mínimos que una empresa europea no alemana debía respetar en la remuneración de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, por entender que la eficacia personal limitada del convenio colectivo impedía que su regulación fuera considerada como “mínimo legal o normativo” a respetar en el caso.

distrito o regional⁵, con algunas excepciones en donde el convenio tiene un ámbito nacional, como los empleados (laborales) del sector público. La región suele coincidir con un *Bundesland*, pero otras veces la geografía industrial se ha desarrollado de manera diferente a la geografía política, y el ámbito territorial del convenio es por tanto diferente del marcado por las fronteras regionales⁶.

Esto supone que existen diferencias interregionales en una misma industria o sector, pero la diferencia más importante – por ejemplo a nivel salarial – se da entre las regiones del Este y las del Oeste, también en materia de afiliación y de cobertura de convenios. Hay también convenios de empresa, negociados por los sindicatos, normalmente en empresas de dimensión nacional, aunque son más escasos que la práctica de otros ordenamientos, como el italiano o el español.

Según el Instituto de Estudios Sindicales (WSI) de la Fundación Hans Böckler de la DGB, la cobertura de la negociación colectiva, en porcentaje de trabajadores en Alemania, ha ido descendiendo tanto en el Este como en el Oeste, aunque con un repunte en esta parte de Alemania a partir de 2008. Los datos de que se dispone aparecen en esta figura⁷:

Los convenios colectivos se aplican, como se ha dicho, sólo a los trabajadores y empresarios adheridos a los sindicatos y organizaciones empresariales firmantes. Cabe sin embargo que, a petición de una de las partes, el Ministerio Federal de Trabajo pueda extender el convenio firmado a todos los trabajadores (y empresas) de su ámbito si dicho convenio cubre al menos al 50% de los empleados en esa región e industria. No obstante, los datos de los que se dispone muestran que se hace un uso muy limitado de la extensión del convenio, apenas un 1,5% de los convenios colectivos sectoriales de referencia⁸. Sin embargo, en las empresas sin convenio es habitual usar los estándares de un convenio colectivo como el punto de referencia de manera voluntaria.

La cobertura del convenio sectorial tiene excepciones, al permitirse la posibilidad de pactar a nivel de empresa cláusulas de inaplicación del convenio en determinadas materias, salarial y de tiempo de trabajo principalmente, que deben ser pactadas entre el empresario y los representantes de los trabajadores (*openingclauses* en la terminología inglesa). Se interpretan más en términos de flexibilidad y de adaptabilidad que como una inaplicación del convenio y, por consiguiente, una erosión de

⁵R. Bispinck, "Statistic on collective agreed pay. Basic facts and figures for Germany", CAWIE, Kick-off meeting, Leuven 24.1.2012.

⁶ U. Zachert, *Lecciones...* op.cit., p.63.

⁷ R. Bispinck, "Statistic on collective agreed pay. Basic facts and figures for Germany", Cawie, Kick-off meeting, Leuven 24.1.2012.

⁸R. Bispinck, H. Dribbusch, Th. Schulten, "German collective bargaining in a European perspective: Continuous erosion or re-stabilisation of multi-employer agreements?" WSI-Diskussionspapier, No. 171, 2010, <http://hdl.handle.net/10419/50485>

su fuerza normativa. Como práctica, se ha revalorizado con la crisis, aunque tenía ya una amplia trayectoria previa, y es expresión de las tendencias a la “descentralización” de la negociación colectiva que se enarbola como una de las palabras de orden que acompañan las “medidas estructurales” frente a la crisis recomendadas por la troika europea.

La inaplicación en aspectos concretos del convenio colectivo sectorial tiene su encaje en el modelo dual de representación y en la intervención, por consiguiente, de los comités de empresa en esa “apertura” del convenio en la empresa concreta en la que se trate. Y ello pese a que el comité no tiene reconocidas las facultades de negociación colectiva, si bien la incidencia sindical sobre los mismos es muy directa. La práctica de estas cláusulas de inaplicación se ha ido fortaleciendo y extendiendo conforme avanzaba la crisis económica y sobre todo en la coyuntura del 2008 – 2009.

Un estudio llevado a cabo en 2005 por el WSI sobre una muestra de dos mil establecimientos de más de 20 trabajadores cubiertos por un convenio, señalaba un uso frecuente de este tipo de cláusulas. Estos datos, sin embargo, cambian si se comparan con la experiencia del 2007 y 2010, en el sentido de que la inaplicación de materias en los convenios colectivos ha sido progresivamente menor en esos dos períodos, por lo que puede pensarse que la adaptación a la crisis de las empresas alemanas se produce antes que el estallido generalizado de la misma en el 2008 para el sur de Europa⁹: Más en detalle:

- las cláusulas de ajuste del tiempo de trabajo pasaron de 51% de todos los establecimientos cubiertos por convenio en 2005 que aplicaron cláusulas de tiempo de trabajo variable, a 31% y 33% en los dos siguientes años. Las cláusulas de extensión del tiempo de trabajo convenido colectivamente pasaron de 21% a 18% en los dos últimos años. Las cláusulas de reducción del tiempo de trabajo pasaron de 15% a 9 y 7%.
- en cuanto a los ajustes salariales las cifras son más estables. El salario base fue reducido en 8% de los casos en los dos primeros años y 8% en el último. Entre los mismos períodos, los incrementos salariales pactados fueron aplazados primero en 12% y luego en 13% de los casos. Respecto de los bonus anuales fueron reducidos o aplazados en 17% en 2005 y 14% en 2007 y 2010. En el caso de la paga de vacaciones, el porcentaje inicial fue de 6%, subiendo ligeramente luego (a 8% y 9%).

Estas concesiones en materia de inaplicación en aspectos concretos del convenio colectivo tuvieron contrapartidas importantes por parte de las

⁹El estudio se ha proseguido por el WSI con datos de 2007 y 2010. Reinhard Bispinck & Thorsten Schulten, *Sector-level bargaining and possibilities for deviations at company-level: The case of Germany*, Workshop “Recent trend in European collective bargaining”, TURI, Bruselas, 21 marzo 2011.

empresas: La primera y más importantes - 79% de los casos - son los compromisos de empleo en la empresa, pero también acuerdos sobre inversión, formación y capacitación, entendidos normalmente en su función de sostenimiento del nivel de empleo en la empresa. En un porcentaje no desdeñable, se obtienen a cambio incrementos en las capacidades de codeterminación por el Comité de poderes empresariales de decisión.

El segundo aspecto que problematiza la negociación colectiva “descentralizada” o “flexible” es precisamente la delimitación de los sujetos actuantes en el ámbito de negociación del convenio de empresa, es decir ya no en la “adaptabilidad” del convenio colectivo sectorial a la empresa, sino en la propia capacidad de concluir un convenio colectivo en ella. Es un problema de “unidad de contratación” en la que se discute si es posible “reservar” unitariamente esta unidad de contratación a los sindicatos mayoritarios en la empresa o si cabe su fragmentación y la consiguiente pluralidad de convenios en la “unidad de empresa”. Tiene que ver, desde luego, con la emergencia de sujetos sindicales de “franja” que se localizan en empresas de transportes y de servicios, y que compiten con el sindicato “general”, fragmentando el ámbito “natural” de la contratación en la empresa y “arrancando” convenios colectivos de franja o grupo de trabajadores de condiciones de trabajo más ventajosas para estos colectivos que las pactadas para el resto de los trabajadores en un convenio general.

Una decisión del Tribunal Federal de Trabajo del 2010 estableció que en general pueden coexistir en una misma unidad de negociación convenios distintos firmados por diversos sindicatos, abriendo así la puerta a una posible fragmentación continua de los ámbitos de aplicación de la negociación colectiva. El tema generó incluso en el 2011 un principio de acuerdo entre la DGB y la asociación empresarial alemana para impedir esta posibilidad, lo que a su vez implicaba la negación del ejercicio del derecho de huelga el sindicato que presionaba para lograr una unidad de negociación concurrente con la “general”. Pero este preacuerdo, que debería ser trasladado a la ley de convenios, fue sometido a discusión entre las distintas federaciones de la DGB que estaban implicadas y el voto en contra de Ver.di – la federación de servicios - , hizo que la DGB se retractara del mismo y por tanto no se alterara la norma legal en este punto.

Francia

El preámbulo de la Constitución de 1946, al que remite la Constitución de 1958 vigente, reconoce el derecho a la libertad sindical: “Toda persona puede defender sus derechos y sus intereses mediante la acción sindical y afiliarse al sindicato de su elección”. La libertad sindical ampara, desde luego, el derecho de negociación colectiva, y Francia ha ratificado los Convenios 87 y 98. Frente a lo que sucede con el derecho de huelga, expresamente mencionado en el Preámbulo de la Constitución, la

negociación colectiva deriva de aquel en cuanto a la capacidad de negociación de los sindicatos en el marco de su derecho a la acción sindical. El derecho de negociación colectiva se desarrolla desde el marco legal, en un contexto cultural en el que la norma estatal imperativa es muy determinante, y la incidencia de la regulación del Estado de las relaciones laborales muy extensa. La constitución francesa reconoce asimismo el derecho a la representación colectiva de los trabajadores en las empresas, lo que implica asimismo la constitución de organismos representativos unitarios de base electiva, los comités de empresa y delegados de personal.

La negociación colectiva aparece regulada como derecho de configuración legal en el Código del Trabajo. El modelo francés se basa en el convenio colectivo sectorial o de rama (*branche*), como tipo convencional social y económicamente relevante. La regla general sobre la eficacia de los convenios colectivos es, como en el caso alemán, la de la eficacia personal limitada, de manera que los convenios colectivos de trabajo “obligan a todos aquellos que los han firmado o que son miembros de las organizaciones o grupos signatarios”, pero se establece un principio de vinculación empresarial al convenio colectivo que obliga al empresario a aplicarlo a todos los trabajadores de su empresa, con independencia de que éstos estén afiliados o no a los sindicatos pactantes. De esta manera, cuando el empresario está vinculado por las cláusulas de un convenio colectivo de trabajo, estas cláusulas se aplican a los contratos de trabajo concluidos con él, salvo disposiciones más favorables, en lo que se denomina principio de la “nuda afiliación empresarial a la asociación patronal pactante”¹⁰. Esto garantiza un amplio margen de cobertura. Por otra parte, la eficacia normativa de los convenios colectivos está también garantizada por las prescripciones del Código del Trabajo.

El predominio del convenio colectivo “de rama” como tipo ideal de la regulación colectiva de las relaciones de trabajo es muy evidente en Francia. La negociación sectorial es muy dinámica y se corresponde con una actividad estatal muy decidida en regular las relaciones laborales. En Francia existe una fijación gubernativa del salario mínimo (SMIG) y clásicamente es la ley la que determina la duración máxima de la jornada de trabajo, como atestigua el importante debate sobre las 35 horas con la mayoría de izquierdas en los años 90. La negociación colectiva en cada sector prefigura y desarrolla las líneas generales y los tratamientos mínimos y generales que tienen su origen en el trabajo asalariado. De hecho, hasta las reformas de las leyes Auroux, en 1982, la negociación colectiva en la empresa era prácticamente inexistente. A partir de estas leyes, la negociación en la empresa queda encomendada a la figura del delegado sindical –

¹⁰ J. Martínez Girón, A. Arufe Varela, “Fundamentos de Derecho Comunitario y comparado...”, cit., p. 137, que se contraponen al modelo alemán de eficacia personal limitada basada en la doble afiliación.

representante de la sección sindical en la empresa – y no a los comités de empresa o delegados de personal.

Además de la negociación sectorial, el caso francés presenta como un elemento típico la presencia de “Acuerdos Interprofesionales”, firmados por los sindicatos representativos y la patronal sobre materias concretas y que tienen una eficacia normativa y general sobre todos los sectores de la producción y de los servicios. Las materias concretas que abordan estos Acuerdos interprofesionales son de muy diverso tipo, pero especialmente significativos los relativos a la reforma de las reglas de participación y representación sindical, y a la seguridad social y pensiones.

Este modelo clásico de negociación colectiva, construido en torno al convenio colectivo de sector, se modifica de manera muy profunda en dos etapas, la primera a través de la Ley de mayo 2004, y posteriormente, a comienzos de la gran crisis, en agosto de 2008. La primera de estas leyes introduce la negociación de acuerdos derogatorios en las empresas, eliminando el principio según el cual los convenios de ámbito inferior al nacional de rama no podían establecer condiciones menos beneficiosas para el trabajador que las establecidas en los acuerdos y convenios de ámbito superior. Esta posibilidad de derogación de aspectos concretos del convenio de sector estaba, sin embargo, controlada por los negociadores del nivel superior, puesto que era posible que en el convenio de rama se prohibiera en todo o en parte la posibilidad de los acuerdos de empresa de inaplicar materias del convenio nacional de rama. De hecho, en el periodo 2004-2007, el número de acuerdos de empresa derogatorios resultó insignificante, de manera que el sistema de negociación colectiva francés siguió centrado en torno al convenio nacional de rama, avanzando en algunos casos hacia una más definida articulación o reparto de materias entre el sector y la empresa, “gobernada” o “dirigida” por el propio convenio sectorial o el acuerdo interprofesional¹¹.

El verdadero cambio de modelo hacia el reforzamiento del ámbito empresarial de negociación se habría de producir en el contexto de un proceso de reformas impulsado por la derecha bajo la presidencia de Sarkozy, en el 2008, y que no sólo afecta a la negociación colectiva, sino que pretende modificar las estructuras institucionales del derecho del trabajo en la estela del “Libro Verde” europeo del 2006. De esta manera, en enero 2008 se firmó un Acuerdo interprofesional sobre la modernización del mercado de trabajo, sin el consenso de la CGT, el sindicato mayoritario, la cual dio lugar a una Ley del mismo título que recogía ese texto concertado, y que fue recibida como un ejemplo claro de aplicación de la noción de *flexiseguridad* a la francesa (Ley nº 2008-596 de 25 junio 2008 « *portant*

¹¹ O. Meriaux, J.-Y. Kerbourch, C. Seiler, “Évaluation de la loi 4 mai 2004 sur la négociation des accords dérogatoires dans les entreprises”, *Documents d'études* nº 140 (2008), DARES, Direction Générale du Travail.

modernisation du marché du travail »)¹². En esta ley se contienen prescripciones sobre el período de prueba y los contratos temporales, pero ante todo una regulación sobre el despido en la línea de una mayor flexibilización y facilitación de esta figura, aunque, naturalmente, sin llegar a los niveles que posteriormente se generalizarían para los estados miembros del sur de Europa a partir de las “reformas estructurales” del 2010 a 2012 en una suerte de “americanización” del modelo europeo¹³.

A los efectos de la reformulación del modelo de negociación colectiva, es más relevante la Ley 2008-789, de 20 de agosto de 2008, sobre la renovación de la democracia social y la reducción del tiempo de trabajo¹⁴, que recibe también en su primera parte una “posición común” entre la patronal y los sindicatos CGT y CFDT sobre la reforma de las condiciones de la representatividad sindical que se realizó a mediados del 2008, junto con instrucciones y mecanismos para la derogación del sistema básico de las Leyes Aubry sobre la reducción de la jornada de trabajo a las 35 horas que concitó el rechazo de los sindicatos CGT y CFDT principalmente, y la ampliación y reforma de las reglas para la conclusión de convenios o acuerdos de empresa. Esta reforma de 2008 es un punto central en la “nueva” configuración de la negociación colectiva y su estructura y ha sido completada por otras leyes, como la ley de octubre 2010, que precisa las reglas de la “audiencia” sindical, la ley de julio 2010 sobre la renovación del diálogo social en la función pública, que extiende los principios de medición de la representación a las organizaciones sindicales en la función pública y refuerza la negociación colectiva en este sector, y la ley de noviembre 2010 sobre trabajos penosos e igualdad hombres-mujeres, que exige la concreción de un plan de igualdad en las empresas de más de 50 trabajadores¹⁵.

En síntesis, las grandes líneas de la reforma del 2008 en Francia se centran en los siguientes aspectos:

- La reformulación de las reglas de la representatividad sindical, en el sentido de partir de una situación de representatividad presunta sobre criterios históricos y políticos a una representatividad probada sobre el dato electoral.
- A la vez, procede a la reconfiguración de la articulación de los niveles que estructuran la negociación colectiva mediante la enunciación de una cierta regla de preferencia del convenio de empresa sobre el del sector y

¹²<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019066178&dateTexte=>

¹³A. Lettieri, “Austerity policies and structural reforms are leading to the Americanization of the European Social Model”, en el blog de Europp de la London School of Economics and Political Sciences, <http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2012/07/13/americanization-of-the-european-social-model/>

¹⁴<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019347122>.

¹⁵ Cfr. El Informe general sobre negociación colectiva que presenta el Ministerio de Trabajo francés, consultable en http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Negociation_Collective-2010-interactif.pdf

mediante la dispositivización de normas estatales hasta el momento consideradas imperativa o de orden público.

- La ampliación y diversificación de los sujetos legitimados en la negociación de acuerdos de empresa con la finalidad de facilitar la conclusión de estos acuerdos.

En cuanto al primer punto, la reformulación de las reglas de la representatividad sindical, la Ley francesa de 20 de agosto del 2008, recogiendo una “posición común” entre MEDEF y la CGPM por parte patronal con los sindicatos CGT y CFDT, modifica el sistema de la representatividad sindical en Francia haciendo oscilar el mismo desde una conceptualización nominal o presunta, sobre la base de determinadas circunstancias significantes de la condición de sindicato representativo, a otra más funcional, basada en una representatividad probada o verificada, que se hace depender del hecho electoral y de la concurrencia entre las fuerzas sindicales reconocidas sobre la base del pluralismo. La opción legal parte del sistema vigente y lo hace desembocar en el criterio de la audiencia electoral como elemento definitorio¹⁶. De esta manera, son criterios para establecer la representatividad sindical los siguientes:

- Respeto por la legalidad republicana, que es la fórmula actualizada de la clásica “actitud durante la ocupación alemana”, en donde se valoraba el antifascismo o al menos el no colaboracionismo de los sindicatos, y que impidió por consiguiente la presencia de sindicatos afines a fuerzas ultraderechistas o post-fascistas. En concreto el sindicato “Frente Nacional”, fue disuelto por una decisión de la Corte de casación de 1998 que había anticipado este criterio como un requisito para cualquier sindicato más que una condición de representatividad. El respeto a los valores republicanos implica, según la posición común empresarios-sindicatos, “el respeto de la libertad de opinión política, filosófica o religiosa, así como el rechazo de toda discriminación, de todo integrista y de toda intolerancia”.
- Independencia frente al empleador, que aunque la ley no lo define, se refiere a la típica prohibición del C 87 sobre el sometimiento de los sindicatos, por cualquier medio, al poder patronal así como la creación de éstos por los empresarios.
- Transparencia financiera, es decir, publicación de las cuentas y balances sindicales y control de las mismas, aunque se trata de un requisito que se debe ponderar en función de los diferentes ámbitos de reconocimiento de la personalidad jurídica de la asociación sindical, puesto que la exigencia de una contabilidad oficial puede constituir para algunas estructuras sindicales una carga muy grande.

¹⁶ Una exposición completa y sintética de las reformas en el monográfico “Representativité et droit syndical après la loi 20 août 2008”, *RevuePratique de Droit Social* n° 764 (diciembre 2008).

- Antigüedad, es decir una cierta duración en el tiempo que se cifra, de manera muy razonable, en dos años en el ámbito funcional y geográfico referido a la negociación colectiva en la que el sindicato quiera participar.
- Audiencia electoral, cifrada en un 10% de los sufragios obtenidos en las elecciones a comités de empresa y delegación única de personal o en su defecto delegado de personal para el ámbito de la empresa, y un 8% de los votos obtenidos en dichas elecciones en el ámbito sectorial de que se trate o, de forma cumulativa, en el nivel interprofesional.
- Influencia del sindicato, que se traduce en actividad y experiencia del mismo e implantación territorial y funcional, por otro, pero que en último término resultan subsumida en los datos que se derivan de la audiencia electoral.
- Número de afiliados y cotizantes, en cantidad tal para que se pueda hablar de una presencia real del sindicato y desplegar una actividad autónoma y suficiente para el cumplimiento de sus fines.

Por lo tanto, la ley se mueve desde los criterios tradicionales para delimitar la representatividad en Francia a configurar la audiencia electoral medida a través de las elecciones a los organismos representativos del personal como el eje del sistema. Si antes era posible una estimación conjunta de los parámetros de la representatividad, de manera que pudieran compensarse puntos “fuertes” y “débiles” de los mismos en algún sindicato considerado representativo, la ley de agosto 2008 exige que estos criterios sean “cumulativos”, es decir, que la cualidad de representativo se otorga a las organizaciones que reúnan todos y cada uno de estos requisitos, por lo que el parámetro de la audiencia es definitivo. De hecho se da un cierto período de transición de dos años para implantar de forma definitiva el nuevo régimen. Durante ese periodo es previsible que se produzcan algunas fusiones sindicales de organizaciones de categoría que tienen difícil superar la barrera electoral, como la *Confédération Générale des Cadres*, o otras residualmente históricas, como la CFTC (*Confédération Française des Travailleurs Chrétiens*). Todavía no se puede valorar la totalidad de sus efectos. En cualquier caso, la eventual pérdida de representatividad de los sindicatos firmantes no puede ser alegado como causa para alterar la validez y vigencia de los convenios colectivos firmados por los mismos (*mise en cause*).

La función de esta reformulación del sistema sindical en Francia está directamente ligada a una institucionalización sindical en la negociación colectiva y el fortalecimiento de la presencia sindical en la empresa. Ambas formas de acción sindical se hacen depender de la superación de un umbral de representatividad fijada sobre la base del voto de los trabajadores a los órganos de representación en la empresa. El umbral es diferente en razón del espacio donde se despliega la representatividad, y es más alto para determinar la representatividad en la empresa que en la rama o en el nivel confederal. La representatividad en la empresa permite formar secciones

sindicales y elegir un delegado sindical con plena capacidad negociadora en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo. Ello permite hablar de una extensión de las capacidades de acción del sujeto sindical así seleccionado. El sistema tiene por tanto resonancias muy próximas al que está vigente en España, basado de forma exclusiva en la audiencia electoral de los sindicatos en las elecciones a los órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en los que prevé el Estatuto Básico del Empleado Público para los funcionarios públicos.

La reformulación de las reglas con las que el sistema jurídico institucionaliza el fenómeno sindical y la modificación inducida por la norma en el sistema francés de representación de los trabajadores en la empresa, tiene como objetivo el reforzamiento de la negociación colectiva de empresa. En efecto, el encuadramiento del poder de representación está originado por una revalorización de la negociación colectiva como fórmula idónea para vehicular la flexibilidad y la adaptabilidad de las relaciones laborales, en especial en el territorio de la empresa, donde se refuerza la presencia de los sindicatos representativos en el marco de la regulación legal francesa que no requiere una acción unitaria para lograr la eficacia generalizada del convenio.

De esta manera, el fomento de la negociación colectiva en la empresa tiene que ver, en primer lugar, con la introducción de una regla que ya hemos visto recogida en otros ordenamientos y que se puede definir como una tendencia normativa a recoger la articulación de las reglas de relación entre convenios colectivos sobre la base de una “diversificación derogatoria”, entendiéndose por tal el establecimiento de la regla de que los convenios de sector son siempre supletorios de los convenios de empresa. Es decir que éstos pueden regular de forma diferente, contraria o menos beneficiosa los contenidos fijados en el convenio sectorial.

Este impulso al acuerdo de empresa o de centro de trabajo constituye un elemento central de la organización de la negociación colectiva en Francia a partir de la ley de mayo 2004¹⁷, pero, como ya se ha hecho alusión, los interlocutores sociales hicieron un muy escaso uso de la misma. La regla se configuraba directamente en la ley, pero podía ser inactuada mediante una prescripción expresa en la negociación colectiva de sector. Estaba además estrechamente relacionada con la legitimación para negociar y la posibilidad de organizar por los sindicatos disidentes una oposición formalizada que revocara el acuerdo. En efecto, la validez del acuerdo derogatorio se subordinaba a la inexistencia de oposición de los sindicatos que hubieran recogido más del 50% de los votos a las elecciones a representantes del personal. A su través también se abrió una vía jurisprudencial para

¹⁷ M. Bonnechère, “L’organisation de la négociation collective”, en G. Borenfreund y M.A. Souriac, *Sybducats et Droit du Travail*, Dalloz, Paris, 2008, p. 34.

encuadrar los casos de grupos de empresas como unidad de negociación en la medida en que se acoge a este mecanismo “de derogación” expresa. Sin embargo, esta posibilidad de “acuerdos colectivos derogatorios” de ciertas disposiciones legales que reglamentan las condiciones de trabajo, se vuelve a poner sobre el tapete en la reforma de 2008. Y en esta normativa destaca especialmente, por su carácter simbólico, respecto de las prescripciones legales sobre la reducción del tiempo de trabajo. En estos casos, la regulación de horas “suplementarias” más allá de las 35 horas semanales se realiza por acuerdo de empresa o de centro de trabajo y sólo en defecto de estos, por acuerdo sectorial.

Esta forma de organizar el sistema de negociación colectiva se justifica como un impulso decisivo a la negociación colectiva empresarial en sintonía con una fórmula económica de adaptabilidad y de flexibilidad de las condiciones salariales y de trabajo. Como medida de política del derecho, ha sido contestada también desde el punto de vista económico al oponer a este esquema de empresarialización convencional que es el convenio colectivo de sector el que asegura a todos los trabajadores del mismo sus derechos y regula así la concurrencia en el mercado de forma más homogénea, mientras que la derogación descontrolada de estas condiciones salariales y laborales por acuerdos de empresa o de centro de trabajo pueden propiciar fenómenos de *dumping*.

Los datos de que se dispone son fragmentarios, pero indican que hay un progresivo crecimiento de los acuerdos de empresa en 2009 y 2010, y que los temas centrales de los mismos no sólo son los referidos al llamado “plan de ahorro salarial” en supuestos de crisis, o a las medidas de congelación salarial y uso flexible del tiempo de trabajo, sino que ha aumentado la pactación de medidas de participación sindical y sobre igualdad profesional. El 72% de estos acuerdos han sido firmados por los delegados sindicales¹⁸. A su vez, y esa es la segunda característica de las reformas francesas, la norma permite la aparición de nuevos sujetos negociadores en la empresa diferentes del delegado sindical, en los supuestos en los que éstos no existan, permitiendo que en las empresas de menos de 50 trabajadores los sindicatos designen a un delegado de personal – representación unitaria y no sindical, aunque frecuentemente sindicalizada – para llevar a cabo la negociación colectiva. En los supuestos en los que tampoco existiera representación unitaria del persona, los sindicatos podrían designar uno o más trabajadores – *salarie mandaté* – para llevar a cabo una negociación sobre una materia específica. Este tipo de ampliación de la legitimación para negociar acuerdos de empresa por parte de los trabajadores debía estar “gobernada” por un convenio colectivo sectorial, pero esta condición ha

¹⁸http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Negociation_Collective-2010-interactif.pdf.

desaparecido en la Ley de agosto de 2008, a partir eso sí de enero de 2010¹⁹.

Las nuevas normas de legitimación para negociar acuerdos de empresa en la ley de agosto 2008 son más complejas y articuladas. La negociación de empresa se fragmenta en razón del tamaño de la plantilla, imponiendo reglas diferenciadas en razón del colectivo de trabajadores, inferior o superior a 200 trabajadores. Por regla general, para que el acuerdo de empresa sea válido, los delegados sindicales deben sumar la mayoría de los sufragios emitidos en las elecciones a representantes de personal, las “elecciones profesionales” en la terminología francesa. Si la empresa carece de delegados sindicales, funciona la legitimación supletoria de las estructuras legales de representación, y si tampoco éstas existen, cabe recurrir a los “trabajadores mandatados”, pero se requiere un acuerdo en referéndum para aprobar lo negociado con la empresa²⁰.

Estos impulsos de reformulación de negociación colectiva en la empresa llevan consigo el reforzamiento de un principio de mayoría como complemento de la “facilitación” de ésta. La introducción de la “referencia mayoritaria”, expresada tanto en términos de porcentaje de representación de los sindicatos pactantes como en el reconocimiento de una posibilidad de expresión directa de tipo referendario a la colectividad del personal, caminan en esa dirección. Como asimismo la idea de la “aprobación suficiente” o “mayoría de compromiso” – un 30% de los sufragios en las elecciones profesionales – unida a la de “ausencia de oposición” es decir, la de los sindicatos que hayan obtenido un 50% al menos de los votos en esa misma unidad negocial²¹.

Con todo, no puede decirse que en el sistema francés la unidad de negociación dominante sea la empresa, reduciendo la finalidad y el alcance de los convenios de rama a acuerdos de encuadramiento, normas supletorias o acuerdos de método de negociación, como se diseña en algunos documentos de organismos económicos y financieros para los países “rescatados” financieramente o en vías de serlo en Europa. Todavía se asigna un espacio muy importante a la negociación colectiva de rama y a los acuerdos interprofesionales. Los datos señalan tanto la presencia numérica de los convenios sectoriales como la importancia y variedad de los temas regulados en la misma. La tendencia de los años 2009 y 2010 es al alza, tanto en materia de negociación sectorial como – ya se ha señalado – en la negociación colectiva de empresa. Se trata de una negociación

¹⁹ H. Ysàs, “Representación de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva: el caso francés”, *Revista de Derecho Social* nº 58 (2012), pp. 213-214.

²⁰ Para una especificación de estas reglas, H. Ysàs, “Representación de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva: el caso francés”...cit., pp. 214-215.

²¹ H. Ysàs, “Representación de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva: el caso francés”...cit., p. 218-219.

colectiva muy activa, que además resulta enriquecida con el abordaje de la regulación de nuevas materias²².

Italia

El caso italiano es en cierta medida excepcional, puesto que parte de un reconocimiento de derechos colectivos en la Constitución que, en lo referido a la representatividad sindical y a la negociación colectiva, no ha sido desarrollado, siendo sustituido por un sistema sindical de hecho y un esquema de negociación colectiva “de derecho común”. La Constitución italiana de 1947, que es fruto de un compromiso emblemático entre las fuerzas antifascistas de aquel país, se inscribe claramente en el marco del nuevo constitucionalismo europeo que da carta de naturaleza a los derechos colectivos de los trabajadores y a los derechos ciudadanos enclavados en el marco de un Estado Social. La República italiana se declara “fundada sobre el trabajo”, y la Constitución se compromete a que los poderes públicos remuevan los obstáculos de tipo económico, social o cultural, que dificulten o impidan la consecución de la igualdad sustancial para los trabajadores.

La Constitución italiana reconoce de manera amplia el derecho de huelga y la libertad sindical: “La organización sindical es libre”. Naturalmente Italia ratifica los C 87 y 98.. Sin embargo, la anomalía italiana se produce respecto de las prescripciones previstas en el art. 39, párrafo 4º de la Constitución. En él se prevé un sistema de registro público de los sindicatos para obtener personalidad jurídica, y, de esta manera, “representar unitariamente en proporción a sus afiliados” a los trabajadores, y “estipular convenios colectivos con eficacia vinculante” para todos los trabajadores pertenecientes a los sectores a los que el convenio se refiere. Es decir, la norma constitucional prefigura un sistema de representatividad sindical en razón de la implantación del sindicato que permitiría a éste negociar convenios colectivos de eficacia normativa y general, el llamado efecto *erga omnes* del convenio.

La ruptura de la unidad sindical como consecuencia de la guerra fría y la consolidación de gobiernos de la democracia cristiana fuertemente orientados contra el partido comunista italiano y su referente sindical, la CGIL (Confederación General Italiana del Trabajo), hizo que se crearan otros sindicatos, señaladamente la CISL (Confederación Italiana de Sindicatos Libres), que rechazaron la posibilidad de desarrollar el mecanismo del art. 39.4 de la Constitución fundamentalmente en razón de la posible concentración de consensos de los trabajadores en torno a la CGIL y la previsible situación de los otros sindicatos de subordinación o subalternidad ante el sindicato mayoritario.

²²http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Negociation_Collective-2010-interactif.pdf

De esta manera, sindicato y convenio colectivo se alejaron del modelo previsto en la Constitución, juzgado demasiado “publicista” por imponer el *erga omnes* en razón de la verificación del alcance de la representación de los sindicatos, y se encaminaron hacia un sistema sindical de hecho, en el que los sindicatos son puras asociaciones de hecho, sin registrarse como organizaciones sindicales y por tanto asociaciones cualificadas por su función en un registro especial dependiente de la autoridad pública, y la negociación colectiva se concibe como un tipo especial de contratación, la contratación colectiva “de derecho común”, sometida en general al derecho privado de los contratos.

Esta extra-estatalidad del sistema sindical resultó posteriormente teorizada en los años 60 como una característica específica del sistema de relaciones laborales italianas, en la teoría del ordenamiento sindical autónomo que elaboró Gino Giugni y que se basaba en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos de Santi Romano.

En este sentido, por tanto, el convenio colectivo es un contrato colectivo privado, que tiene eficacia personal limitada entre las partes que lo conciertan y las personas representadas por éstas. Esta eficacia, que no requiere un principio de doble afiliación como en el caso alemán, logra una aplicación generalizada en la práctica mediante la afiliación de la empresa a la asociación empresarial que ha negociado el convenio, como en el supuesto francés, con el añadido de que la aplicación del contenido del convenio a los trabajadores no afiliados o a los afiliados a un sindicato no pactante se produce por la aplicación de un principio antidiscriminatorio entre trabajadores afiliados y no afiliados en las condiciones de trabajo, salariales y de empleo, en una unidad productiva concreta.

El convenio colectivo tiene además eficacia normativa, fijada jurisprudencialmente. Es la Ley 533 de 1973 la que dispone que las renunciaciones y las transacciones que tienen por objeto derechos del trabajador derivados de disposiciones inderogables de la ley y de los convenios o acuerdos colectivos relativos a los contratos de trabajo, no son válidas.

La negociación colectiva es una facultad que proviene de la libertad sindical y que, por consiguiente, en un sistema sindical de hecho, posee cualquier sindicato. Los convenios colectivos se construyen, por consenso entre los principales sindicatos del país, en el nivel nacional y sectorial. Se entiende que estas coordinadas son las que permiten establecer un marco general en cuanto a los salarios de los trabajadores y el resto de condiciones de trabajo, más aun teniendo en cuenta que el Estado no determina un salario mínimo. El convenio colectivo nacional de sector (*categoría*) es el instrumento determinante de los tratamientos mínimos del trabajo asalariado, sin perjuicio de permitir mejoras de los mismos en algunas empresas de tamaño medio – grande en un esquema denominado “negociación articulada”, en

donde el sindicato aborda la negociación en la empresa desde esta óptica de mejora o experimentación reivindicativa en esta negociación articulada, y ello a partir de los años 1962-63.

Durante los años sesenta, en efecto, se va forjando en Italia un proceso de culturalización obrera unitaria que favorece el desplazamiento del centro de atención de la cuestión salarial a la empresa y los lugares de trabajo, con una importante base asamblearia y unitaria. El movimiento de los delegados y la conflictividad acentuada a finales de esta década – *l'autunno caldo* de 1969 – posibilitan la primera gran ley de fomento y apoyo del sindicato y de su acción sindical en la empresa, el Estatuto de los Trabajadores de 1970, que contiene importantes prescripciones sobre la representación sindical en la empresa, derechos del trabajador, garantías sobre el empleo – la readmisión forzosa ante el despido declarado ilegítimo – y el procedimiento de tutela de la libertad sindical. Este impulso normativo al sindicalismo y a la acción sindical no supone un cambio de modelo, y el sistema sindical se consolida con el pacto federativo de 1972 entre las tres grandes confederaciones del país – CGIL, CISL y UIL – que consolida la unidad sindical de hecho y la representatividad de estas como partes negociadoras de todos los convenios colectivos nacionales de sector en una suerte de monopolio sindical de hecho de la representatividad para negociar colectivamente.

Este cuadro regulativo se mantiene sin grandes variaciones hasta prácticamente el comienzo del nuevo siglo. Hubo ciertamente importantes ajustes del modelo y una conflictividad derivada de la inserción en este esquema de los sindicatos “autónomos” – es decir no insertos en las federaciones de sector de las tres grandes confederaciones – que buscaban su legitimación para convenir, en especial en el sector de los transportes y de los servicios de la educación y de la administración local, o la muy importante extensión del principio pleno de negociación colectiva al empleo público, con un sistema específico de medición de la representatividad para negociar entre los sindicatos presentes en el sector basado en un sistema mixto entre los mecanismos afiliativos y el sufragio electoral para la constitución de representaciones unitarias. Ambas situaciones desembocaron en respuestas normativas que pretendieron ofrecer una regulación adecuada a estas problemáticas.

También la representación sindical en la empresa- en Italia no existe “doble canal” y los representantes en la empresa son representantes sindicales – tuvo una cierta remodelización respecto del sistema previsto en el art. 19 del Estatuto de los trabajadores, a partir de un importante Acuerdo entre el gobierno y los sindicatos CGIL, CISL y UIL de julio 1993, desarrollado por un Acuerdo Interconfederal sindical para la constitución de las representaciones sindicales unitarias en la empresa de diciembre de ese mismo año, que configura un sistema de representación mixto: 2/3 de la

RSU se configuran a partir de un mecanismo de base electoral sobre listas sindicales de los sindicatos confederales o de otros sindicatos que sean promovidos por al menos un 5% de los trabajadores con derecho a voto, en proporción a los votos obtenidos y 1/3 por la designación o elección por parte de los sindicatos confederales estipulantes del acuerdo. El sistema sindical de hecho impone que este tipo de acuerdo no pueda tener una sanción legal, de forma que consigue vigencia en función de la implantación del mismo en las empresas a iniciativa de los sindicatos. En los datos de que se dispone, el sistema no fue implantado homogéneamente, y es posible encontrar unidades productivas o empresas con RSU conforme al Acuerdo de 1993, otras con representaciones sindicales “puras”, derivadas del sistema anterior – RSA, o *rappresentazionisindacaliaziendali* - y, en fin, otras donde no existía representación colectiva de trabajadores.

A partir de este momento sin embargo, en la práctica negocial italiana se abre la posibilidad de formalizar un “segundo nivel” de negociación en la empresa o en unidades territoriales de sector inferiores al nacional, que permita regulaciones diferentes o que se aparten de lo establecido en el convenio colectivo nacional e incluso la posibilidad de inaplicación de algunos contenidos del convenio sectorial. Esta utilización del “segundo nivel” ya no en la clave típica de mejora de tratamientos retributivos o laborales, sino como regulación diversa o incluso derogatoria de materias concretas comienza a encontrar un espacio de permisibilidad siempre en la medida y con las condiciones que se delimiten en el propio convenio colectivo nacional de sector, como se había ido realizando en algunos casos particulares. El convenio de empresa por consiguiente aparece “recogido” o “generado” a partir del convenio colectivo sectorial, como texto regulativo “general” de las condiciones de trabajo en una empresa determinada, sin que por consiguiente se limitara a la regulación informal de aspectos concretos de mejora o extensión de la regulación convencional aplicable o de adopción de medidas de crisis o de reestructuración de empleo.

La llegada al poder nuevamente de la coalición conservadora “Pueblo por las Libertades” comandada por Berlusconi en el 2008, comenzó a inducir cambios muy relevantes en materia de relaciones laborales y, muy especialmente, en el sistema sindical de hecho. Ante todo, y de forma muy llamativa, mediante la ruptura de la unidad de acción entre los tres grandes sindicatos confederales y el aislamiento de la CGIL como “sindicato de la oposición”. Este clima de división que conduce a una cada vez más frecuente práctica de “acuerdos separados” y ello pese a que se realizan esfuerzos importantes por intentar ofrecer un frente común y un proyecto de acción en la negociación colectiva.

Así, en 2008 los tres sindicatos confederales establecen unas líneas directivas para reformar “la estructura de la negociación colectiva”, en donde se revisa el acuerdo de 1993 y se da mucho más espacio a la capacidad de las representaciones sindicales de llegar a acuerdos de empresa – el

“segundo nivel” – de manera que los convenios colectivos nacionales deben necesariamente prever las materias y los supuestos que estos convenios de empresa deben regular, recomendándose en concreto el tema de los componentes salariales de la productividad y calidad del trabajo y los procedimientos de información y consulta sobre los aspectos financieros de la empresa para poder “leer” su programa de acción, junto con las materias de formación profesional, organización del trabajo y flexibilidad negociada, entre otras.

Pero este acuerdo no impide la firma de algunos convenios colectivos nacionales muy significativos como el de los metalmecánicos, por los sindicatos “no mayoritarios”, sin el acuerdo de la FIOM-CGIL, el sindicato ampliamente dominante en el sector²³, ni tampoco la división sindical basada en la valoración negativa de una serie de reformas laborales emprendidas por la coalición conservadora sostenidas por CISL-UIL, y la consiguiente conflictividad político-social mantenida, de forma muy decidida, por la CGIL como figura canalizadora de la oposición social, que también se va manifestando en la emergencia de otros movimientos no organizados de forma permanente, como el “pueblo violeta” del movimiento de mujeres, u otros colectivos de trabajadores precarios y desempleados, con especial relevancia de los correspondientes al sector del conocimiento y de la escuela y su alianza con un importante movimiento estudiantil.

Pero es en 2010 cuando el sistema sindical italiano conoce un punto de inflexión a partir de la imposición violenta de una “legalidad” unilateral de empresa que se coloca fuera de la norma estatal y del sistema de negociación colectiva, creando un espacio de regulación propio basado sobre un mecanismo de sumisión que sustituye la lógica bilateral del conflicto y de la negociación. Este consiste, en síntesis, en condicionar la posibilidad de existencia de la acción sindical en la empresa a la aceptación previa del proyecto empresarial sobre el empleo y las condiciones de trabajo. Es el caso FIAT, conocido también por el nombre de su administrador general, Marchione, a partir de la absorción de FIAT por la Chrysler norteamericana.

El proceso de los hechos es largo y contiene toda una serie de actos de violencia económica típicos, desde la organización de referéndums entre los trabajadores de la empresa para que *elijan libremente* prescindir de sus condiciones salariales de trabajo, sustituidas por unas mucho menores, o perder sus puestos de trabajo por cierre de la planta y traslado de la producción a otros países, a la desafiliación de la empresa de la organización empresarial estatal, *Cofindustria*, para no aplicar el convenio colectivo nacional a sus trabajadores, y, en fin, la de interpretar una norma

²³A. Lassandari, “La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema”, *Lavoro e Diritto* nº 2 (2011), pp. 321-323.

reformada por referéndum, el art. 19 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de entender que sólo los sindicatos firmantes de un convenio colectivo tenían derecho a tener reconocida representación sindical en la empresa, de manera que la Fiom – la federación de trabajadores metalúrgicos de la CGIL – quedaba expulsada de la empresa FIAT al no haber añadido su firma a un acuerdo de empresa firmado por la dirección de FIAT y las estructuras sindicales de CSIL y UIL.

Los tribunales italianos comienzan a establecer, en una larga serie de decisiones, la antisindicalidad evidente de este plan de exclusión de un sindicato con plena implantación en la empresa y mayormente representativo en todo el país, del espacio de la empresa FIAT sobre la base de que, en uso de su libertad de contratación, no haya suscrito el acuerdo de empresa - por otra parte derogatorio de condiciones laborales fijadas en el convenio nacional de *categoría*²⁴. Pero esta deriva concreta del plan empresarial no es lo importante, sino su significado como “crisis del sistema” sindical italiano²⁵.

En efecto, la conmoción que produjo en el entero sistema de relaciones laborales de la capacidad de una gran empresa de imponer sus propias condiciones de legalidad al margen de lo regulado normativa y convencionalmente, allegando incluso consensos sindicales a su plan, se hizo notar a la vez que la crisis de financiación del Estado italiano se agravaba – 2011 – y produjo una serie de reacciones opuestas. Por un lado, los sindicatos llegaron a un acuerdo interconfederal en agosto de 2011, en el que se señalaba la posición central en el sistema de la negociación colectiva nacional de sector pero a la vez se admitía la posibilidad de acuerdos derogatorios de algunas materias de estos – especialmente en materia salarial, de organización del trabajo y uso flexible del tiempo de trabajo – si bien sometiendo estos acuerdos a ciertas condiciones. Se intentaba en efecto recuperar de forma ambigua un compromiso que permitiera someter este tipo de acuerdos de separación o derogatorios del régimen convencional aplicable a una empresa no sólo a la previsión expresa de un convenio colectivo nacional, sino también al condicionamiento de un acuerdo en sede empresarial que fuera adoptado por el sindicato o sindicatos que supusieran la mayoría de la RSU, o que se sometiera a un referéndum entre los trabajadores²⁶. El Acuerdo de agosto de 2011 firmado por la CGIL, la CISL y la UIL requería un desarrollo posterior que sin embargo ha quedado abortado ante el nuevo discurrir de la crisis y la incorporación al panorama

²⁴Sobre el contencioso judicial, con inserción de las principales sentencias que condenan a FIAT por actuación antisindical, cfr. <http://www.cgil.it/tematiche/default.aspx?ARG=GIURIDICO>.

²⁵ Este es el interrogante que se planteó la revista *Lavoro e Diritto*, en su fascículo 2 del 2011, dedicado monográficamente al “Caso Fiat. ¿Una crisis de sistema?”. De las sugerentes e interesantes aportaciones de la revista, destaca la de L. Mariucci, “*Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno del passato*” (pp. 239-258), A. Lassandari, “*La contrattazione collettiva: prove di decostruzione di un sistema*” (pp. 321-341) y, por su contextualización de la relación entre Chrysler y Fiat, el de L. Calafà. “*Cartoline di Detroit*” (pp. 363 – 380).

²⁶ Un análisis del acuerdo en U. Romagnoli, “El ambiguo compromiso del Acuerdo Interconfederal italiano del 28 de junio de 2011”, *Revista de Derecho Social* nº 55 (2011), pp. 13 ss.

legislativo italiano de una norma, interpretada como una de las “reformas estructurales” exigidas por las autoridades monetarias europeas, incluida en la ley presupuestaria para el 2012 (*legge di manovra*).

En efecto, el artículo 8 de la Ley 148/2011 de 14 de septiembre, regulaba la negociación colectiva de empresa y territorial infranacional – el llamado “segundo nivel” – y denominaba a estos convenios con el neologismo de “acuerdos de proximidad”. Se trataba de acuerdos cuyos objetivos fijados legalmente eran muy variados, porque iban desde un incremento del empleo y de la calidad del trabajo, la regularización del trabajo irregular, incrementos de la competitividad salarial, a la gestión de las crisis de empresa o reestructuración de empleo, inversiones y puesta en marcha de nuevas actividades. Para ello los “acuerdos de proximidad” podían utilizar varias medidas desde implantación de nuevas tecnologías, modificación de categorías y de la clasificación profesional, uso de contratos de trabajo atípicos, externalización de actividades y mecanismos de solidaridad en la cadena de subcontratación, uso flexible del tiempo de trabajo, regulación de las modalidades de ingreso en la empresa, medidas de conversión de contratos atípicos en estables, y regulación de las modalidades de extinción. Lo más decisivo de esta regulación sin embargo estaba constituido por su “blindaje” normativo. Los acuerdos de proximidad podían derogar las disposiciones legales reguladoras de las materias señaladas así como los preceptos relativos de los convenios colectivos nacionales de sector sobre dichas materias. Además contiene un mandato de “convalidación” de los acuerdos derogatorios de empresa aprobados y suscritos antes del 28 de junio de 2011 que puedan subsumirse en la función y el objetivo de los “acuerdos de proximidad”. Es evidente la influencia de los acontecimientos que rodearon el Caso Fiat durante 2010 y comienzos del 2011 en esta disposición, que pretende expresamente convalidar los acuerdos de aquella empresa - no en vano esta disposición se conoce como el “párrafo FIAT” – y que, por otra parte, colisiona directamente con el Acuerdo Interprofesional de agosto de 2011.

El precepto legal descrito ha sido unánimemente criticado por los sindicatos y la doctrina laboralista, señalando la inconstitucionalidad de esta disposición que elimina la fuerza imperativa de la legislación laboral y que inaplica sin control el convenio colectivo nacional de sector, debilitando de forma definitiva su fuerza vinculante²⁷. En cualquier caso la persistencia de la crisis y la propuesta de nuevas reformas en materia laboral tras la constitución del Gobierno Monti – en particular la reforma del mercado de trabajo que lleva a cabo la Ley n. 92, de 28 de junio de 2012, donde se incluye la modificación

²⁷ Un elenco de comentarios sobre las dudas de inconstitucionalidad y el quebrantamiento de obligaciones internacionales del estado italiano sobre el respeto de la negociación colectiva, en <http://www.cgil.it/tematiche/Documento.aspx?ARG=GIURIDICO&TAB=4&ID=16816>. De forma muy enérgica, U. Romagnoli, “Il Diritto del lavoro torna al Medioevo”, en la revista digital *Eguaglianza e libertà*, <http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1433>o el texto, también en la misma revista, de L. Mariucci “L’articolo 8? Copiato dai cinesi”, <http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1416>

del emblemático art. 18 del Estatuto de los Trabajadores, rebajando su garantía de empleo en el caso de los despidos ilegítimos por causas económicas – hace que el marco regulador italiano se encuentre en una situación inestable, de difícil concreción hoy en día²⁸.

No obstante, lo que se puede afirmar es que, pese a la crisis de sistema que ha inducido la “epifanía” del orden normativo de la empresa a partir del Caso Fiat en el 2010, la negociación colectiva italiana permanece en parámetros cuantitativos bastante fijos. Según los datos de ISTAT para julio de 2012, los convenios colectivos nacionales de sector regulan las condiciones de trabajo y empleo del 71% de los trabajadores ocupados, pero con ciertas diferencias entre los sectores económicos, muy alta en la industria y en el sector agrícola (en torno al 90% de los trabajadores de éstos) y también en el sector de los servicios privados (un 80%). Otros sectores – *categorie* – están pendientes de renegociar sus convenios colectivos. La excepción la supone los convenios colectivos del empleo público – tres millones de empleados públicos – a los que la ley 122/2010 impidió la renovación de los convenios colectivos que regulaban sus condiciones de trabajo, ordenando el bloqueo de las negociaciones y la congelación por tanto de los tratamientos retributivos hasta el 2013. Salvo en este importante sector, al que se ha bloqueado el derecho de negociación colectiva sobre la base de las exigencias de contención del gasto público impuestas por las autoridades monetarias europeas a los países con dificultades de financiación de su deuda pública y privada, el resto de *categorie* cuyo convenio está pendiente de concluir no es muy relevante respecto del total de trabajadores encuadrados en convenios colectivos sectoriales vigentes.

V.3 España

El modelo democrático de negociación colectiva en España se forja a partir de la Constitución de 1978 y el desarrollo legal de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores (ET), de una parte, en paralelo a las prácticas negociales entre los interlocutores sociales, patronales y sindicales, que concluyeron acuerdos marco interconfederales que estructuraron y ordenaron tanto los contenidos de la negociación colectiva en su conjunto como la propia coordinación del mismo. El sistema ha tenido una gran vitalidad en España y se ha ido conformando con una cierta estabilidad en las reglas de las que se ha dotado hasta la gran crisis de 2010-2012.

El modelo de negociación se ha ido perfeccionando durante treinta años pero se encuentra en la actualidad bajo presión derivada del intento de imposición por los poderes públicos de un paradigma de negociación contrario y opuesto al que se había ido condensando en la etapa

²⁸ Una síntesis crítica de los contenidos de la reforma *Fornero* – que es el nombre de la ministra de trabajo – se puede consultar en [riformafornero_it.pdf](#)

democrática. Este modelo alternativo, al que se hará referencia detallada en el interior de este informe, pretende sustituir paulatinamente un esquema de negociación articulada entre el sector y la empresa por un atomismo negociador en el que la preeminencia del convenio de empresa o del acuerdo colectivo en los establecimientos productivos pueda imponerse frente al convenio sectorial o de rama. En cualquier caso, es todavía pronto para apreciar los efectos de esta deriva normativa y de su repercusión real en las relaciones laborales.

Como reacción al franquismo, el modelo constitucional español incluye un amplio desarrollo de derechos sindicales y colectivos. En efecto, la Constitución de 1978 reconoció no sólo la libertad sindical y el derecho de huelga, sino de manera específica el derecho a la negociación colectiva de los representantes de los trabajadores, junto con el derecho de participación de los trabajadores en la empresa, todos ellos como derechos autónomos situados por así decir “al lado” del derecho de libertad sindical, pero sin confundirse con ella²⁹. Al ser reconocidos como derechos ligados a la titularidad individual de los trabajadores o a la cualidad de representantes de los mismos, la relación con el sindicato como representante “normal” de los trabajadores es más compleja, porque la forma-sindicato no agota ni los sujetos colectivos posibles ni monopoliza las facultades de acción en que esta libertad consiste, en especial huelga y negociación colectiva. Es más frecuente por tanto en el sistema constitucional español no hablar sólo o exclusivamente de la libertad sindical como eje de los derechos colectivos, sino de un principio de autonomía colectiva en donde convergen varias subjetividades que comparten facultades de acción fundamentales, como la capacidad de convocar una huelga, negociar un convenio colectivo o ejercitar los derechos de información y consulta en las empresas, pese a lo cual, como es natural, la figura del sindicato es un elemento vertebrador de esta perspectiva.

En el sistema jurídico español, el art. 37.1 de la Constitución (CE) expresa la relación existente entre autonomía colectiva y ordenamiento nacional-estatal. Para este precepto, la negociación colectiva es un derecho que corresponde a los representantes de los trabajadores y que sirve de mecanismo de regulación de las relaciones laborales sobre la base de la fuerza vinculante del producto de la negociación, es decir, el convenio colectivo. La autonomía colectiva, que se desenvuelve en los procesos de negociación colectiva de las condiciones de trabajo y de empleo en un ámbito funcional y geográfico determinado, produce reglas de derecho objetivo. El convenio colectivo se inserta en el ordenamiento jurídico como fuente del derecho, produciendo efectos normativos.

²⁹ España, además, ha ratificado los C87 y C98 (ambos en 1977), así como el Convenio 135 (en 1985).

Esa normatividad del convenio colectivo se acompaña de la eficacia personal general. Se trata de un rasgo característico del modelo español de negociación colectiva que no comparte con otros modelos nacionales de la misma órbita cultural, más volcados en la noción de contrato colectivo sometido a las reglas de la eficacia de los contratos. En España, el carácter normativo y la eficacia general del convenio colectivo se hacen derivar directamente de la noción de representación general o mayoritaria. Este hecho tiene que ver con la implantación del modelo dual de representación de intereses de los trabajadores a partir de los lugares de trabajo entre los órganos llamados “unitarios” – los comités de empresa y los delegados de personal – y las secciones y los delegados sindicales. La dualidad se resume en una representación general, que se limita al centro de trabajo y a la empresa por extensión, y que se extiende sobre la totalidad de los trabajadores representados por los organismos unitarios y electivos creados por el título II del ET, y una representación mayoritaria, a partir de la representatividad sindical, que se explicita en la empresa, imbricada en las estructuras de la representación unitaria, y a niveles superiores a la empresa, el sector o la rama de producción a partir del sindicato representativo.

La clave de estas nociones de representación la posee la negociación colectiva entendida como proceso de creación de normas sobre el trabajo. Las reglas de la representación general a través del mecanismo electoral en los centros de trabajo y la formación de una representación sindical en la empresa y en niveles superiores a la misma, que generaría reglas específicas de verificación de la implantación mayoritaria de los sindicatos representativos, tiene su origen en la necesidad de delimitar los sujetos colectivos presentes en la negociación colectiva y el ámbito de aplicación de las reglas producidas a partir de este proceso. En ese sentido, es el título III del ET) quien creó las reglas de representatividad sindical funcionales al sistema “legal” de negociación colectiva, reglas que generalizará a otras esferas de acción y de intervención la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) de 1984-1985.

Reconocido así legalmente, el sistema sindical reposa en la noción de la representatividad sindical que se asienta en el mecanismo electoral para los organismos de representación colectiva en la empresa, por lo que la función directamente “electoral” de los comités de empresa, delegados de personal y Juntas de Personal en las Administraciones Públicas es muy determinante en el conjunto del sistema. Este proceso conduce a lo que se denomina “sindicalización” del mecanismo electoral, reforzado por el resultado que se obtiene a partir de la representatividad sindical.

La representatividad sindical se gradúa en la norma en tres fases: se fija un umbral de acceso a la condición de sindicato representativo en un sector o territorio determinado si se obtiene un 10% del número de representantes

elegidos en el mismo. Este umbral del 10% implica la condición de sindicato representativo. Sobre esta condición, la LOLS delimita una posición jurídica más fuerte para aquellos sindicatos que hayan obtenido un *score* electoral del 10% en todos los sectores y territorios del Estado español, posición que denomina mayor representatividad de ámbito estatal. Finalmente, se fijan reglas especiales para la mayor representatividad de Comunidad Autónoma, consistentes en un 15% de audiencia electoral y un densidad mínima de representación basada en la cantidad de al menos 1.500 delegados. Actualmente, los resultados electorales se concentran en torno a las dos opciones del sindicalismo confederal español (UGT y CCOO y UGT, con el 39 y 37% del total, respectivamente). junto con la presencia asentada en Galicia y en País Vasco de posiciones sindicales nacionalistas.

Por otra parte, esto explica que los estudios sobre el sistema sindical español puedan distinguir entre tres categorías – afiliación, representación y tasa de cobertura de la negociación colectiva – que manifiestan la relación inmediata entre estos tres factores: la adhesión voluntaria y asociativa al sindicato, la densidad representativa del sindicato medida en términos electorales en los órganos de representación colectivos en la empresa y, en fin, la tasa de cobertura que los convenios colectivos hacen del conjunto de los trabajadores, teniendo en cuenta la relación entre representatividad y legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia normativa y general y la consiguiente presencia sindical en las comisiones negociadoras de los convenios. En el siguiente cuadro – de elaboración propia – se pueden apreciar las magnitudes correspondientes a esas tres nociones, siempre sobre los datos de 2010.

Esta forma de construir el sujeto sindical y su implantación a través del voto no es una opción incorrecta desde el punto de vista de la política sindical, ni trabaja contra la organización sindical, desalentando la afiliación a la misma. Al contrario, implica un método de implantación del sindicato en los centros de trabajo y en las empresas, sin que esta presencia se concentre fundamentalmente en los lugares en los que el poder sindical es claro y evidente, las grandes empresas, y genera una tensión organizativa en todo el sindicato hacia su implantación generalizada en todos los centros de trabajo del sector o del territorio correspondiente. Hay que tener en cuenta que la aplicación generalizada de los contenidos de la negociación colectiva a la totalidad de los trabajadores de un sector, en el sistema español, no requiere del hecho afiliativo como condición.

El modelo constitucional de negociación colectiva: contenido jurídico y político. En España, la negociación colectiva es un derecho constitucional consagrado en el art. 37.1 de la Constitución de 1978³⁰. Este precepto, que

³⁰ Dice el art. 37.1 CE: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.

reconoce el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante del convenio colectivo, encomendando a la ley ordinaria una función de garantía del derecho.

En España, la negociación colectiva no es un derecho confiado en exclusividad al sindicato como sujeto colectivo, sino de titularidad compartida con otras organizaciones de representación colectiva, principalmente de creación legal.

Aun cuando el art. 37.1 CE no prima la posición negociadora del sindicato sobre otras instancias de representación de intereses de los trabajadores, sin embargo, el derecho a la negociación colectiva tiene el carácter de núcleo mínimo indisponible de la libertad sindical (art. 28.1 CE) en su dimensión colectiva, en cuanto medio necesario para el ejercicio de la actividad sindical que reconocen los arts. 7 y 28.1 CE. Tal configuración transforma a la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas en el sentido y con las consecuencias que la CE otorga a este concepto.

Así, según doctrina del Tribunal Constitucional español (TC), la negociación colectiva, por su ubicación sistemática en el art. 37.1 CE, no es, *per se*, un derecho tutelable en amparo constitucional; sin embargo, al formar parte del contenido esencial de la libertad sindical, deberá apreciarse lesión del art. 28.1 CE cuando sea el sindicato a quien se haya vulnerado su derecho de negociación. En definitiva, la protección constitucional no alcanza en su plenitud a la negociación colectiva como si de un derecho fundamental se tratara, sino que de forma limitada se dirige hacia la protección de la actividad negociadora del sindicato o a garantizar la tutela del sujeto sindical como agente de la negociación colectiva. De este modo, la negativa u obstaculización de la facultad negociadora de los sindicatos deben entenderse no sólo como prácticas vulneradoras del art. 37.1 CE, sino también como violaciones del derecho de libertad sindical que reconoce el art. 28.1 CE.

Esta conformación de la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical, en cuanto “medio primordial de acción sindical para el cumplimiento de los fines constitucionalmente reconocidos a los sindicatos”, es perfectamente compatible con la configuración legal del ejercicio del derecho a negociar. Se habla entonces de un “modelo legal” creado por la norma estatal que ordena las distintas figuras de la negociación colectiva, los “productos” de la misma, y les asigna una posición determinada a efectos jurídicos.

Modelo legal de negociación colectiva. El llamado “modelo legal” de negociación colectiva es ante todo un sistema legal de legitimación para

negociar que tiene la consideración de una norma imperativa, de orden público. Está protegido institucionalmente por la autoridad laboral y es preservado por la garantía judicial. Es el llamado convenio colectivo regulado por la ley del Estatuto de los trabajadores, y por eso se le llama convenio “estatutario”. Es preferible sin embargo hablar de “tipo legal” de negociación colectiva y por consiguiente definirlo como “convenio colectivo típico”.

- a) El convenio colectivo “típico”. Existe una relación “cerrada” entre el pluralismo sindical y los sujetos representativos en la negociación colectiva. Esta relación se articula en torno a tres principios. Un principio de representatividad (R) que implica un cierto *score* electoral en los procesos de configuración de los órganos de representación unitaria en las empresas y centros de trabajo y que supone además la condición de la mayor representatividad; un principio de proporcionalidad (P) en el sentido que la representación se delimita en razón de la audiencia electoral obtenida y se plasma en la distinta configuración de la comisión negociadora del convenio, y, en fin, un principio de mayoría (M) que significa sencillamente que las representaciones sindicales representen a la mayoría de los trabajadores del ámbito funcional o geográfico del convenio, midiéndose esta mayoría a través de un mecanismo de segundo grado, el número de representantes elegidos por el voto de los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo, en su proyección empresarial o sectorial. La suma de estos tres factores (R+P+M) posibilita los efectos normativo y general del convenio colectivo, que no es sino la traducción en términos legales de la “fuerza vinculante” anunciada por la Constitución.

Una consecuencia inmediata de este sistema legal es la imposibilidad de seleccionar libremente al interlocutor sindical mediante el “reconocimiento mutuo” de las partes negociadoras. Se trata de reglas cerradas – “especialmente rigurosas en lo que se refiere a la determinación de los sujetos negociadores”, como dice la STC 73/1984, de 27 de junio – e indisponibles por las partes negociadoras del convenio. Es ante todo el principio de representatividad el que resulta preservado de forma radical a través de la intangibilidad de las reglas de la legitimación “inicial” para convenir, que es el término comúnmente empleado jurisprudencial y doctrinalmente. La ignorancia de este principio de representatividad implica no sólo la vulneración de las reglas legales del sistema de negociación colectiva de eficacia general, sino una conducta antisindical. La antisindicalidad que proviene de la exclusión u obstaculización de la libertad sindical colectiva del sindicato representativo en una de sus “funciones esenciales”. Ello supone la nulidad del proceso de negociación colectiva y de sus resultados lo que significa, en palabras del Tribunal Constitucional en la STC 184 /1991, de 30 de septiembre, las

disposiciones resultantes serían nulas, inoponibles a sindicatos terceros y lesivas del derecho a la negociación colectiva y al derecho de libertad sindical. Por eso el art. 180 de la Ley de la Jurisdicción Social, al prever en el proceso de tutela de la libertad sindical un incidente de suspensión de los efectos del acto impugnado, lo hace expresamente para las presuntas lesiones que “impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva”, puesto que de lo contrario la nulidad del proceso de negociación comportaría consecuencias graves y podría generar daños de imposible reparación.

- b) La categoría residual del “pacto extraestatutario” No todos los convenios colectivos son calificados como convenios “típicos” o realizados conforme a las reglas de legitimación del ET, con los efectos consiguientes. Hay otras manifestaciones de la autonomía colectiva que se expresan al margen de los requisitos legales, o no llegan a reunir la mayoría requerida para concluir un convenio estatutario. Son los pactos “extraestatutarios”.

La negociación colectiva extraestatutaria, es la realizada fuera del procedimiento “socialmente típico” de fijación de las condiciones de trabajo. El pacto extraestatutario es una categoría jurídica que deriva directamente de la libertad sindical colectiva y que reconoce la LOLS en su art. 2.2. d), y que se caracteriza negativamente respecto del convenio colectivo de eficacia normativa y general del título III del ET o “convenio típico”. En efecto, la jurisprudencia le ha asignado efectos contractuales y aplicación personal limitada a los trabajadores y empresas representados por las partes firmantes, si bien esta eficacia personal limitada ha sido realmente cuestionada mediante la aceptación de cláusulas de adhesión individualizada al pacto para lograr en la práctica su aplicación personal generalizada, pese a que, por utilizar las palabras del Tribunal constitucional, *“la lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales ”* (STC 121/2001 de 4 de junio). Esa extensión generalizada de los contenidos del pacto no sólo a través de la afiliación al sindicato pactante, sino mediante la adhesión individual de los no afiliados o incluso de los afiliados a los sindicatos no firmantes, señala la función predominante que en nuestro sistema cumple el pacto extraestatutario. No es concebible en efecto que sirva de instrumento de mejora exclusiva para los afiliados al sindicato pactante de sus condiciones laborales. La interpretación judicial mirará con sospecha esta aplicación como medida de discriminación de otros trabajadores en razón de la afiliación sindical y que por tanto debería resultar vedada.

En un sistema sindical como el vigente en España, construido en torno a la mayor representatividad, y que se desenvuelve siguiendo pautas de unidad de acción sindical, el pacto extraestatutario aparece como excepción al sistema general de negociación colectiva. Responde normalmente a que no se ha alcanzado la mayoría requerida para obtener la llamada legitimación decisoria del art. 89.3 ET ante supuestos de división o desacuerdo entre los sindicatos cara a la firma de un acuerdo colectivo. En ese contexto, el pacto extraestatutario aparece como la forma residual de crear una regla colectiva evitando que el disenso entre los sujetos negociadores cree un vacío normativo que colme el poder unilateral del empresario. No existe en el sistema español una plena libertad de elección entre negociar conforme al Estatuto de los Trabajadores o iniciar un proceso de negociación sin atender a los requisitos legales. El ordenamiento jurídico impone un deber de negociar colectivamente las condiciones de trabajo y de empleo conforme al ET, lo que implica un principio de preferencia por el convenio colectivo de eficacia normativa y general y las reglas de legitimación que fija la norma. El pacto extraestatutario tiene en consecuencia carácter subsidiario, como forma de subvenir un fracaso de la negociación colectiva estatutaria o como medio para regular las condiciones de trabajo en supuestos en los que excepcionalmente no se reúnen los requisitos de legitimación completa en un ámbito funcional o territorial determinado.

Eso explica que el pacto extraestatutario conozca su principal limitación en lo que se refiere a su posible intención antisindical, es decir, la prohibición de emplear este instrumento como una práctica colusoria que busque arrebatar el poder de negociación a un sindicato mayoritario o que pretenda expulsar o negar la presencia de sindicatos representativos. El uso antisindical del pacto extraestatutario puede constituir en muchas ocasiones una manifestación de amarillismo sindical, es decir un acto de injerencia que pretenda la dominación o el control de un sindicato por el empresario o la organización empresarial, tal como define el art. 13 LOLS. En esa misma dirección se hacen jugar dos principios derivados de la preservación del sistema de negociación colectiva. El primero es el principio según el cual la negociación debe realizarse conforme a las reglas de la buena fe, lo que suministra importantes indicios en orden a la voluntad de alguna de las partes de imposibilitar realmente un proceso de negociación del convenio de eficacia general. El segundo es la prohibición de pactos extraestatutarios en fraude de ley, lo que es especialmente aplicable a los supuestos en los que el pacto se realiza para eludir los requisitos de legitimación para negociar el convenio colectivo típico previstos en los arts, 87 y

88 ET. La consideración conjunta o cumulativa de estos elementos – antisindicalidad, mala fe negocial o fraude en la negociación – implica la nulidad del pacto extraestatutario y sus contenidos.

- c) Otros pactos “atípicos”: los acuerdos de empresa o de centro de trabajo. El Estatuto de los Trabajadores prevé la existencia de acuerdos sobre materias concretas que se pueden celebrar en las empresas o centros de trabajo como mecanismo de mejora o de regulación de materias adicionales, no cubiertas por el convenio colectivo. Estos acuerdos son celebrados por los representantes de los trabajadores en la empresa, es decir, según el sistema español, tanto los representantes electivos como las secciones sindicales. No suelen ser publicados en el BOE ni en ningún periódico oficial y por consiguiente se caracterizan por una cierta “informalidad”. Tienen aplicación generalizada a todos los trabajadores de la empresa, pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que no puede hablarse aquí de eficacia normativa sino contractual, de manera que sus prescripciones se incorporan a las condiciones individuales de los contratos de trabajo y pueden por tanto ser modificados unilateralmente por el empresario en razón de que concurran circunstancias técnicas, económicas o productivas que justifiquen ese cambio.

Esta figura ha sido revalorizada por las últimas reformas legislativas españolas como una vía para la inaplicación de contenidos concretos y específicos regulados en el convenio colectivo, en especial para la inaplicación de los aumentos salariales previstos en el convenio sectorial aplicable a la empresa. Se deben alegar razones económicas fundamentalmente para que se intente el “descuelgue” salarial, pero la tendencia a emplear el acuerdo de empresa como vía de escape en los centros y establecimientos empresariales frente a la fuerza vinculante del convenio de sector está fuertemente marcada en las leyes del 2010, 2011 y 2012 en España, en un proceso que va acelerando y consolidándola.

- d) Pactos y acuerdos de empleados públicos. En el sistema español, por obra de una criticada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a los funcionarios públicos no se les ha entendido aplicable el art. 37 CE que garantiza el derecho de negociación colectiva. Eso no quiere decir que carezcan del derecho de negociar colectivamente sus relaciones de empleo, sino que éste derecho lo ejercitan a través de la libertad sindical, es decir, depende directamente del desarrollo del art. 28.1 CE y de la LOLS. La consecuencia de este “desvío” en el origen del derecho a la negociación colectiva es que sólo son titulares del mismo los sindicatos – y no los “representantes” electivos de los funcionarios – y precisamente los sindicatos representativos, en razón

de la audiencia electoral obtenida, que es el criterio general del sistema sindical español, como hemos visto. Pero los acuerdos y pactos de los funcionarios no requieren para obtener eficacia general de un principio de proporcionalidad y de mayoría, como en el caso de los trabajadores, sino de la aprobación de tales pactos o acuerdos por un acto de gobierno de la Administración de que se trate.

A partir del 2007, la promulgación de un Estatuto Básico de los Empleados Públicos (EBEP), ha garantizado de forma clara el derecho de negociación colectiva en la relación de empleo público, en paralelo al que gozan los trabajadores – sometidos al derecho laboral – al servicio de las administraciones públicas, estatal, autonómica y local. La negociación colectiva en este sector conoce sin embargo una excepción, regulada en el art. 38.10 EBEP, la suspensión del cumplimiento de los pactos y acuerdos en la negociación colectiva funcionarial por una causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, apreciada unilateralmente por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas.

Este mecanismo de suspensión unilateral de acuerdos colectivos ha sido profusamente empleado a partir del 2010, con la llegada de la crisis, acentuándose especialmente a partir de la victoria del Partido Popular en la gran mayoría de las Comunidades autónomas en mayo de 2011 y en el ámbito del gobierno nacional en noviembre de ese mismo año. Reducción salarial, ampliación de jornada, modificación de permisos y de excedencias, suspensión de cláusulas de seguridad en el empleo y de reparto del trabajo entre empleados públicos interinos, han sido las medidas más frecuentes que han anulado en la práctica una gran parte de los acuerdos y pactos concluidos a lo largo de 2009 y 2010.

La estructura de la negociación colectiva y características generales del sistema convencional. En el derecho español, rige un principio de libertad de elección de los ámbitos del convenio, tanto en su vertiente personal y funcional como en la territorial. Hay distintas combinatorias de esos ámbitos de negociación: convenios de sector – a su vez estatales, de comunidad autónoma o, en fin, provinciales – y convenios de empresa en su diversidad – grupos de empresa, de empresa, de centro de trabajo – sin olvidar la posibilidad, todavía muy residual de los convenios – franja, que abarcan a un grupo de trabajadores en horizontal, “con perfil profesional específico”.

La relación articulada entre los distintos ámbitos de los convenios – la “estructura” de la negociación colectiva – se organiza por los agentes sociales a través de un Acuerdo Interprofesional a nivel nacional que

condiciona e influye en las diferentes organizaciones representadas por las partes firmantes en los posteriores procesos de negociación de los convenios colectivos. El principio legal es el de la libertad de elección de ámbitos, pero estos Acuerdos Interprofesionales recomiendan una estructura determinada, que en todo caso es muy flexible y comprende desde el centro de trabajo hasta el convenio estatal de sector.

Principalmente a partir de unos importantes Acuerdos Interprofesionales firmados en 1997 entre la patronal y los sindicatos más representativos, la estructuración del sistema convencional de negociación colectiva quería reforzar un cierto impulso centralizador en el que la preferencia por el convenio colectivo sectorial estatal como norma mínima de fijación de las condiciones de trabajo, en ocasiones reduplicada en el ámbito de la Comunidad Autónoma, se hacía compatible con una red de convenios sectoriales de ámbito provincial que fijaban las condiciones mínimas de salario y de tiempo de trabajo en cada rama de producción, junto con (y no frente a) la negociación colectiva de empresa que normalmente ofrecía mejores condiciones remuneratorias y de jornada laboral, pero cuya característica principal era la de ofrecer un sistema de regulación más concreto y específico en razón de las peculiaridades de la empresa de que se tratara, normalmente grande y mediana empresa.

La estructura de la negociación colectiva en España se ha caracterizado históricamente por un grado intermedio de centralización, en contraposición a otros países europeos donde predomina la negociación colectiva de ámbito nacional –por ejemplo, Finlandia– o, en el extremo opuesto, la de empresa (como por ejemplo en países del Este). Así, tomando como referencia los datos definitivos de 2009, antes del inicio de la crisis, se constata por un lado que en el ámbito de negociación de empresa se concentra el 76% de los convenios colectivos, aunque atendiendo a los trabajadores afectados, el 90% se concentra en convenios de ámbito superior.

Los datos de que se dispone incluso en plena crisis (2010-2011) confirman esta predicción. En el sistema convencional español, los convenios de empresa son importantes y representan una alta cantidad de acuerdos, pero la gran mayoría de los trabajadores españoles están protegidos por convenios sectoriales,

Hay que tener en cuenta, asimismo, que la cobertura de la negociación colectiva en España es relativamente alta, en torno a un 75% de la población asalariada. Es decir, que vienen a estar cubiertos casi doce millones de asalariados, y que en consecuencia para esta cantidad de personas sus condiciones de trabajo y de empleo son reguladas por un convenio colectivo. Se aprecia sin embargo en 2010 – y la tendencia se mantiene en 2011 – un descenso importante en la conclusión y/o renovación de los convenios

colectivos, debida a la resistencia de ciertas organizaciones empresariales y empresas y grupos de empresas a cerrar con acuerdo las negociaciones abiertas. Se ha interpretado estas resistencias como una forma de presión de grupos económicos para conseguir un cambio de rumbo en la estructuración de la negociación colectiva, donde el nivel de la empresa fuera más determinante del resto del sistema y, desde este espacio de regulación, avanzar en propuestas más diversificadas y relacionadas con la posición de la empresa en el mercado y de sus expectativas de ganancia. A esta presión responden, como se ha señalado, las reformas legislativas de 2011 y 2012.

Distintas fuentes estadísticas internacionales –como las elaboradas por la OCDE– ponen de relieve que la negociación colectiva en España se caracteriza asimismo por un grado intermedio de coordinación. Así, en una escala de 1 a 5 –que representan respectivamente el mínimo y máximo nivel de coordinación– la negociación colectiva en España registró en 2010 un valor situado en torno al 3,5.

Es posible fragmentar el ámbito “personal” de negociación, dejando fuera de convenio a un grupo de trabajadores que quiere hacer un convenio específico, llamado convenio – franja. Pero una vez elegida o precisada una unidad de negociación por empresa y sindicatos (o comités de empresa), no es posible que otro convenio colectivo entre a regular conjuntamente con el aplicable en primera instancia. Es la llamada prohibición de concurrencia. Los convenios de empresa son abundantes en España, aunque tienen mucho menos alcance en términos de trabajadores cubiertos por los mismos que los convenios sectoriales. No suele (co)existir en una empresa el convenio “general” para la mayoría de los trabajadores y el convenio – franja que regula sólo las condiciones de trabajo de un grupo. Hay algunas excepciones (pilotos, controladores de vuelo) pero lo normal es que se regulen estos intereses “de franja” en el interior de un convenio de empresa para todos los trabajadores. Hay también supuestos de convenios de centro de trabajo que, realmente consisten en un convenio para una categoría de trabajadores que se localiza en esa unidad de producción.

Estas reglas se han visto alteradas de forma importante en las muy recientes reformas laborales producidas en España en los dos últimos años (2011-2012). En efecto, el impulso reformista de la norma laboral en la crisis se centra en la reformulación de este esquema de ordenación de unidades de negociación y favorecer la preeminencia absoluta de la empresa como centro de imputación normativa de las condiciones de trabajo.

El debate sobre esta cuestión no es sólo español, sino que representa una línea de tendencia en el contexto de la presente crisis que se proyecta sobre varias realidades nacionales. Algunos autores han cuestionado la eficacia de la actual estructura de la negociación colectiva en España en términos de

resultados macroeconómicos y han abogado por una reforma que promueva una mayor descentralización que otorgue un creciente protagonismo a los convenios de empresa, en detrimento de los convenios sectoriales (sobre todo de los provinciales). La tesis básica que se plantea es que los convenios colectivos de empresa tendrán más en cuenta la incidencia de los salarios en la situación y evolución de las empresas (particularmente, en relación a indicadores como productividad) que los convenios sectoriales.

En esta línea, la reciente reforma laboral (Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la consiguiente Ley 3/2012, de 6 de julio, que convalida aquella norma de urgencia) supone un auténtico cambio de modelo de relaciones laborales, que se manifiesta en el refuerzo de los poderes empresariales con afectación de cuatro aspectos centrales de las relaciones laborales con carácter previo a la reforma: la alteración del peso de cada una de las partes de la relación laboral en la fijación de las condiciones de trabajo y empleo; ; la reducción de los derechos de consulta y negociación colectiva operada a través de diversas vías, directas e indirectas, como la reducción de la intervención administrativa y supresión de las competencias de la autoridad laboral; y la reducción del control judicial respecto de decisiones empresariales que las dota de ciertos niveles de automatismo. Se trata de una verdadera regresión histórica en la forma de concebir las relaciones laborales, alterando los resortes de poder entre las partes del contrato de trabajo, así como entre los sujetos de la negociación colectiva (como se manifiesta en la preferencia aplicativa de los convenios de empresa y ámbito inferior frente a los convenios colectivos sectoriales).

Frente a estas posturas, en numerosas ocasiones se han contrapuesto dos argumentos principales. Por un lado, se ha señalado que los diferentes informes e investigaciones realizadas en la última década no aportan una evidencia empírica concluyente sobre la existencia de relaciones directas entre las instituciones laborales –como el modelo de negociación colectiva o la legislación de protección del empleo– y los resultados macroeconómicos. Un hecho que debería aconsejar cierta precaución, por tanto, a la hora de enunciar correlaciones simplistas sobre las diferentes variables que intervienen en el funcionamiento de los mercados de trabajo.

Por otro lado, se han destacado los problemas que conlleva una sustancial descentralización de la negociación colectiva en un país como España, donde la estructura productiva se caracteriza por un elevado grado de minifundismo empresarial. En efecto, el tejido productivo español presenta una gran presencia de empresas de reducido tamaño; así del 1,2 millones de empresas con asalariados registradas en la Seguridad Social en el año 2010 el 86,7% tiene menos de 10 empleados, el 11% tiene de 10 a 49 trabajadores; 1,9% de 50 a 249 trabajadores y menos del 0,5% tiene 250 trabajadores o más. Desde el punto de vista de los trabajadores también se

observa una cierta dispersión, ya que el 41% de los asalariados del año 2010 se encuentra trabajando en una empresa de 250 trabajadores o más; mientras que el 21% trabaja en microempresas de 1 a 9 trabajadores y el 38% restante se encuentra trabajando en empresas de tamaño pequeño o medio.

De forma alternativa a la descentralización cabe plantear el impulso de medidas que refuercen la coordinación de la negociación colectiva, lo que exigiría a su vez una mejor articulación en el caso de concurrencia entre los distintos convenios. La principal referencia sobre esta cuestión sigue siendo el Acuerdo Interprofesional sobre Negociación Colectiva 1997 y los posteriores Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva a partir del 2002, aunque su desarrollo ha sido limitado dada la eficacia obligacional que solo obliga a las partes que lo firman, pero no al conjunto de sujetos negociadores que firman convenios colectivos; por ello es importante reiterar la importancia de este enfoque por su efecto positivo. Ahora bien, no parece razonable buscar un modelo único de articulación de la negociación colectiva susceptible de reproducción mimética en el conjunto de la estructura productiva: las propuestas que se planteen deberían concretarse atendiendo a la diversidad tanto de los distintos sectores y empresas como de la propia negociación colectiva.

El papel del Estado en la negociación colectiva. La participación del Estado en la negociación colectiva puede ser directa –a través de su intervención en la política laboral- o indirecta –mediante su política económica-. En España, la negociación colectiva desempeña un papel crucial en los procesos de producción y distribución de la riqueza. De ahí que, además funciones de organización y gobierno de las relaciones laborales, desarrolle una función económica central de intercambio. Esta actividad integra de manera específica un papel compensador o equilibrador de la desigualdad inherente a la relación individual de trabajo, y que conecta de forma inmediata con la cláusula de Estado social y con el principio de igualdad.

La Constitución española asigna al Estado una función promotora de la negociación colectiva. Esto implica que la ley no debe regular restringiendo la facultad de los actores sociales de negociar colectivamente, sino fomentando la negociación colectiva. Por otra parte, en los textos legales de la Unión Europea el diálogo social es la base de las políticas sociales y los poderes públicos deben implicarse en su preservación y fomento.

A través de las prácticas de concertación y de diálogo social durante treinta años, los diez primeros en un clima de división sindical, en unidad de acción a partir de 1988, se ha ido generando un espacio autónomo de regulación de las condiciones de trabajo mediante una programación de los contenidos y de la articulación de la negociación colectiva por parte de las

confederaciones sindicales de ámbito estatal y la asociación empresarial nacional. La regla general ha sido la de que el Estado respete ese espacio autónomo de los interlocutores sociales a la hora de legislar sobre las relaciones laborales, lo que a su vez generaba una práctica según la cual el Estado buscaba la concertación con los interlocutores sociales como condición necesaria para regular o reformar las relaciones laborales. En esa regulación la remisión a la negociación colectiva como eje de adaptación y de desarrollo de las prescripciones legales era decisivo. Esta práctica social de la concertación o del diálogo tripartito la llevaron a cabo los gobiernos del PSOE y los gobiernos del PP.

Hubo momentos sin embargo en los que esta relación de cooperación entre los actores sociales y de negociación política se rompió. Se trataba de proyectos reformistas del poder público que no contaba con el acuerdo de los sindicatos. En esos supuestos el movimiento sindical utilizaba la huelga general como forma de expresar su disenso profundo ante la reforma gubernamental y para recuperar un principio de interlocución que modificara el proyecto reformista que les era hostil. En varias ocasiones la huelga general consiguió la paralización de la reforma pretendida o su renegociación en términos amplios³¹. En otros sus efectos fueron indirectos, fortaleciendo precisamente la dimensión autónoma de la negociación colectiva de sector como forma de amortiguar o de reabsorber en ella los elementos más negativos de la norma legal reformada³². En todo caso, las huelgas generales han inducido efectos político-electorales para el gobierno que estaba en el poder.

Estas pautas de acción se alteran a partir de mayo de 2010 y la crisis del euro a partir del caso griego. El Estado se ve preso de un mecanismo doblemente deslegitimador. De una parte, anula derechos reconocidos por la negociación colectiva a los empleados públicos y degrada las condiciones de trabajo y empleo en la sanidad y en la educación, promoviendo una reforma que cambia el modelo de derecho del trabajo, rompiendo con el carácter compensador y equilibrador de las desigualdades económicas y sociales. Desde esta perspectiva, rompe el diálogo social y se coloca en una clara posición de antagonismo con los sindicatos. Pero de otra, pierde la legitimación democrática que proviene del mandato electoral al legislar contra su programa e ideario, siguiendo las instrucciones que sobre esta

³¹ Paradigmáticamente la huelga de 14 de diciembre de 1988, una huelga nacional más que general, con participación de todos los sectores sociales, no solo los trabajadores o empleados públicos. Pero también la huelga general de 20 de junio de 2002, contra la reforma del desempleo del Partido Popular, que obligó al gobierno a modificar de forma radical en el Parlamento el texto del Decreto Ley en el proceso de convalidación del mismo.

³² Es el caso de la huelga general de 27 de enero de 1994, contra la reforma del gobierno del PSOE, que fue reconducida de forma muy neta hacia el espacio de la negociación colectiva y del diálogo social en los Acuerdos Interconfederales de 1997, que cambiaron las formas temporales en las que se basaba la política de empleo, por el contrato indefinido para el fomento del empleo, que fue una creación del Acuerdo Interconfederal para el Empleo Estable que asumió inmediatamente el gobierno del Partido Popular, tras la derrota electoral del PSOE en 1996, y que construyó de forma nítida un esquema articulado y centralizado de negociación colectiva en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva.

materia le proporcionan las autoridades monetarias europeas, el FMI y la Comisión.

En este sentido, hay una diferencia entre el período 2010-2011 y el que se inaugura a finales del 2011 y continua durante el presente año. Tras el conflicto abierto por la reforma laboral y la convocatoria de una huelga general (29 septiembre 2010), se procede a restaurar, limitadamente, un principio de interlocución que da lugar a un Acuerdo tripartito sobre la reforma de la Seguridad Social en enero de 2011 y a la recuperación de un proceso de intercambio político de alcance muy limitado. Las nuevas presiones de la troika europea ante la “desconfianza de los mercados” pone fin, en junio de 2011, a esta fase con la reforma impuesta de la negociación colectiva en junio de 2011 y la reforma de la Constitución con la introducción de la “regla de oro” del equilibrio presupuestario en agosto de 2011, mediante un pacto entre el Gobierno y el Partido Popular que excluía la posibilidad de un referéndum que ratificara esta reforma.

A partir de noviembre de 2011, el diálogo social ha sucumbido ante una acción de gobierno que sigue adoleciendo de la doble legitimación, social y democrática, a sus políticas de ajuste y de reforma laboral. Pese a la convocatoria de una nueva huelga general (29 marzo 2012) tras la promulgación del RDL 3/2012, y la existencia de conflictos permanentes en los servicios públicos esenciales, tendencialmente extendidos a muchas otras áreas, como la minería, el gobierno impone de manera unilateral sus programas de recorte de gasto público y de ajuste laboral, en un contexto creciente de recesión económica y crecimiento exponencial del desempleo.

En concreto, las reformas últimas afectan al rol esencial que el art. 37.1 CE confiere al Estado de fomento de la negociación colectiva y promoción de las condiciones para el progreso social y económico de la clase trabajadora, y son contrarias a las obligaciones internacionales de España asumidas mediante la ratificación de los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT. Sobre esta base, CCOO y UGT han presentado en mayo 2012 sendas quejas contra el gobierno español ante la OIT.

Las líneas generales de la degradación de la negociación colectiva son las siguientes:

1. Progresiva desregulación estatal de la relaciones individuales de trabajo, en una tendencia ya emprendida en la década de los 90 del siglo pasado (Ley 11/1994), y que supondrá la paulatina apertura de espacios a la autonomía colectiva y a la autonomía individual, perdiendo el poder heterónimo su tradicional carácter tutelador y garantista.

2. Potenciación del poder empresarial como elemento regulador característico y predominante de la relación de trabajo.
3. Debilitamiento del poder contractual del sindicato y fomento de la negociación en el seno de la empresa a través de acuerdos informales y convenios colectivos que en este ámbito pueden inaplicar el convenio sectorial.
4. Fomento de mecanismos que debilitan la presencia en las empresas de estructuras sindicales equilibradoras del poder empresarial.
5. Apuesta decidida por una negociación colectiva descentralizada, desvinculada del sector, y exaltación de la empresa como centro de decisión en una progresiva tendencia hacia la individualización de las condiciones de trabajo.

El sistema vigente de negociación colectiva vislumbra un modelo intervencionista en el que la ley participa en la regulación de la negociación colectiva, no para promoverla, sino para limitarla y ensanchar las facultades empresariales, alejando al Estado de los fines que la CE le encomienda.

El contexto actual muestra sin embargo un panorama desfavorable, donde la negociación colectiva encuentra serios obstáculos para desarrollarse de forma adecuada, enfrentándose a un modelo legal, que no ha sido objeto de consulta previa o participación social. Esta construcción, que desatiende el diálogo y la concertación social, propios de la España democrática instaurada a finales de los 70 del siglo pasado y mantenido hasta tiempos recientes, llega incluso a desautorizar los Acuerdos Interconfederales para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2014 y 2012-14 firmados por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas del país. En ambos Acuerdos los interlocutores sociales proponen fórmulas para superar la situación de desempleo desorbitado del país, optando por la moderación salarial y el fomento de mecanismos negociados de flexibilidad interna 'guiados' y articulados desde la negociación sectorial, como alternativa a la flexibilidad externa. Este esquema quiebra a través de sucesivas intervenciones del legislador español de urgencia, que desvinculan a la empresa de los procesos de negociación colectiva sectorial y debilitan el poder contractual del sindicato, potenciando asimismo la temporalidad en la contratación y la destrucción de puestos de trabajo a través de fórmulas de facilitación del despido.

II. Elementos de la negociación colectiva

II.1. Sujetos. En España, el art. 37.1 CE atribuye el derecho a la negociación colectiva laboral a "los representantes de los trabajadores y empresarios",

sin expresa referencia a los criterios que determinan la efectiva representatividad del sujeto negociador. Esta cuestión queda en el ámbito de la competencia del legislador ordinario.

El Título III ET diseña reglas muy concretas de legitimación para participar en los procesos de negociación colectiva que regula, habilitando a sujetos colectivos que acrediten cierto nivel de representatividad. En la negociación colectiva sectorial, la selección de los negociadores se vehicula a través de la noción de la representatividad sindical construida sobre la base del criterio de audiencia electoral. Este criterio hace referencia a los resultados obtenidos por cada opción sindical en las elecciones a representantes unitarios en la empresa (comités de empresa y delegados de personal).

El monopolio sindical en la negociación supraempresarial impide la negociación a coaliciones de representantes unitarios o de candidaturas de trabajadores independientes, por no tener la condición de sujeto sindical. El TC, al pronunciarse sobre esta cuestión, niega que esta legitimación exclusiva a favor de sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales para la negociación colectiva laboral de convenios de ámbito supraempresarial sea contraria al derecho de libre sindicación en su sentido negativo -no obligación de afiliación a un sindicato-. En opinión del TC, de la libertad sindical negativa no se puede deducir que no sea lícito al legislador tomar medidas de fomento de la sindicación, si las juzga procedentes, siempre que no empañen aquella libertad constitucionalmente consagrada en el art. 28.1 CE. En consecuencia, el ET no vulnera la libertad sindical ex art. 28.1 CE, ya que no obliga, ni directa ni indirectamente, a la sindicación o a la afiliación a los sindicatos constituidos.

Para la negociación de convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior, el ET ha optado por legitimar a las estructuras electivas de empresa –comités de empresa y delegados de personal-, así como a las secciones sindicales, cuya preferencia sobre aquéllas en la negociación ha quedado institucionalizada por obra del RD-Ley 7/2011, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

Las partes no pueden alterar las reglas relativas a la legitimación para negociar (arts. 87 y 88 ET). La doctrina del TC es contundente en este sentido, sosteniendo la indisponibilidad de la legitimación de los sindicatos otorgada por la ley para participar en la negociación colectiva, a través de pactos limitativos de su derecho, suscritos por otros sindicatos. En consecuencia, las reglas relativas a la legitimación constituyen un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras, que no pueden modificarlas libremente. La razón de esta indisponibilidad se halla en la incidencia sobre la negociación de derechos de carácter sindical que no pueden ser desconocidos, al formar parte del contenido esencial de la libertad sindical el derecho de los

sindicatos a participar en la determinación de las condiciones de trabajo, cuyo instrumento básico, según se desprende de la CE y de los Convenios Internacionales, es la negociación colectiva³³.

La jurisprudencia diferencia tres niveles de legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios:

- Legitimación inicial o interviniente, o derecho a participar en una negociación colectiva concreta –art. 87 ET–.
- Legitimación plena o ampliada, referida a la adquisición de la condición de negociador y a la válida constitución de la comisión negociadora (art. 88 ET)
- Legitimación decisoria, relativa a la necesidad de asegurar en el seno de la comisión negociadora un acuerdo respaldado por la mayoría de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET).

II.2 Negociación de empresa o de centro de trabajo. Sujetos legitimados para negociar: 1. Del lado empresarial: empresario; 2. En representación de los trabajadores: representación unitaria: comités de empresa y delegados de personal; y representación sindical: Secciones sindicales de empresa que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o delegados de personal.

La dualidad existente entre los sujetos con legitimación para participar en la negociación en representación de los trabajadores, ha venido planteando el interrogante de elegir entre la representación unitaria y la sindical, cuando el problema no hubiera sido solventado voluntariamente por los afectados. Recientemente, el ET (RDL 7/2011) ha dado respuesta a esta cuestión, estableciendo que la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. Es decir, se da preferencia en la negociación a las representaciones sindicales que así lo decidan mayoritariamente, y que reúnan el requisito de sumar la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal.

II.2.1 Negociación en los grupos de empresa o empresas en red

- En representación de los trabajadores: la legitimación es atribuida a los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos sectoriales –sindicatos-, lo que implica excluir de la negociación a los sindicatos con menos del 10% de audiencia electoral, así como a las candidaturas independientes.

³³ SSTC 184/1991 y 21/1991.

- Desde la posición empresarial: la legitimación se atribuye expresamente por el legislador a la representación de dichas empresas.

II.2.2. Negociación supraempresarial (convenios sectoriales)

La legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa se concede, en exclusiva, desde la posición de los trabajadores, a los sindicatos. Desde la perspectiva empresarial, los convenios supraempresariales habrán de ser negociados, inexcusablemente, por las asociaciones empresariales.

Las asociaciones empresariales pueden participar en la negociación de un convenio sectorial son de dos tipos:

- Asociaciones empresariales que cuenten con un determinado cupo de empresas que ocupan un umbral mínimo de trabajadores: la tasa de afiliación de empresarios es el criterio que determina la legitimación inicial de las asociaciones empresariales, completado por el número de trabajadores ocupados en las empresas asociadas. Conforme a este criterio, para que una determinada asociación empresarial esté legitimada para intervenir en la negociación de un convenio colectivo supraempresarial es necesario que reúna dos requisitos: Que, al menos, el 10 por 100 de las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio forme parte de tal asociación, y que dichas empresas ocupen, cuando menos, al 10 por 100 de los trabajadores afectados por el convenio.
- Asociaciones que cuentan con empresas que den ocupación a un umbral mínimo de trabajadores. Estas asociaciones no tienen que acumular los dos criterios, afiliativo y ocupacional, siendo suficiente alcanzar el 15% de trabajadores ocupados en el ámbito del convenio.

Podrán negociar convenios sectoriales de ámbito estatal:

- Las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten en la comunidad con un mínimo del 15% de empresarios y trabajadores.
- Las asociaciones empresariales que en el ámbito del convenio cuenten con el 10% de empresarios y trabajadores.
- Las asociaciones empresariales que en el ámbito del convenio cuenten con empresas que den ocupación al 15% de los trabajadores.

Los sindicatos que pueden participar en la negociación de un convenio sectorial son:

- Sindicatos que tengan la condición de más representativos a nivel estatal: tienen legitimación para participar en la negociación de cualquier convenio de ámbito superior a la empresa.
- Sindicatos que tengan la condición de más representativos a nivel de comunidad autónoma: están legitimados para intervenir en la negociación colectiva en su comunidad, así como en la negociación colectiva de convenios de ámbito estatal.
- Sindicatos suficientemente representativos, esto es, sindicatos que cuenten con un 10% ó más de audiencia electoral en un ámbito territorial y funcional específico: gozan de legitimación para la negociación colectiva en estos ámbitos.
- Sindicatos afiliados, federados o confederados a un sindicato más representativo: están legitimados para intervenir en la negociación de un convenio colectivo supraempresarial cuyo ámbito territorial y funcional de aplicación no trascienda el ámbito de actuación del sindicato irradiado.

II.3 Contenido³⁴. En España, la negociación colectiva posee un papel relevante en la determinación de las condiciones de trabajo y, en general, en la configuración del desarrollo de las relaciones laborales. El convenio colectivo tiene la capacidad legal de regular no sólo las condiciones de trabajo, sino también “materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y el ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales” (art. 85.1 ET). Coherentemente con la función central que desempeña en el sistema de relaciones laborales, el convenio colectivo puede regular no sólo los elementos básicos del contrato de trabajo, en concreto salario y jornada, sino todos los aspectos relacionados con la `profesionalidad y la formación, la propia organización del trabajo y el empleo, las vicisitudes que resultan de las metamorfosis de la organización de la empresa y las relaciones sindicales e incluso los sistemas profesionales de protección social adicionales al sistema legal de seguridad social, tanto mejoras voluntarias del sistema como seguros privados o fondos de empleo colectivos. Se establece no obstante en negativo ciertos límites a los contenidos de los convenios colectivos, que son los relativos a la pactación de aspectos contrarios a la constitución o a la ley. Por esa vía cabe la impugnación de cláusulas concretas de la negociación colectiva por discriminatorias,

³⁴ Una parte de los datos ofrecidos en este apartado han sido extraídos de la Memoria Anual sobre la Situación Socioeconómica y Laboral de España, 2010, que anualmente elabora el Consejo Económico y Social.

vulneradoras de derechos fundamentales o contrarias a prescripciones legales de derecho necesario.

Sin embargo, en las últimas reformas de la norma laboral de la crisis, es frecuente encontrar una indicación en la ley sobre las unidades de negociación que preferentemente pueden regular ciertas materias o contenidos. En este caso, la ley utiliza esta técnica para garantizar la “prioridad aplicativa” del convenio de empresa sobre el sectorial en una serie de materias o contenidos, en especial las relativas al salario, tiempo de trabajo y horario, “adaptación a la empresa” de los sistemas de clasificación profesional y de las modalidades de contratación, y las medidas de conciliación entre la vida familiar y personal con la laboral, y declara expresamente que estas reglas no son disponibles por la negociación colectiva. De esta manera la ley vulnera el principio básico de libre selección por las partes negociadoras del ámbito de negociación del convenio colectivo.

A continuación se analizan algunos de las materias objeto de la regulación convencional española. Tradicionalmente el contenido salarial y el del tiempo de trabajo resultan los más interesantes como elementos de comparación. A ellos se dedica un espacio prioritario, por tanto

La negociación colectiva en España se desarrolla en la actualidad dentro de las coordenadas marcadas por la continuidad de la crisis y la prolongación de su impacto en el mercado de trabajo, con una fuerte caída de la ocupación y la contracción de la actividad económica.

II.4.1 Salarios. El salario, su forma de pago, su definición, etc., aparecen descritos en la legislación laboral española, con expresas remisiones a la negociación colectiva, sin especificar el ET el ámbito más apropiado para su tratamiento colectivo, si la empresa o el sector.

Los convenios colectivos regulan la estructura del salario y los incrementos retributivos, incorporando cláusulas de garantía salarial, que permiten una actualización de los salarios y el mantenimiento del poder adquisitivo de los trabajadores, al tomar como referencia el Índice de Precios al Consumo (IPC). En los últimos años se ha reabierto en Europa el debate de vincular los salarios a la productividad; sin embargo, la práctica negociadora española mantiene las tasas de inflación real como elemento referencial del incremento salarial pactado.

Evolución de los salarios pactados en la negociación colectiva. Hasta el año 2012, el modelo de formación de los salarios pactados se basa en la negociación de incrementos salariales tomando como referencia la inflación prevista. Este modelo se acordó en los Pactos de la Moncloa, en donde se empieza a considerar la inflación prevista y no la pasada en la fijación de los incrementos salariales, produciéndose la revisión de estos incrementos en

caso de que la inflación real fuese diferente a la prevista. Este ajuste del salario pactado se realiza a través de unas cláusulas denominadas “de garantía” o “salvaguarda salarial”, que tienen el objetivo de que los salarios no pierdan poder adquisitivo en caso de que la inflación real supere a la inflación prevista. Estas cláusulas suelen tomar como referencia el IPC real de diciembre de cada año, y tienen efecto cuando la variación del IPC de diciembre de un año respecto al mismo mes del año anterior es superior a la previsión de IPC.

Los interlocutores sociales más representativos en el ámbito estatal han pactado desde el año 2002 una serie de Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (AINC), con el objetivo de ordenar la negociación en el conjunto del territorio nacional. El AINC de 2010 incluía unas recomendaciones de incremento salarial de 1% para el año 2010, entre el 1% y el 2% para el año 2011, y entre el 1,5% y el 2,5% para el año 2012. De este modo se recomienda una moderación salarial de los salarios en los diferentes sectores, aunque se tiene en cuenta la autonomía de las diferentes partes.

En 2012, el *II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva*, suscrito por las organizaciones empresariales y los sindicatos mayoritarios, ha introducido importantes cambios en relación a la formación de los salarios pactados, ya que se desliga parcialmente el salario pactado del incremento del IPC y se liga a la recuperación económica a cambio de que el empresariado dedique una parte de sus beneficios a la inversión en su empresa en desarrollo y tecnología como fórmula que contribuya a un cambio progresivo del modelo productivo español.

El incremento salarial medio pactado en el conjunto de convenios colectivos con efectos económicos en 2010 fue del 2,17 por 100. Este incremento en la actualidad prosigue por la senda de moderación salarial iniciada en años anteriores, al situarse ligeramente por debajo de los incrementos pactados en los años anteriores (en 2009, 2,25 por 100, lo que suponía un nuevo mínimo histórico al tratarse del aumento más bajo registrado desde 1980). Esta política de moderación responde al contexto de elevada desocupación que afecta a la economía española, disminución del número de asalariados e incertidumbre en relación a la velocidad de la recuperación del dinamismo económico en el país.

La moderación en el incremento de la retribución efectiva del trabajo vienen dada por un conjunto de factores: la destrucción del empleo, especialmente temporal y a tiempo parcial, inferiormente retribuidos en términos generales y más vulnerables en los contextos de recesión económica. El recorte del 5 por 100 de la masa salarial de los empleados públicos, introducido en mayo de 2010 –y otros recortes ulteriores- también han presionado a la baja la retribución media en el conjunto de la economía.

Para la mayoría de los trabajadores acogidos a convenios colectivos, existe una diferencia entre los salarios inicialmente pactados y los incrementos finalmente producidos, siendo estos últimos superiores en 2010 a los primeros en 0,72 puntos porcentuales. Esta variación viene dada por la activación de la cláusula de garantía salarial, que afectó a cerca de la mitad de los trabajadores. La puesta en práctica de la cláusula de garantía salarial se produce en los escenarios de incremento de inflación, por ser el IPC real a final de año el índice que mayoritariamente se toma como referencia.

Los convenios de empresa registran menores aumentos que los convenios firmados en otros ámbitos, y producen las mayores diferencias entre los aumentos pactados en los convenios nuevos y los revisados, frente al diferencial registrado en los convenios de otros ámbitos.

Los mecanismos de inaplicación salarial a nivel de empresa. Las últimas reformas laborales han propiciado la inaplicación en la empresa del salario regulado en el convenio sectorial. En efecto, el sistema de remuneración y las cuantías salariales reguladas en cualquier convenio –sectorial o de empresa- pueden ser inaplicados en la empresa cuando concorra alguna de las siguientes causas:

- causas económicas: situación económica negativa de la empresa que se cifra en: a) pérdidas actuales; b) pérdidas previstas; c) disminución persistente -2 trimestres consecutivos- del nivel de ingresos o ventas.
- causas técnicas: cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
- causas organizativas: cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.
- causas productivas: cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

En estas circunstancias, para proceder a la inaplicación del convenio en la empresa, es imprescindible la apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores no superior a 15 días³⁵. Si el período de consultas finaliza con acuerdo³⁶, se presume que concurre la causa justificativa y el acuerdo solo podrá ser impugnado judicialmente por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Si el período de consultas

³⁵ En los casos de ausencia de representantes de los trabajadores en la empresa, la ley prevé la constitución de una comisión ad hoc de 3 trabajadores o comisión formada por los sindicatos representativos del sector de pertenencia de la empresa.

³⁶ El acuerdo debe ser negociado por los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior y cumplir las exigencias de legitimación establecidas por el Título III ET.

concluye sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria. Si ésta no logra un acuerdo, cabe la posibilidad de que las partes se sometan a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales, incluido el arbitraje vinculante. Si las partes no se someten a estos procedimientos o no se resuelve la discrepancia, cualquiera de las partes –el empresario, por lo común- podrá acudir a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, que deberán dictar resolución en el plazo máximo de 25 días a contar desde el sometimiento del conflicto ante dichos órganos.

II.3 Tiempo de trabajo. La regulación del tiempo de trabajo exige un conocimiento de los efectos que ella provoca tanto en la ordenación de las relaciones laborales como en la ordenación de la entera sociedad salarial. No obstante, la comprensión de dicho instituto jurídico ha de abarcar las diferentes facetas o funciones que éste cumple, sabiendo que además de la versatilidad del tiempo de trabajo expresada en el conflicto estructural entre intereses empresariales y de los trabajadores -entre una determinada organización de la producción y los derechos de los trabajadores-, aquél alberga un carácter polivalente de cara a la satisfacción de una pléyade de bienes jurídicos relacionados con intereses de los trabajadores.

Resulta ser un lugar común en los estudios doctrinales relacionar la normativa sobre tiempo de trabajo con una serie de funciones de tutela de la seguridad y salud de los trabajadores (arts. 40.2, 43.1 y 15 CE), de la dignidad de la persona a través del fomento de regulaciones que consientan el libre desarrollo de la personalidad del trabajador concretadas en oportunidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 10.1) que, a su vez, repercuten de forma directa en la consecución de una igualdad material en las condiciones de acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo de las mujeres trabajadoras (arts. 9.2 y 14 CE)³⁷, o, en última instancia, como instrumento que permita una redistribución del empleo orientada a la consecución del pleno empleo (arts. 35.1 y 40.2 CE). Sin embargo, a pesar de la trascendencia de los efectos de la ordenación del tiempo de trabajo, resulta difícil encontrar estudios que pongan en relación los distintos bienes protegidos con la finalidad de ofrecer unas guías de entendimiento de una hipotética regulación del tiempo de trabajo que encuentre puntos de equilibrio entre los diferentes intereses y derechos en juego. Esta compartimentación del estudio del tiempo de trabajo produce un análisis miope que impide alcanzar una configuración normativa global que trate de dar cabida a los diferentes aspectos de la regulación del tiempo de trabajo.

³⁷ Para una visión constitucional de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Conciliación de la vida familiar y laboral: una visión constitucional", en AAVV (B. CARDONA, coord.), *Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Hacia un reparto igualitario de las reformas parentales*. Bomarzo, Albacete, 2009.

Más allá de los motivos que han ocasionado un estudio fragmentado del tiempo de trabajo, resulta necesario adoptar una metodología omnicompreensiva de esta condición de trabajo para evitar situaciones contradictorias que se expresan en la actualidad con carácter universal. Estamos haciendo referencia a las situaciones laborales en las que se encuentran los trabajadores en relación con el tiempo de trabajo. A este respecto, resulta revelador el estudio de un reciente informe realizado por la OIT en 2008³⁸, donde se evidencia como con carácter mundial el control y seguimiento fragmentado que se lleva a cabo en nuestra materia arroja situaciones laborales que deben cohonestarse de cara a la consecución de una racionalización del tiempo de trabajo. Así, en el mencionado Informe se hace referencia a una distribución desigualitaria e inequitativa de horas de trabajo entre trabajadores que acaba arrojando un panorama laboral donde conviven contemporáneamente: a) situaciones laborales de *sobreexplotación*, caracterizadas por un exceso de horas de trabajo más allá de la jornada legal o convencional; b) situaciones de *subempleo*, en las que los trabajadores no obtienen un número de horas de trabajo suficiente para satisfacer sus necesidades y las de sus familias; c) Situaciones de desempleo.

Las situaciones de sobreexplotación, subempleo o desempleo relacionadas con el tiempo de trabajo condicionan decididamente la consecución de los bienes jurídicos anudados al tiempo de trabajo. A saber, protección de la salud de los trabajadores, conciliación de los tiempos de vida fuera y dentro del trabajo y redistribución del empleo. Y ello, porque las necesidades de los trabajadores en relación con los bienes jurídicos que debe tutelar la ordenación del tiempo de trabajo no son homogéneas. Dicho gráficamente, un trabajador sin empleo o con un empleo marginal en relación con el tiempo de trabajo no tendrá, *a priori*, aspiraciones de conciliar tiempos de trabajo y tiempos de libertad, ya que el *quantum* de horas de trabajo en dichas situaciones haría devenir innecesaria una determinada regulación que albergue entre sus objetivos la liberación del tiempos de trabajo para dicha finalidad. Desde otro ángulo, el trabajador sobreexplotado, cuyo tiempo de trabajo supera los límites legales o convencionales, difícilmente podrá albergar esperanzas de poseer un trabajo *sano*³⁹ que le permita, a su vez, compatibilizar las distintas facetas de su vida por mucho que exista una legislación al respecto que obligue a ello.

De ahí, que se deba impulsar un tipo de políticas en materia de tiempo de trabajo que dispongan una suerte de priorización que introduzca dosis de racionalidad en la regulación del tiempo de trabajo, poniendo en conexión los

³⁸ LEE, S., McCANN, D y MESSENGER, J. C., *El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa*. MTIN. OIT, Madrid, 2008.

³⁹ Vid. P. BOIX, E. ORTS, M^a J. LÓPEZ y F. RODRIGO, "Trabajo temporal y siniestralidad laboral en España en el período 1988-1995". *CRL*, nº 11, 1997.

diferentes bienes protegidos por la normativa sobre tiempo de trabajo. En este sentido, cabe llamar la atención sobre la relación existente entre la dimensión colectiva e individual del trabajo en relación con los bienes protegidos desde el tiempo de trabajo. La satisfacción de la dimensión colectiva del derecho al trabajo, empleo y salud laboral, es la condición *sine qua non* para la realización de las aspiraciones individuales de realización de la persona del trabajador a través de la compatibilización de los diferentes tiempos. Repárese que esta relación entre individual y colectivo no se coloca en un plano de contraposición o enfrentamiento, sino de necesaria complementariedad.

En un análisis jurídico agregado de la situación del mercado de trabajo español, nos encontramos con que ciertos derechos de los trabajadores solo son accesibles para determinados colectivos de trabajadores caracterizados por la estabilidad de su empleo. En este sentido, se debe hacer especial hincapié en cómo la regulación jurídica del tiempo de trabajo permite una limitación efectiva del tiempo de trabajo en las relaciones laborales indefinidas, mientras que aquellas temporales, por el contrario, tienen muchas posibilidades de ver trasgredido tal derecho como condición básica de la protección de su salud en el ambiente de trabajo⁴⁰. Del mismo modo, únicamente aquellos trabajadores con un tiempo de trabajo suficiente para satisfacer sus necesidades vitales y las de su familia aspiran a la compatibilización de la vida familiar y laboral, visto el modelo español – también europeo- de conciliación de las distintas esferas basado en la reducción de tiempo de trabajo y proporcionalmente de salario⁴¹.

La tendencia de reducción paulatina de la jornada de trabajo pactada en los convenios colectivos, que se vino observando hasta 2007, se ha frenado durante el periodo de la última crisis, con una tendencia de signo contrario – mantenimiento e incluso aumento del tiempo de trabajo- en determinadas empresas como consecuencia de las últimas reformas laborales que, dentro de los límites legales, facilitan la organización en la empresa del tiempo de trabajo –su cuantía y distribución- y la inaplicación del convenio sectorial. También el legislador laboral ha potenciado mecanismos de reducción temporal de jornada que llevan pareja una disminución proporcional del salario.

En 2010, la jornada anual pactada en el conjunto de la negociación colectiva fue de 1.757,7 horas, equivalentes a 38 horas y 29 minutos semanales de trabajo, es decir, 5,2 horas más al año que en 2009, resultado de un aumento de 10,9 horas/año en los convenios de empresa y de 3 horas/año en los convenios supraempresariales. La evolución de la jornada efectiva de

⁴⁰ Vid. F. TRILLO, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. Lex Nova, Madrid, 2010.

⁴¹ Vid. J. MACINNES, "Diez mitos sobre la conciliación de la vida laboral y familiar". *CRL*, nº 23, 2005, pp. 37-39. El autor rompe con el mito por el cual los trabajadores que concilian vida laboral y familiar deseen reducir jornada de trabajo. Por el contrario, se observa una tendencia hacia el aumento de la jornada laboral en dichos trabajadores que, seguramente, venga motivada por la insuficiencia salarial.

trabajo, por el contrario, muestra en 2010 una disminución con respecto al año anterior, que esta vez fue de 6 horas, profundizando en la tendencia de reducción continuada que ha seguido en estos años, pero con un menor ritmo de reducción. Así, en 2010, la jornada media efectiva se situó en 1.579,4 horas, siendo la efectuada por los trabajadores a tiempo completo de 1.717,5 horas, 2,4 horas más que en 2009, y la de los trabajadores a tiempo parcial de 1.028,2 horas, 10,3 horas menos que el año anterior. Esta nueva reducción, aunque menor, de la jornada media efectiva en 2010 se explica, fundamentalmente, por una disminución de nuevo de las horas extraordinarias realizadas, 3,2 millones menos que en 2009. Por el contrario, las horas no trabajadas por diversos motivos en 2010 se redujeron con respecto a 2009, en 10,9 de media por trabajador.

II.2.3.- La conciliación de la vida personal, familiar y laboral exige una planificación integral de los tiempos de trabajo. La sistematización de las diversas situaciones laborales de los trabajadores en relación con el tiempo de trabajo ofrece un mapa del mercado de trabajo español extremadamente útil de cara a gestionar unos tiempos de trabajo que comporten un nivel de planificación empresarial que atienda las necesidades de flexibilidad de la organización de la producción, pero que también permita corregir aquella distribución de tiempos de trabajo desigualitaria que impide a los trabajadores atender sus necesidades y derechos de conciliar tiempos de trabajo y tiempos de vida privada. En este sentido, se ha de constatar cómo el modelo español de conciliación de la vida personal, familiar y laboral está basado en la asunción de su coste por parte del trabajador, a través fundamentalmente de la reducción del tiempo de trabajo con reducción proporcional de salario. De este modo, se puede afirmar que estos derechos no han alcanzado toda su expansión, ni han sido interiorizados como una necesidad que deba ser socializada, perpetuando determinados *roles sociales* de mujeres y varones. Nótese que si la conciliación de la vida personal, familiar y laboral aparece condicionada al salario a través de la reducción del tiempo de trabajo, en una sociedad donde se asiste a una *brecha salarial* sensible entre mujeres y varones⁴², la tendencia en materia de conciliación será aquella que identifique a la mujer trabajadora como el sujeto *natural* llamado a compatibilizar tiempos de trabajo retribuidos con tiempos de trabajo socialmente necesarios⁴³.

⁴² Los datos que ofrece el Instituto Nacional de Estadística para el año 2007, a través de la Encuesta de Estructura del Salario, arroja una situación en la que la ganancia media anual por trabajador es de 20.390,35€. Para los varones contratados indefinidamente, dicho salario asciende a 24.953,34€; mientras que las mujeres con contrato indefinido ganaron ese mismo año 17.876,41€. En el caso de los varones con contrato de duración determinada, el salario medio anual se situó en 16.083,61€ y el de las mujeres con contrato temporal en 13.224,15€. <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t22/p133/2004-2007/10/&file=02004.px&type=pcaxis&L=0>.

⁴³ De este modo, se ha puesto de manifiesto cómo en Europa las mujeres con niños pequeños empleadas es un 13,6% inferior que las mujeres sin niños; mientras que el empleo de los hombres con niños es diez puntos superior al de aquellos varones sin hijos. *Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee of the Regions on equality between women and men, 2005*, Bruselas, 14 de febrero de 2005, COM (2005)44, final, pp. 4 ss.

En unas relaciones de producción donde la irregularidad y la flexibilidad laboral se proponen como características principales, llama la atención que estos derechos de compatibilización de tiempos de trabajo y de vida privada se resuelvan en el ordenamiento jurídico español a través de la fórmula (rígida) de la reducción del tiempo de trabajo⁴⁴. A este respecto, la flexibilización introducida en materia de tiempo de trabajo permitiría, a nuestro juicio, la coordinación compatible de tiempos de trabajo y tiempos vida privada a través fundamentalmente del acuerdo en sede de negociación colectiva o, en su defecto, a través del contrato de trabajo individual ex art. 34.8 Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, con carácter previo a este tipo de negociaciones donde se de desarrollo a las necesidades y derechos de los trabajadores en materia de tiempo de trabajo, se debe hacer hincapié en la necesidad de una debida planificación empresarial de los tiempos de trabajo que no insista en un desigual reparto de horas de trabajo.

En efecto, la situación en España en relación con el reparto de horas de trabajo arroja un resultado donde existe un número de trabajadores muy significativo que desarrollan jornadas de trabajo por encima de las 40 horas semanales, situado en el 27% de la población asalariada⁴⁵. Dentro del colectivo de trabajadores que padecen una prolongación indebida de su jornada de trabajo⁴⁶, son los trabajadores varones los que en más de un 80% de los casos experimentan esta situación laboral, coincidiendo además con contratos cuya característica principal es tener una jornada a tiempo completo. Por el contrario, son las mujeres trabajadoras las que concentran un menor tiempo de trabajo, colocando a estas últimas en una situación de desigualdad estructural en el acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo, así como en la asignación de ciertos *roles sociales* identificados con las obligaciones familiares⁴⁷, pese a que el contrato a tiempo parcial alberga entre sus objetivos el fomento del acceso al mercado de trabajo de las mujeres.

Este exceso de horas de trabajo que padece un tercio aproximadamente de la población trabajadora provoca como consecuencia directa la creación de situaciones de subempleo y desempleo, que impiden la instauración de políticas de racionalización del tiempo de trabajo donde tengan cabida prácticas conducentes a garantizar la conciliación de la vida personal,

⁴⁴ Repárese en que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo niega la posibilidad de que el trabajador pueda concretar su horario sin que exista reducción de jornada. SSTs de 13 y 18 de junio de 2008.

⁴⁵ Según datos EPA 2011.

⁴⁶ Situación ésta que se presenta uniformemente en el conjunto de Estados de la Unión Europea. Así, la V Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo (2010) destaca cómo el 24% de los trabajadores de la UE-27 realiza jornadas de trabajo superiores a las 40 horas semanales de promedio en cómputo anual. En algunos países, esta media resulta ser muy superior, alcanzando incluso el 35% de los trabajadores, como Reino Unido, República Checa, Grecia, Polonia, Rumanía y Eslovaquia.

⁴⁷ Las estadísticas que ofrece al respecto el Instituto de la Mujer evidencian cómo en el 99% de los casos en los que las mujeres tienen un contrato a tiempo parcial, el motivo de esta reducción de jornada está ligado a la cobertura de las obligaciones familiares. http://www.inmujer.gob.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005678206&language=cas_ES&pagename=InstitutoMujer%2FPage%2FIMUJ_Estadisticas

familiar y laboral. Esta situación, en el mercado de trabajo español, tiene como principal origen la presencia muy numerosa de relaciones laborales de carácter temporal⁴⁸ que por sus especiales características absorben una cantidad de horas de trabajo por encima de los límites legales y/o convencionales. La contratación temporal suele producirse, al margen de usos irregulares de la misma, en momentos donde se incrementa la demanda del bien o servicio que produce la empresa⁴⁹ y suele aparecer combinada esta situación con el recurso a la distribución irregular de la jornada de trabajo. Es decir, los trabajadores temporales experimentan jornadas intensificadas de trabajo, donde en la mayor parte de las ocasiones la duración del contrato no consiente el juego de la compensación de aquellas intensificaciones de tiempo de trabajo⁵⁰. Imaginemos la situación de un trabajador temporal, cuya duración de su contrato es de tres meses. El empresario, presa de la necesidad de tiempo de trabajo por un incremento imprevisto de la producción, pacta con los representantes de los trabajadores una distribución irregular de la jornada coincidente con la duración de su contrato de trabajo temporal. Los límites imperativos a los que se encuentra sujeta la distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo son el descanso entre jornadas, fijado en 12 horas como mínimo, y el descanso semanal de un día y medio ininterrumpido. Pues bien, el resultado de una concentración máxima de tiempo de trabajo en dicho período de tres meses en relación con el trabajador temporal, arrojaría como resultado que éste haya prestado una cantidad de tiempo igual a 1.392 horas en dicho trimestre, producto de una semana laboral de 66 horas (**5,5 días** de trabajo semanales **x 12 horas** diarias). Si esta operación la padeciese el trabajador en sucesivos contratos hasta completar el año, con el mismo o diferente empresario, asistiríamos a una circunstancia en la que el trabajador de nuestro ejemplo triplica el límite legal previsto en 1826,27 horas anuales.

Frente a este tipo de comportamientos del mercado de trabajo, la respuesta que el ordenamiento jurídico ha ofrecido hasta el momento fomenta esta concentración de horas de trabajo entre este colectivo de trabajadores, ya que los tribunales han determinado como única solución jurídica la obligación empresarial de retribuir todo el tiempo de trabajo efectivamente prestado, al precio de la hora ordinaria y/o extraordinaria, más una posible sanción administrativa al empresario (art. 7.5 Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social⁵¹).

⁴⁸ A fecha de 2006, la temporalidad en España alcanzó el 34,1% de los contratos de trabajo. http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2007/EPA/epa24_top_EXCEL.htm.

⁴⁹ Nótese que de los 16.401.724 contratos de trabajo temporales registrados en 2007, 7.673.381 responden a la modalidad de contratos eventuales por circunstancias de la producción. http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2007/MLR/mlr22_top_EXCEL.htm.

⁵⁰ En este sentido, J. ARAGÓN, J. CRUCES, A. MARTÍNEZ y F. ROCHA, *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*. Fundación 1º de mayo, Madrid, 2012, pp. 86-92.

⁵¹ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Y es en este punto donde precisamente cabría introducir una planificación de los tiempos de trabajo que evitasen este tipo de jornadas prolongadas más allá de los límites legales o convencionales a través de la instauración de reglas en materia de distribución irregular de la jornada de trabajo que asegurasen el respeto del derecho a la limitación de la jornada de trabajo de los trabajadores temporales. De cara a introducir este tipo de mecanismos, se deberían introducir regulaciones en el plano colectivo e individual donde la distribución irregular de la jornada de trabajo arrojase como resultado un escrupuloso respeto de la limitación del tiempo de trabajo. Para ello, los convenios colectivos tendrían que introducir regulaciones específicas donde el período de referencia para el cómputo de la jornada de trabajo se haga coincidir con la duración de los contratos temporales, de modo tal que se establezcan en los textos colectivos una programación de la distribución irregular de la jornada de trabajo que arroje prevea que a la finalización del término contractual no se observen excesos indebidos en la jornada de trabajo. Este tipo de regulación convencional debe aparecer completada a través del contrato individual de trabajo donde se concretaría la efectiva distribución irregular de la jornada de trabajo con la finalidad de que en el momento de la extinción de estas relaciones de trabajo no hubiera un exceso de horas de trabajo.

Uno de los aspectos más problemáticos de la regulación convencional de la distribución irregular de la jornada de trabajo tiene que ver con la concordancia necesaria que se ha de prever entre el período de referencia que sirve de cómputo de la jornada de trabajo y el módulo temporal de la distribución irregular de la jornada de trabajo⁵². A este respecto, suele ser muy frecuente que el período de referencia utilizado en convenio colectivo para computar la jornada de trabajo sea el año, mientras que el módulo temporal de la distribución irregular de la jornada de trabajo varía según los casos, sin que en muchas ocasiones se pongan en relación uno y otro.

Más allá de las críticas vertidas sobre la fijación del período de referencia para el cómputo de la jornada laboral, que como se decía anteriormente suele ser el año, los sujetos negociadores en base a su libertad negocial pueden fijar períodos de referencia distintos a los previstos en el art. 34.1 del ET. Es más, sería conveniente que a efectos de un control efectivo de esta condición de trabajo se fijasen múltiples períodos de referencia que permitan asegurar que cuando finalice el año, la jornada de trabajo no haya superado los límites establecidos en convenio colectivo o, en su defecto, las cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual. Y ello, por varios motivos. El primero de ellos guarda estrecha relación con la constatación de la convivencia en una misma empresa de trabajadores cuya duración de sus

⁵² En este sentido, N. CASTELLI, "Flexibilización de la jornada laboral y conciliación de la vida personal y laboral tras la Ley Orgánica 3/2007: reflexiones a partir del estudio de la negociación colectiva en Castilla-La Mancha", en AAVV, (ROMERO RODENAS, Coord.), *La conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la negociación colectiva de Castilla-La Mancha*. Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 121 ss.

contratos varía sustancialmente. Así, el cómputo anual de la jornada en relación con los trabajadores temporales suele arrojar como resultado la prolongación de jornadas de trabajo más allá de las previstas en el convenio colectivo de referencia.

El segundo de los motivos que indica la necesidad de la fijación de períodos de referencia más breves del año tiene que ver con la función de las horas extraordinarias como mecanismo de distribución irregular de la jornada de trabajo. Esto es, la compensación de las horas extraordinarias con tiempos de descanso equivalentes implica en última instancia un ulterior instrumento de distribución irregular de la jornada de trabajo que, en determinados períodos de la producción, consiente la concentración de grandes cantidades de trabajo. En este sentido, el control por parte de los representantes de los trabajadores a través del registro diario de la jornada de cada trabajador (art. 35.5 Estatuto de los Trabajadores) debe reforzarse para asegurar la limitación efectiva de la jornada de trabajo. Además, en el convenio colectivo se debería racionalizar el uso de la distribución irregular de la jornada de trabajo, dado el solapamiento funcional entre jornada ordinaria y extraordinaria.

En suma, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral exige de una planificación empresarial que destierre un uso indebido de la flexibilidad laboral en materia de tiempo de trabajo, a través de la programación general del uso del tiempo de trabajo, pero también de la fijación dinámica de las condiciones de ejecución de los principales instrumentos de distribución irregular de la jornada de trabajo. De otro modo, además de no alcanzar el objetivo de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se seguirán produciendo disfunciones productivas y económicas en el ámbito empresarial que en la mayoría de las ocasiones finalizan en procesos judiciales que enturbian el desarrollo de las relaciones laborales⁵³.

III.2.4. Otros contenidos. Además de la pactación de los salarios y del tiempo de trabajo, en España la negociación colectiva es esencial como instrumento para apoyar cambios en el modelo productivo. Son primordiales las cláusulas en materia de empleo, la productividad, la formación, la organización del trabajo y la participación, o el uso de las nuevas tecnologías y la innovación productiva, así como la introducción de la perspectiva de género en los contenidos convencionales.

a) *Empleo.* La negociación colectiva constituye un mecanismo fundamental a través del cual las organizaciones empresariales y sindicales tratan de incidir en el empleo, más aún en una coyuntura de crisis económica como la experimentada en los últimos años, en la que la tasa de paro está próxima al 25%.

⁵³ Así, MEIL LANDERLIN, G., GARCÍA SAINZ, C., LUQUE DE LA TORRE, M^a. A. y AYUSO SÁNCHEZ, "Las grandes empresas y la conciliación de la vida laboral y personal en España", *RMTAS*, nº 71, 2008, pp. 15 ss.

Los interlocutores sociales en los Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012 y 2012-14, han incluido las siguientes orientaciones para la negociación colectiva en materia de empleo:

- Promoción de la contratación indefinida, transformación de contratos temporales en contratos fijos y mantenimiento del empleo.
- Fomento del uso adecuado de las modalidades contractuales, no debiendo la negociación colectiva introducir redacciones o pactos que desnaturalicen las causas previstas en la legislación laboral.
- Adopción de fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales.
- Análisis de la posibilidad y conveniencia de determinar el volumen global de contrataciones temporales, incorporando en su caso definiciones precisas de las referencias, márgenes o límites materiales y temporales sobre los que se medirá la aplicación de la medida.
- Fomento de la contratación de los jóvenes, impulsando los contratos formativos, como vía de su inserción laboral y cualificación favoreciendo la posible incorporación definitiva en la empresa de estos trabajadores, una vez finalizado el contrato formativo.
- Potenciación de los contratos fijos discontinuos en las actividades discontinuas o estacionales.
- Fomento de la jubilación parcial y el contrato de relevo como instrumento para el mantenimiento del empleo.
- Potenciación del establecimiento de cláusulas que permitan la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos legalmente establecidos.
- Establecimiento de mecanismos de seguimiento y control de la evolución del empleo, y de la contratación en los sectores cuando se adopten medidas de empleo.

Atendiendo al uso de las distintas cláusulas de empleo, se observa que, en términos generales, todas han tenido una evolución positiva a lo largo de los últimos años. Las que más han aumentado son las de creación de empleo por jubilación parcial. Menos frecuentes son las referidas a la conversión de empleo temporal en fijo. Los datos de 2009 y 2010 muestran una ralentización del progresivo aumento que venían experimentando estas cláusulas en los últimos años: el porcentaje de convenios que incluye alguna de estas previsiones apenas ha aumentado, e incluso en algunos casos, ha disminuido. Destaca un descenso de:

- Cláusulas relativas a la creación de empleo, cuyo uso, ciertamente, ha sido siempre reducido, lo que vendría a estar en sintonía con la coyuntura económica de crisis.

- Cláusulas de conversión de empleo temporal en fijo y de movilidad geográfica.

Con relación a las cláusulas de mantenimiento del empleo, lo habitual es que no aparezcan en los convenios como tales, sino formando parte de apartados más genéricos, como el preámbulo u objetivos del convenio, o sobre política general de contratación. Sí hay algunas excepciones en determinados convenios en los que además de declararse como objetivo, se especifican las medidas establecidas a tal efecto.

Es también frecuente que, junto con el objetivo de mantenimiento y creación de empleo, se incluya el de fomento de la estabilidad del mismo, dándose prioridad a la creación de empleos de esta naturaleza. En algunos casos incluso llega a establecerse un objetivo específico sobre el porcentaje de empleo fijo a conseguir en un plazo temporal determinado.

Las políticas de fomento del empleo suelen ir ligadas a la supresión o reducción de las horas extraordinarias, limitándose su uso para las situaciones estrictamente necesarias. Suelen establecerse criterios, a través de los cuales se autoriza su realización así como, en algunos casos, la obligación de presentar informes periódicos sobre la cuantía de las mismas, motivos de su aplicación o trabajadores afectados.

En relación con el pluriempleo, algunos convenios establecen compromisos de evitar que los puestos de trabajo de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio sean ocupados por personas que ya estén desempeñando simultáneamente otros puestos de trabajo en otras empresas.

La mayoría de los convenios incluyen comisiones de seguimiento de los objetivos marcados colectivamente, siendo poco habitual que se creen específicamente para el ámbito de empleo, salvo algunas excepciones.

b) Movilidad geográfica y funcional. La negociación colectiva no vincula la movilidad geográfica y funcional tipo alguno de compromiso para la creación y/o mantenimiento del empleo. Como regla general, el contenido de la negociación colectiva se circunscribe a las condiciones para su aplicación, estableciendo como principio garantizar las condiciones de empleo más favorables para el trabajador en caso de movilidad.

Es habitual en determinados sectores, la creación de comisiones específicas en materia de movilidad, constituidas por los representantes sindicales y la empresa, para garantizar que aquélla se lleva a efecto en la forma adecuada, tanto para la empresa como para el trabajador afectado.

c) *Productividad.* Los aspectos relacionados con la productividad constituyen un elemento de importancia dentro de los contenidos negociales de los convenios colectivos. Cerca de un 25% de los trabajadores incluidos en convenios colectivos están afectados por cláusulas relacionadas con incentivos ligados a la productividad, siendo los porcentajes significativamente superiores en los convenios de empresa, donde sobrepasan el 50%. Estos convenios reconocen la importancia de maximizar el producto por unidad de trabajo empleada, afirmando que la organización del trabajo tiene como finalidad alcanzar en el seno de la empresa un nivel adecuado de productividad a partir de la utilización óptima de los recursos humanos y materiales. Para el cumplimiento de este objetivo, se menciona explícitamente la optimización de la capacidad productiva, la racionalización de la organización del trabajo, la política salarial y de incentivos materiales, la cualificación y adaptación de la mano de obra, las condiciones de trabajo, el clima de las relaciones laborales o la lucha contra el absentismo. Asimismo, para garantizar la productividad de las unidades de trabajo, las empresas se reservan la potestad de introducir mejoras tecnológicas.

El establecimiento de cláusulas de productividad y su correspondiente medición puede exigir la participación de los representantes de los trabajadores, que podrán verificar y comparar los registros alcanzados. Asimismo, suelen velar por la inexistencia de obstáculos que pudiesen impedir los avances de productividad exigidos a los trabajadores. En última instancia, la obtención de mejoras de productividad hace recomendable el establecimiento de garantías acerca de la distribución de esas ganancias hacia los fines normalmente contemplados; esto es, hacia el restablecimiento del excedente empresarial en situaciones contrastadas de crisis, hacia la reinversión empresarial bajo el compromiso de generar nuevos puestos de trabajo o, asimismo, el aumento salarial.

Una de las modalidades más habituales a la hora de incentivar la productividad mediante la asociación de rendimiento y retribución es la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas. Normalmente, la bonificación asociada al resultado económico de la empresa se suele traducir en un porcentaje del salario (incluida la antigüedad o complemento personal) del trabajador. También con el objetivo de optimizar la productividad, algunos convenios recogen la posibilidad de encomendar a un mismo trabajador la realización de funciones diversas dentro de su mismo grupo profesional, previa comunicación y motivación de esas adaptaciones.

La organización del trabajo en las empresas es una facultad que la mayoría de los convenios colectivos reservan expresamente a la dirección empresarial, como núcleo básico dentro del conjunto de facultades y poderes del empresario en la relación de trabajo, sin perjuicio de las competencias reconocidas legalmente a los representantes de los

trabajadores. Algunos convenios precisan que es potestativo de la empresa adoptar cuantos sistemas de modernización considere necesarios. No obstante, algunos convenios establecen previsiones o referencias a posibles esquemas participativos de los representantes de los trabajadores, a partir del diálogo y la negociación, que, en algún caso, se concreta con la referencia a funciones de orientación, propuesta o emisión de informes en lo relacionado con la organización y racionalización del trabajo.

Como forma innovadora de organización, algunos convenios incluyen la implantación del teletrabajo como opción organizativa mediante el acuerdo con la representación de los trabajadores, y como medio no solo de conciliar la vida profesional con la personal, sino también como forma de prestación del trabajo que permite una adaptación al cambio tecnológico.

d) *Formación profesional.* La formación profesional constituye un objetivo compartido por trabajadores y empresas, que ha venido siendo objeto de atención singular por las organizaciones empresariales y sindicales en el marco del diálogo social y la negociación colectiva. Así, la formación profesional ostenta un gran valor, ya no solo para la inserción en el empleo sino también como factor de transformación y dinamización de la economía.

Las cláusulas de formación profesional han tenido una destacada y homogénea presencia en los convenios colectivos. No obstante, desde 2008 el número de convenios colectivos que han incorporado cláusulas relativas a la formación profesional ha sufrido una ligera disminución, más profunda y severa en 2010. En este contexto, las cláusulas de formación profesional que han tenido una mayor presencia numérica en los convenios colectivos durante los últimos tres años, han sido las relativas a los planes de formación.

Buen número de convenios sectoriales de ámbito estatal crean comisiones paritarias de formación, encargadas de fijar los criterios y prioridades generales aplicables a las ofertas de formación sectorial -incluidos los planes de formación- en todo el Estado.

Son muy frecuentes en los convenios sectoriales y de empresa la inclusión de cláusulas relativas a los permisos retribuidos para la formación que pueden solicitar los trabajadores. Normalmente los convenios recogen, además del derecho del trabajador “al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, el derecho “a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional”.

Por lo que atañe a las cláusulas relativas al contrato para la formación, su presencia en los convenios colectivos analizados es mucho más importante en los de sector que en los de empresa. Muchos convenios al abordar los

distintos aspectos del contrato para la formación se limitan, en la mayoría de los casos, a reproducir las previsiones legales que los regulan: delimitación de los puestos de trabajo en los que puede utilizarse dicho contrato, configuración de la formación teórica, establecimiento de la duración del mismo y fijación de la edad para ser contratado para la formación. El aspecto de este contrato que generalmente es objeto de un mayor desarrollo por parte de los convenios analizados es el que afecta a la retribución del trabajador en formación.

III. Vigencia. En España, el convenio colectivo es esencialmente una norma temporal que, en principio, no está llamada a desplegar eficacia fuera del tiempo a que se contrae su vigencia, salvo que el propio convenio u otro posterior así lo establezcan.

El convenio tiene por objeto regular las relaciones laborales en un período de tiempo determinado. De ahí que el legislador español al disciplinar esta materia trate de marcar un período de duración que sea lo más adecuado posible a la situación real en el ámbito del convenio.

Corresponde a las partes negociadoras fijar la duración del convenio colectivo, pudiendo acordar la misma vigencia para su totalidad, o bien establecer diferentes períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias, en cuyo caso el convenio debe contemplar la fecha de expiración, que podrá ser común para todo el convenio o escalonada para las distintas cuestiones que regula. En esta actividad, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación para negociar convenios de eficacia general también podrán pactar su revisión anticipada, esto es, acordar la revisión o renegociación del convenio *ante tempus*, sin tener, por tanto, que esperar a que concluya la duración prevista inicialmente (art. 86.1 ET en redacción dada por el RD-Ley 3/2012).

En la práctica comercial española es cada vez más frecuente que los convenios colectivos –fundamentalmente los sectoriales– establezcan períodos de duración plurianual de dos, tres, cuatro, e incluso cinco años; en estos casos, el convenio suele prever vigencias distintas, normalmente anuales, para determinadas materias, tales como salario, jornada y clasificación profesional.

La llegada del término final previsto en el convenio colectivo no supone la pérdida automática de su vigencia. Es necesario que se cumpla un requisito adicional: la denuncia expresa de las partes del convenio; denuncia que podrá ser bilateral o unilateral, supuesto este último más frecuente en la práctica negociadora. La denuncia deberá ser expresa (art. 86.2 ET), es decir, habrá de hacerse por escrito o, cuando menos, mediante conducta inequívoca de la parte denunciante, siempre que su destinatario tenga la oportunidad de conocerla, precisamente por su naturaleza recepticia.

El convenio vencido y no denunciado prorrogará su vigencia de año en año, salvo pacto en contrario de las partes (art. 86.2 ET). Cabe la posibilidad de que los sujetos negociadores hayan previsto que el convenio no denunciado no prorrogue su contenido. Si llegada la fecha de vencimiento no existe denuncia de alguna de las partes, el convenio, si no se ha previsto lo contrario, se prorrogará por un año más en su totalidad, admitiéndose una nueva denuncia por cualquiera de las partes antes de que concluya el año de prórroga.

3.4.1. La ultraactividad del convenio colectivo. En España, la ultraactividad del convenio colectivo se ha mantenido inalterada desde la primera versión del ET en 1980 hasta la reforma laboral de 1994, que opta por preservarla, salvo pacto en contrario de los sujetos negociadores. El convenio denunciado permanecía vigente en su contenido normativo hasta la entrada en vigor de uno nuevo, pudiendo, no obstante, las partes acordar la pérdida de vigencia, total o parcial, con carácter inmediato o diferido una vez concluida la duración inicialmente pactada. Esta previsión se completaba con la libertad de los negociadores para determinar la duración del convenio, homogénea o no en su contenido. La norma legal, supletoria de lo acordado por las partes, mantenía la aplicación del convenio –su contenido normativo– para soslayar vacíos de regulación e impedir que cada nuevo proceso partiera de cero, evitando así una regresión de derechos y, con ella, un incremento de la conflictividad.

La práctica negocial ha venido siguiendo la senda marcada por la regulación legal, haciendo de la ultraactividad una regla de oro, sin más excepciones que su posible extensión a las cláusulas obligacionales del propio convenio, por decisión de ambos negociadores.

Los últimos planes de reforma legal de la negociación colectiva auspiciados por el poder político han puesto en peligro la ultraactividad del convenio de eficacia general, cuya desaparición viene siendo demandada por la patronal desde hace tiempo. Las propuestas difundidas han sido heterogéneas: desde la limitación temporal de la renegociación del convenio –con o sin solución por defecto, agotado dicho período–, hasta la extinción, sin más, del convenio denunciado a la finalización de la duración pactada. Estas iniciativas se justifican en la agilización y estimulación de los procesos de negociación colectiva, así como en el impasse y desmotivación para renegociar a los que invita la ultraactividad, con riesgo de enquistamiento del convenio y de bloqueos en los procesos de negociación.

La pérdida de ultraactividad del convenio por imperativo legal puede aligerar, pero también apresurar en demasía el *iter* de la negociación, provocando situaciones incómodas que, a corto plazo, podrían generar un escenario de conflictividad laboral.

Sin ultraactividad, cualquier intento orientado a evitar la degradación de las condiciones de trabajo coloca a las partes negociadoras en una situación de desequilibrio, que debilita la posición del sindicato en la negociación y sitúa al banco económico en un estado de supremacía y ventaja frente a la contraparte. Esta circunstancia se irá agravando conforme se aproxime la fecha de expiración del convenio; el sindicato, con menor poder contractual, no tendrá más alternativas que el conflicto como medida de contrapeso, o mostrar mayor predisposición a lograr un acuerdo, negociando y firmando a contrarreloj.

El principio de ultraactividad, disponible por la autonomía colectiva, ha permanecido vigente hasta la reforma laboral de 2012. El RD-Ley 7/2011 lo mantuvo como mecanismo de seguridad, acompañando, no obstante, reglas orientadas a agilizar el proceso, con plazos máximos de desarrollo de la renegociación y mecanismos de mediación y arbitraje que hicieran frente a situaciones de bloqueo. Estos procedimientos de solución de discrepancias permanecen en el RD-Ley 3/2012, que, no obstante, ha resuelto eliminar los períodos de negociación y acotar temporalmente la ultraactividad del convenio denunciado, procediendo la Ley 3/2012, de 6 de julio, a reducir aun más los márgenes de la ultraactividad.

En efecto, la ultraactividad, sustentada en 2011 en situaciones de desacuerdo y falta de pactación de un compromiso de sometimiento al procedimiento arbitral, es mantenida por el RD-Ley 3/2012 por un período de 2 años a contar desde la denuncia. La Ley 3/2012 reduce este período al de un año tras la denuncia del convenio colectivo. Esta regla es supletoria para las partes del convenio colectivo, con capacidad para modularla, inaplicarla en bloque para la totalidad del convenio, o tan solo para un grupo definido de materias; pueden también pactar un plazo diferente al legal –ampliarlo o reducirlo-, ceñirlo a determinados contenidos o, en fin, someterlo a condición.

Transcurridos el plazo de un año prescrito por la Ley 3/2012, sin pacto en contrario, el convenio pierde su vigencia, imponiéndose, a partir de entonces, el de ámbito superior que fuera de aplicación, si lo hubiere –art. 86.3 ET-. Este convenio, que habrá de estar en vigor regirá, salvo pacto en contrario, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la expiración del convenio previamente denunciado, hasta su decadencia o, con carácter transitorio, hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio –se presupone en fase de renegociación- que sustituya al extinguido.

El legislador, aun siendo consciente de la posibilidad de que no exista convenio de un nivel superior aplicable –así lo evidencia el inciso final “si lo hubiere”-, no aporta soluciones alternativas. Que no haya convenio de ámbito superior aplicable es una contingencia que en la práctica se producirá

con relativa frecuencia. Más probable es, sin embargo, que el convenio de ámbito superior regule con carácter de mínimo o no integre una ordenación que satisfaga con plenitud los contenidos que dejaron de aplicarse con la decadencia del convenio. Esta incidencia, que tampoco ha sido prevista por la norma legal, determinaría, en principio, la aplicación de la normativa estatal, incompleta e insuficiente, muchas veces, y de mínimos en la ordenación de un dilatado grupo de materias.

Para salvar esta eventualidad se han ensayado soluciones que pasan por inferir que las condiciones laborales reguladas en el convenio son incorporadas a las relaciones laborales de los trabajadores concernidos como contenido contractual, lo que en la práctica supondrá la posibilidad de que el empresario pueda recurrir al art. 41 ET para modificar condiciones de trabajo incorporadas en los contratos de trabajo, sin más exigencia que la notificación a los trabajadores afectados y a sus representantes, o en el mejor de los casos, la apertura de un período de consultas que no garantiza que concluya con acuerdo entre el empresario y la representación de los trabajadores.

Esta reforma supone un cambio radical de perspectiva en la vigencia del convenio que augura mayor conflictividad laboral y donde el recurso a la mediación y al arbitraje puede garantizar una solución adecuada que permita sortear las consecuencias derivadas de la pérdida de ultraactividad del convenio sin acuerdo previo de las partes.

3.4.2. Revisión del convenio antes de que finalice su vigencia. Que el convenio colectivo obliga durante toda su vigencia a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación es un principio básico del sistema negocial español, que tiene por objeto dotar de seguridad jurídica a los acuerdos libremente alcanzados por los sujetos colectivos en virtud del ejercicio de su autonomía colectiva, amén de las relaciones de trabajo concernidas.

En España esta regla admite excepciones por la vía del art. 86.1 párrafo 2º ET, que, con el propósito de agilizar la negociación colectiva, introduce la posibilidad de negociar la revisión del convenio colectivo durante su vigencia. Se trata de una cuestión ya planteada hace algunos años, y sobre la que se ha pronunciado la doctrina judicial, manteniendo que el convenio colectivo es una norma temporal que no “impide a las partes negociadoras que de común acuerdo puedan alterar el término de vigencia pactado, como ocurre con cualquier acuerdo [...] o norma [...]”.

Tras el RDL 3/2012, el art. 86 ET establece que los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los arts. 87 y 88 ET “podrán” negociar la revisión del convenio vigente –de cualquier convenio estatutario en cualquier ámbito-. No se trata ahora de revisar un convenio en los términos

en él previstos, ni de que el propio convenio haya pactado “distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias”. La idea es anticipar la pérdida de vigencia no prevista de todo o parte del contenido del convenio, a través de un mecanismo de sucesión/sustitución, orientado a adaptar las condiciones de trabajo a las exigencias del mercado y de la producción.

Para la revisión anticipada del convenio es preciso que exista un acuerdo de las partes en tal sentido –acuerdo de revisión-. La falta de consenso determina la imposibilidad de anticipar, en todo o parte, por decisión unilateral, la decadencia del convenio en vigor.

VI. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO⁵⁴

Pere Beneyto y Alvaro Orsatti

Si bien el estudio se ha concentrado en la negociación colectiva del sector privado, se consideró necesario incluir breves referencias sobre la correspondiente al sector público, con base en los informes nacionales y otras investigaciones disponibles. En la sección cuantitativa ya se ha señalado que el empleo público tiene un tamaño relativamente mayor en ALC que en Europa.

Densidad sindical. En las dos regiones, existe una relación directa entre tamaño de la densidad sindical y el componente de la sindicalización proveniente del sector público. No se dispone aún de datos para ALC, pero los referidos a Europa (tabla 1) son claros en que la tasa de afiliación sindical en el sector público es casi siempre (con Bélgica como excepción) superior a la del sector privado, como resultado de una mayor y mejor regulación garantista por parte del Estado, lo que implica que los costes de participación son más bajos, lo que en algunos casos se traduce en una muy desigual distribución de la presencia e intervención sindical, excesivamente concentrada en el sector público.

Como resultado, en la mitad de los países para los cuales se tienen datos recientes (2009), la afiliación al sector público representa el 50% o más de la afiliación total (7 casos sobre 14), y en otros cinco equivale al 40%.

La estructura de la representación sindical en el sector público resulta, asimismo, mucho más fragmentada que en el privado, como resultado de las tendencias corporativistas existentes en algunos colectivos específicos (médicos, maestros, funcionarios de alto nivel, etc.), que se traduce en la existencia de un gran número de organizaciones y sindicatos profesionales que persiguen objetivos particularistas.

Ratificación de los C151 y 154. En ALC solo siete han ratificado el C151 (Argentina, Brasil, Colombia, Uruguay, Chile, El Salvador, y Perú). Los

⁵⁴ Esta sección es anticipo de un trabajo más extenso en elaboración.

cuatro primeros también han aprobado el C154. Del resto, Guatemala es el único que ha ratificado sólo el C154.

Del total de los países de la UE, diez no han ratificado el C151, incluyendo Alemania y Francia. De estos países, casi todos (salvo Rumania), tampoco ratificaron el C154. Entre los restantes países que ratificaron el C151, seis de ellos (incluyendo Reino Unido e Italia) no han seguido este trámite para el C154.

Modelos de relaciones laborales y negociación colectiva. En ALC (tabla 2) está generalizada la normativa que permite la creación de sindicatos de trabajadores de la administración pública, excepto en cuatro países (Bolivia, Chile, Rep. Dominicana y Panamá). Asimismo, en otros se excluye a una extensa lista de categorías. Se mantiene en buena parte del conjunto el enfoque tradicional estatutario, es decir, el que asigna estatutos del servicio civil a estos trabajadores, diferenciándolo de los cubiertos por el código laboral. De todas formas, se observa una extensa práctica de acuerdos que, si bien no tienen el estatus de negociación colectiva, se asemejan. Estos acuerdos suelen concentrarse en subsectores de servicios sociales claves (salud, educación), lo que coincide con la presencia de las organizaciones sindicales más fuertes. Una mayoría de países (10 sobre 18) en que se reconoce la negociación colectiva, aunque solo en tres de ellos es a nivel nacional, existiendo una práctica de distinta cobertura. De los otros países, solo en dos no existe negociación

En Europa, de los cinco modelos identificados al efecto en un capítulo anterior, apenas son de aplicación en este ámbito los dos primeros (corporativismo organizado y partenariado social). Las diferencias más significativas son las referidas a las mayores tasas de sindicalización y cobertura de la negociación colectiva, pese a las tendencias que se detectan hacia una creciente fragmentación representativa y descentralización administrativa. La literatura especializada distingue entre dos modelos básicos de organización y gestión de la Administración Pública: el de tradición napoleónica y prusiana (*modelo Rechtsstaat*) propio de la mayor parte de los países de la Europa continental, y el *modelo liberal*, desarrollado en el área anglosajona. En el primer caso, se trata de una Administración fuertemente legalista, integrado por diferentes cuerpos y escalas de funcionarios, con status laborales especiales en materia de contratación, seguridad en el empleo, promoción, etc., regulación unilateral por parte del Estado e importantes limitaciones en sus derechos de asociación, negociación colectiva y huelga. Por el contrario, en la tradición británica apenas existe una regulación diferente entre el sector privado y el público, lo que supone que las relaciones laborales en el segundo de ellos se asemejan a las vigentes en el primero de ellos, sin que se registren grandes limitaciones a su autonomía negocial.

Más en general, se registran diversas restricciones a los principios generales, en comparación con el sector privado, derivados del conflicto entre el papel del Estado como legislador y empleador. La negociación colectiva en el sector público se caracteriza por una mayor centralización que la del sector privado, si bien se observa una creciente fragmentación, derivada de la propia estructura del sector (sanidad, educación, administración, etc.) y de las tendencias descentralizadoras de los Estados (administración central, regional, local) lo que, sin embargo, no supone una caída de sus tasas de cobertura, que son generalmente superiores a las del sector privado.

A este respecto, cabe distinguir tres modalidades de regulación e intervención del Estado en las relaciones laborales del sector público (ver tabla 3):

- negociación colectiva entre los diferentes niveles de la Administración y los sindicatos representativos del sector. Es el modelo mayoritario, con 15 países.
- regulación unilateral por parte del Estado, aunque los sindicatos ejercen sus derechos de información y consulta. Son tres los países en esta situación.
- mixto: coexisten ambos modelos, si bien algunos colectivos (fuerzas armadas, policía, jueces, etc.) quedan excluidos de la negociación colectiva. Se aplica en nueve países.

Con todo, la situación dista mucho de ser estática y en los últimos años se registran fuertes tensiones en el sector público, de carácter tanto estructural (privatizaciones, subcontratación) como legal (desregulación normativa, flexibilización) e, incluso, ideológico (antisindicalismo, impulso de las tendencias individualizadoras) que suponen un debilitamiento del modelo social europeo vigente en el sector público y una convergencia a la baja con los estándares vigentes en el sector privado.

Las políticas de austeridad frente a la crisis están teniendo graves consecuencia también sobre el sector público. Una evaluación realizada por ETUI (2012) señala que en los tres últimos años en nueve Estados (Italia, España, Reino Unido, Grecia, Portugal, Estonia, Rumania, Irlanda, Letonia) se han impuesto unilateralmente profundas reformas desreguladoras de las relaciones laborales, con pocos casos de decisiones negociadas (Hungría, Lituania, Eslovenia).

Tabla 1. Europa. Proporción de los trabajadores del sector público en la sindicalización total, 2011. En porcentaje.

I.Alta	Francia (57%), Reino Unido (61%), Irlanda (54%), Países Bajos
--------	---

	(51%), Suecia (49%), Noruega (52%), Grecia (56%)
II. Media (40%)	Alemania, España, Dinamarca, Austria, Finlandia
III. Baja.	Belgica (25%), Luxemburgo (25%)

Fuente: ICTWSS, 2012

Tabla 2. ALC. Acuerdos y negociaciones colectivas de los trabajadores de la administración pública

<p>I.Sistemas nacionales de negociación colectiva</p>	<p>Uruguay. A partir de la nueva legislación (2009). La cobertura alcanzada es prácticamente total, excepto en algunos municipios.</p> <p>Venezuela. La nueva legislación (2012) formaliza la negociación nacional, que ya existía. La evaluación sindical encuentra crecientes restricciones en la práctica.</p> <p>Paraguay. La normativa permite la negociación en la administración pública para trabajadores en unidades con 20 y más. La cobertura alcanzada estimada es de cerca del 20%</p>
<p>II.Sistemas parciales de negociación colectiva</p>	<p>Argentina. La normativa permite negociación colectiva mediante regímenes específicos, los que han sido adoptados en la administración pública nacional y sector docente, así como en una parte de las administraciones públicas provinciales y municipales. La cobertura alcanzada estimada es superior al 60% del universo.</p> <p>Colombia. Existe normativa reciente (2012) a favor de la negociación colectiva a partir de la ratificación de los C151 y C154, aunque la opinión sindical es que se desvirtúa el contenido. Por el momento, solo se ha alcanzado alguna negociación en la administración pública, seguridad social y hospitales públicos municipales</p> <p>Costa Rica. Normativa que permite la negociación en algunas categorías. Resistencia del Estado a cumplirla, aunque avalada por la Corte Suprema. La cobertura alcanzada era cercana al 40%, pero en 2013 se agregó el convenio con el magisterio, con lo que casi la duplica.</p> <p>Guatemala. La normativa permite la negociación colectiva a nivel de entidad pública. Se han alcanzado negociaciones importantes en salud y magisterio</p> <p>El Salvador. La normativa excluye de la sindicalización a una extensa lista de categorías, y solo admite negociación a nivel de entidades. Se han alcanzado negociaciones colectiva en algunos sectores</p> <p>Nicaragua. La normativa autoriza la negociación a nivel de entidad, pero excluye a una extensa lista de categorías. Se ha alcanzado una importante negociación importante en salud, magisterio y universidades.</p> <p>Perú. La normativa permite la negociación colectiva para ciertas categorías y subsectores. La cobertura alcanzada estimada es del 25%.</p>

<p>III.Otros procedimientos de negociación</p>	<p>Brasil. La normativa no autoriza negociación colectiva, pero existe una extendida práctica de acuerdos en las grandes ciudades. Luego de la ratificación del C151 (2010), se ha creado un grupo de trabajo para comenzar a discutir la forma de incorporar sus contenidos a la normativa. La cobertura alcanzada estimada es de 50%.</p> <p>Panamá. La normativa no autoriza la negociación colectiva, pero existe un procedimiento de solución de conflictos colectivos que puede tener como resultado un acuerdo colectivo. También existe un régimen especial para los trabajadores del Canal. Discusión sobre la posibilidad, no concretada, de negociar a nivel de instituciones descentralizadas y municipales. La cobertura alcanzada estimada es cercana al 20%.</p> <p>México. La normativa no autoriza la negociación colectiva, pero existen procedimientos de consulta sobre condiciones de trabajo.</p> <p>Chile. La normativa no autoriza la sindicalización y negociación colectiva, aunque se mantiene una práctica permanente de consulta con la principal central sindical, que da lugar a acuerdos. La cobertura alcanzada estimada es cercana al 50%.</p> <p>Rep. Dominicana. La normativa no autoriza la sindicalización y la negociación, pero existen acuerdos en las áreas de salud y educación</p> <p>Honduras. La normativa excluye a un extenso número de trabajadores y no se autoriza la negociación colectiva. Existen procedimientos basados en “respetuosos memoriales”, pero no dan lugar a una negociación. En la práctica, existen acuerdos en las áreas de salud y educación</p>
<p>IV.Sin negociación</p>	<p>Bolivia. La normativa no autoriza la negociación colectiva, pero la reforma constitucional de 2008 autoriza la negociación colectiva</p> <p>Ecuador. La normativa solo autoriza la sindicalización (y la negociación colectiva) de los trabajadores estatales calificados como obreros.</p>

Fuente: C.Ledesma y A.Orsatti, 2013

Tabla 3. Europa. Modelos de negociación colectiva en el Sector Público

<p>I.Negociación colectiva entre los diferentes niveles de la Administración pública y los sindicatos representativos</p>	<p>Italia, Portugal, Suecia, Belgica, Irlanda, Países Bajos, Bulgaria, Chipre, Rep. Checa, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Malta</p>
<p>II. Regulación unilateral por el Estado, con derechos de información y consulta</p>	<p>Francia, Austria, Luxemburgo</p>
<p>III. Mixto</p>	<p>Reino Unido, Alemania, Grecia, España, Polonia, Rumania, Latvia, Lituania, Estonia</p>

Fuente: ICTWSS, 2012

Bibliografía citada

Carlos Ledesma y Alvaro Orsatti, 2013: Organización y negociación colectiva de los trabajadores del sector público en A.Latina. Normas y prácticas sindicales. CSA. San Pablo.

ETUI, 2012: The crisis and national labour law reforms:a mapping exercise". Isabelle Schomann y Stefan Clauwaert. Bruselas

Eurostat, 2012: Labour forced survey. En web.

ICTWSS, 2012: Industrial relations in Europe. Amsterdam

OIT, 2012: Panorama Laboral. Li

VII. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA⁵⁵

Amparo Merino Segovia

VII.1 Un esquema comparado América Latina-Europa

La incorporación de las mujeres al mercado laboral y sus dificultades para acceder a puestos de trabajo de calidad en condiciones de igualdad han concitado la atención de las instituciones internacionales. La OIT, en su Convenio 3, sobre protección de la maternidad (1919), revisado en 1952 con la finalidad de tomar en consideración la evolución de la legislación y prácticas nacionales, ya hacía alusión al empleo de las mujeres trabajadoras antes y después del parto⁵⁶. También la Declaración de Derechos Humanos, la Carta Social Europea y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ejemplifican la importancia que ha venido adquiriendo la cuestión de género en el siglo XX. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (ONU, 1979) y los Convenios OIT sobre la materia⁵⁷ han dado forma a un cuerpo normativo internacional que, pensado inicialmente para proteger a las mujeres, avanza gradualmente hacia la igualdad y la equidad en el mercado de trabajo, e incide en la necesidad de exterminar la discriminación en sus distintas manifestaciones.

Los ensayos han sido pausados y aunque los progresos internacionales son significativos, queda mucho por hacer. La internacionalización del trabajo y la economía, la disposición mundial al libre intercambio y la expansión en América Latina de los tratados de libre comercio -con capítulos sociales puramente retóricos y declarativos, sin consecuencias prácticas- parecen querer promover la aplicación de los derechos fundamentales en el trabajo. Los principios básicos, incorporados en la legislación internacional, impactan en las normas de cada país, emplazadas a abrazar reformas normativas en

⁵⁵ Este artículo recoge, para los países latinoamericanos, información provista por los especialistas nacionales en sus respuestas a la encuesta del proyecto.

⁵⁶ El C103 (1952) y el C183 (2000) de OIT han venido ensanchando el alcance de la protección de la maternidad en el trabajo, y han querido garantizar que el trabajo no comporte un riesgo para la salud de la mujer y de su hijo, y que las funciones reproductivas de las mujeres no afecten a su seguridad salarial y en el empleo.

⁵⁷ En particular, los C100 sobre igualdad de remuneración (1951), y C111 sobre no discriminación en el empleo y en la ocupación (1958).

el ámbito de la igualdad y la no discriminación. Persisten, no obstante, en muchos países códigos y leyes vigentes con discriminaciones –directas e indirectas- evidentes.

I.Los problemas. Las oportunidades de las mujeres para obtener puestos de trabajo de responsabilidad que se adecuen a sus capacidades, cualificaciones y aptitudes profesionales, son limitadas, debido a que los mecanismos de acceso al empleo y de promoción profesional diseñados en las empresas están desprovistos del rigor y objetividad deseables, dificultando la participación de las mujeres en las mismas condiciones que los hombres. La práctica demuestra que las mujeres son ubicadas en los peldaños más bajos de las escalas ocupacionales de la empresa, sin una presencia significativa en los puestos de responsabilidad y escasas posibilidades de ser promocionadas a determinados puestos de trabajo, tradicionalmente desempeñados por hombres.

El salarial es uno de los ámbitos donde con mayor contundencia se manifiesta la situación de discriminación que sufren las mujeres en el mercado laboral, con una brecha salarial que en muchos países supera el 20%, llegando a alcanzar el 30%. Una de las causas de esta disfunción es la regulación que la negociación colectiva ha venido realizando de los sistemas de clasificación profesional, construidos, por lo común, sobre elementos que, lejos de ser objetivos y neutros, expresan los valores dominantes de la sociedad a través de criterios que mucho tienen que ver con los prejuicios y estereotipos vigentes. Estas previsiones conducen a que los puestos habitualmente ocupados por mujeres estén peor gratificados.

Las mayores diferencias se detectan en la remuneración de las horas extraordinarias, menos retribuidas cuando son percibidas por mujeres. También en el salario en especie y en las pagas de beneficios e incentivos. Estas prestaciones van acompañadas en la práctica de elevadas dosis de subjetividad, concentrándose en los puestos de trabajo de mayor responsabilidad. Cuanto más numerosas son las características consideradas para la determinación de la retribución -antigüedad, nivel de estudios, edad, tamaño de la empresa, nivel ocupacional-, mayor es la brecha salarial por razón de género, que avanza progresivamente en proporción al número y combinación de todas estas variables.

La negociación colectiva ha sido en muchas ocasiones fuente de discriminaciones indirectas, como consecuencia del menor valor que se atribuye a determinados puestos de trabajo donde las mujeres están sobrerrepresentadas. Son significativos, en este sentido, los sistemas de trabajos por incentivos u objetivos, cada vez más frecuentes en determinados sectores de actividad productiva, así como la infravaloración de ciertos niveles profesionales o puestos de trabajo que han sido feminizados y las disfunciones habidas en la contratación a tiempo parcial.

La igualdad retributiva por trabajos de igual valor no ha recibido una respuesta satisfactoria en la negociación colectiva, que tradicionalmente ha formulado en femenino puestos profesionales concretos con niveles salariales inferiores, contribuyendo así a mantener y legitimar situaciones de discriminación retributiva entre los trabajadores de distinto sexo. En muchos países, la remuneración recibe de la negociación colectiva un tratamiento limitado desde una perspectiva de género. Las escasas disposiciones sobre el particular son dictadas para evitar los posibles efectos adversos que en la remuneración pudieran derivarse del disfrute de licencias o permisos por lactancia o suspensiones del contrato por maternidad y maternidad, cuidado de hijos y atención a personas dependientes.

Por otra parte, la definición de la jornada laboral y la organización de los tiempos de trabajo obstaculizan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Los procesos productivos se bareman habitualmente en clave masculina, con atención a los tiempos de los hombres, silenciando los empleados para desarrollar otros trabajos históricamente atribuidos a las mujeres –trabajo doméstico, reproducción y cuidado de hijos o de familiares-. Las mujeres están obligadas a adaptarse, cuando sin embargo el proceso habría de jugar a la inversa. Deberían ser los lugares, los espacios y la organización del trabajo los que se acomoden a las situaciones diferenciales de mujeres y hombres, alterando el modelo masculino de referencia.

II. La situación europea. En la Europa comunitaria, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y la Carta de los Derechos Fundamentales invocan la igualdad entre mujeres y hombres como principio fundamental del Derecho comunitario. Debe recordarse, no obstante, que el verdadero designio de la construcción europea fue, en sus inicios, la consecución del mercado común y la unidad monetaria y financiera, quedando en un segundo plano la dimensión social.

Con el tiempo, la igualdad, como derecho fundamental, ha sido muy útil en Europa como principio homogeneizador. Muchas de las reformas adoptadas por los países de la UE responden a la necesidad de transponer al ordenamiento interno las directivas sobre igualdad. La ley es el instrumento nuclear, el punto de partida para integrar la igualdad en los ordenamientos nacionales y promover en este campo, a través de la negociación colectiva, nuevas medidas que favorezcan el acceso al empleo y la eliminación de las discriminaciones directas e indirectas en las condiciones de trabajo⁵⁸.

⁵⁸ La discriminación indirecta se produce cuando una medida o criterio aparentemente neutros, tiene consecuencias adversas mayoritariamente en el colectivo de uno de los sexos. Habitualmente la medida es perjudicial para un porcentaje muy superior de mujeres, sin que exista una justificación objetiva razonable y proporcionada que demuestre que el impacto adverso es ajeno a una intención o finalidad discriminatoria. Se han considerado neutros pero discriminatorios, por quedar demostrado su impacto perverso y desproporcionado en el

Las directivas comunitarias fomentan el diálogo social, como herramienta útil para el análisis y erradicación en los lugares de trabajo de las distintas formas de discriminación por razón de sexo, implicando de forma activa a los interlocutores sociales. Los Estados miembros están obligados a adoptar medidas adecuadas, orientadas a fomentar el diálogo social entre empresarios y representantes de los trabajadores, con el objetivo de promover la igualdad de trato, debiendo impulsar la acción de los actores sociales para que, en el nivel adecuado, suscriban convenios colectivos que incorporen normas antidiscriminatorias y fomenten la igualdad de trato entre mujeres y hombres en los lugares de trabajo de forma planificada y sistemática.

En España, la Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH), en vigor desde marzo de 2007, subraya la dimensión transversal del principio de igualdad y la necesidad de activar mecanismos que permitan poner fin a la desigualdad “en el ámbito específico de las relaciones laborales”. La trascendencia que el espacio laboral adquiere en la consecución de la igualdad justifica que más de la mitad del contenido de la LOIEMH esté destinada a cuestiones relativas al empleo, condiciones de trabajo y protección social, con frecuentes llamamientos a la negociación colectiva para la realización efectiva de las políticas igualitarias.

El papel fundamental de la negociación colectiva en la ordenación de las condiciones de trabajo y de empleo, hace de ella un elemento corrector de las desigualdades habidas en este ámbito, y de supresión de las discriminaciones latentes en el mercado de trabajo. De ahí que los sucesivos Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva, que desde inicios de siglo han sido suscritos en España por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas del país, introduzcan recomendaciones a los negociadores de los futuros convenios colectivos, orientadas a promover la igualdad por razón de sexo y eliminar discriminaciones. Es a partir de entonces, y sobre todo a raíz de la aprobación del documento *Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades en la negociación colectiva*, firmado en 2003 por las confederaciones sindicales y empresariales, cuando en España se intensifican las iniciativas colectivas en este campo, tanto a nivel confederal como en los sectores de actividad y en las empresas.

La negociación colectiva comienza a situar los aspectos relativos a la cuestión de género en un capítulo o sección específica del convenio colectivo, resaltando así su singularidad e importancia estructural y facilitando su localización espacial. Con carácter general, se observa una

colectivo de mujeres: el trabajo a tiempo parcial, el esfuerzo físico como único o criterio básico de clasificación profesional, y el trato diferente que es consecuencia del ejercicio de derechos de conciliación.

tendencia a eliminar la discriminación en el empleo y la ocupación, con el objetivo de incrementar las oportunidades en la contratación desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa, y dar cumplimiento al principio de no discriminación en relación con el empleo y la permanencia en él. La incorporación de determinados mecanismos de garantía para la efectividad de la aplicación del principio de igualdad, tales como procedimientos u órganos de control y seguimiento -comisiones paritarias o mixtas específicas en la materia-, expresa, asimismo, una mayor sensibilidad convencional por la cuestión de género en el ámbito laboral.

La LOIEMH reserva a la negociación colectiva amplios espacios para avanzar en la consecución de la igualdad laboral, propiciando una mayor atención en las mesas de negociación. Desde su aprobación, los avances han sido significativos aun cuando persisten algunas carencias y deficiencias. Los progresos se concentran más en la discriminación formal que en la real, siendo una realidad la existencia de sectores feminizados con niveles salariales inferiores y condiciones laborales más precarias que las profesiones ocupadas predominantemente por trabajadores del sexo masculino. Se observa, asimismo, una correspondencia directa entre los sectores más masculinizados y la escasa atención que, en términos generales, vienen prestando sus convenios colectivos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en general, y más en concreto al tratamiento de los tiempos de trabajo desde este enfoque.

El respeto mutuo por la dignidad de los demás en los lugares de trabajo hace inaceptable cualquier forma de acoso y de violencia física, psicológica y/o sexual. Pese a ello, en los países industrializados entre el 42 y el 50% de las trabajadoras han sido víctimas de acoso sexual, quedando demostrado que la violencia en los lugares de trabajo no es un fenómeno esporádico que afecta a algunas mujeres de forma puntual.

Los interlocutores sociales europeos alertaron sobre la existencia de grupos específicos de riesgo por su mayor vulnerabilidad, con un llamamiento a los Estados miembros para que pusieran en funcionamiento el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Lugar de Trabajo, de 2007. El Acuerdo tiene como objetivo “aumentar el conocimiento y la comprensión de empleadores, trabajadores y de sus representantes sobre el acoso y la violencia en el puesto de trabajo; y proporcionar a los empleadores trabajadores y sus representantes a todos los niveles un marco de acción para identificar, prevenir y manejar los problemas de acoso y de violencia en el trabajo”. Con esta finalidad, el Acuerdo define el acoso y la violencia e introduce medidas para la prevención, identificación y gestión de los problemas de esta naturaleza.

En España esta tarea fue llevada a cabo por los interlocutores sociales, a través de la incorporación del contenido del Acuerdo como Anexo IV en la

Prórroga para el año 2008 del ANC-2007, apelando a los negociadores de los futuros convenios colectivos para que adaptaran el contenido del Acuerdo a la realidad nacional, facilitando así una mejora de las condiciones de trabajo y el buen funcionamiento de las empresas. Dentro del bloque relativo a la política preventiva de riesgos laborales que trazan los convenios colectivos, varios de ellos se refieren a las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo. Llama la atención, no obstante, el escaso número de convenios que prestan atención directa a estas situaciones, quizás inspirados en la ingenua creencia de que silenciando estas conductas lograrán expulsarlas de sus ámbitos de aplicación.

El acoso sexual es normativamente tratado como una discriminación por razón de sexo, sin que ello signifique que este tipo de comportamientos atente en exclusividad contra el principio de igualdad. El acoso sexual es una conducta pluriofensiva que lesiona simultáneamente varios derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la dignidad y a la intimidad, el derecho a la salud e incluso al trabajo. Desde la negociación colectiva se afirma que el acoso sexual en el trabajo provoca, cuando menos, la vulneración del derecho a la intimidad, respeto de la dignidad personal, no discriminación por razón de sexo, seguridad, salud e integridad física y moral, con pérdida de empleo, en algunos casos.

A diferencia del tratamiento cada vez más habitual que recibe el acoso sexual en los textos convencionales, el acoso moral o *mobbing*, cuyo origen puede obedecer a causas diversas -entre ellas, el sexo de la víctima, configurando entonces una discriminación por razón de género-, apenas ha sido objeto de regulación convencional. Con frecuencia, los convenios colectivos obvian las graves repercusiones que pueden tener comportamientos de esta naturaleza, no solo sobre la salud del trabajador afectado, sino también para la economía de la empresa. El *mobbing*, igual que el acoso sexual, ejemplifica la existencia entre hombres y mujeres de un poder desigual en los lugares de trabajo. Los convenios colectivos que expresamente introducen esta figura se limitan, por lo común, a incorporarla junto con el acoso sexual, dentro del catálogo de faltas graves o muy graves.

La violencia de género presenta innegables implicaciones en el ámbito laboral, basadas, en lo esencial, en la necesidad de adoptar medidas relativas a adaptaciones de jornada, excedencias y licencias, que tienen por objeto dispensar una adecuada protección a la trabajadora víctima de estos comportamientos. En los últimos años se observa un punto de inflexión en lo que hace a su tratamiento convencional, con un aumento significativo de convenios colectivos -sectoriales estatales, en su mayoría- que garantizan la protección laboral de las mujeres afectadas por comportamientos de esta naturaleza.

Esta tendencia, que muestra avances de entidad en la igualdad, experimenta en la actualidad un impase preocupante, como consecuencia de la grave crisis económica y financiera que azota al continente europeo, el bloqueo de la negociación colectiva en diversos sectores de actividad productiva y las reformas laborales acometidas con carácter de urgencia por los distintos gobiernos. Se percibe, en los últimos años, cierto retroceso que difumina los avances precedentes, con un repliegue y devaluación de la cuestión de género en la negociación colectiva. Esta situación provoca un silenciamiento y regulaciones meramente formales o declaraciones de principios excesivamente generales, que no se contemplan en los contenidos del propio convenio.

III. La situación en América Latina. En América Latina, la negociación colectiva es un derecho reconocido constitucionalmente que, no obstante, resulta seriamente entorpecido en la práctica, debido, entre otros factores de entidad diversa, al intervencionismo estatal característico de estos países. En este marco, los contenidos convencionales han avanzado tímidamente hacia la cuestión de género, con cláusulas sobre maternidad/paternidad, responsabilidades familiares y condiciones de trabajo, siendo los temas relativos a la no discriminación y promoción de la igualdad de oportunidades los menos tratados en la negociación colectiva. No existe, por lo demás, en los países latinoamericanos uniformidad en el tratamiento convencional de la igualdad y no discriminación, debido fundamentalmente a la inexistencia de un diálogo social institucionalizado, esto es, de instrumentos intersectoriales o acuerdos interprofesionales que, con proyección global, orienten la negociación colectiva y sus contenidos en los distintos sectores de actividad y empresas del país.

La cuestión de género prospera lentamente en los procesos de negociación; sigue la misma cadencia que las legislaciones nacionales. Su incorporación en la negociación colectiva se halla en un estadio embrionario, con un desarrollo incipiente, comparativamente con los países europeos. En América Latina, las legislaciones nacionales de protección de la maternidad, menos avanzadas que en la mayoría de los países europeos, introducen, con carácter general, los elementos centrales establecidos en los Convenios 3, Convenio 103 y Convenio 183 de OIT-, siendo muy limitados los avances legales cuando se trata de promocionar un equilibrio entre los trabajadores de ambos sexos en las responsabilidades familiares, latente en el Convenio 156 de OIT.

El fuerte incremento del empleo precario y desprotegido y la sobrerrepresentación de las mujeres en los estratos más denostados y desregulados del mercado de trabajo, son factores que fomentan un retraimiento de la perspectiva de género en la negociación colectiva. Con todo, la tendencia latinoamericana muestra un sentido cada vez más aperturista en relación con la introducción de cláusulas sobre la protección

de la maternidad y paternidad y responsabilidades familiares, con avances importantes, según los distintos países. Es, en la mayoría de los casos, la mujer trabajadora la titular de estos derechos. Una titularidad exclusiva que únicamente debería estar justificada cuando se trata de sus funciones reproductivas –embarazo y parto-; no así en el resto de las situaciones, donde la exclusión de los hombres se relaciona con el hecho de que las mujeres son vistas por los actores sociales como las principales responsables de los cuidados y atenciones infantiles y familiares.

Lograr una mayor y mejor armonización entre hombres y mujeres en las responsabilidades familiares es una materia poco explorada en la negociación colectiva latinoamericana, donde los convenios se limitan a introducir cláusulas sobre compensaciones parentales o asignaciones monetarias bastante reducidas en concepto de educación, nacimiento y salud de hijos y otros familiares. También se incorporan licencias especiales por razones de salud o cambio de residencia. Los ítems donde se observan mayores progresos con relación a la legislación son los relativos a la adopción, guarderías infantiles y embarazo.

Se han obtenido de los estudios nacionales del proyecto CSA-CELDS diversos elementos descriptivos de la situación actual. El informe venezolano es expresivo en su enumeración de los problemas que suelen presentarse en las relaciones laborales de los países de la región:

- Trabas para conceder los permisos para el control prenatal.
- Resistencia a cambiar de puesto de trabajo a las mujeres en caso de embarazo.
- Ausencia de provisión de la vestimenta adecuada.
- Dificultades para el reingreso de las mujeres después de la licencia por maternidad.
- Falta de un local para amamantar y/o resistencia a conceder los tiempos necesarios.
- Carencia de guarderías o incumplimiento de los pagos correspondientes.
- Imposibilidad del padre de acompañar a la madre y al recién nacido.
- Ausencia de estabilidad por paternidad reciente.
- Falta de protección a madres y padres adoptantes.
- Resistencia a conceder los permisos para atender hijos o familiares enfermos.
- Inexistencia de ayudas por parte de la empresa para la familia del trabajador.

De los doce países estudiados, Uruguay ocupa un puesto singular. Las rondas de negociación colectiva, iniciadas en el 2005 con la reapertura de los Consejos de Salarios, han logrado, como hecho positivo, que el 50% de

los acuerdos celebrados incluyan cláusulas sobre género. Esta situación se vincula al hecho de que los Consejos tuvieran como referencia una cláusula 'tipo' que, sugerida por la Comisión Tripartita de Igualdad de Género – adscrita al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social-, presenta el siguiente contenido: “reafirmar el respeto por el principio de igualdad de oportunidades, trato y equidad en el trabajo, sin distinción ni exclusión por motivos de sexo, raza, etnia, orientación sexual, credo u otras formas de discriminación, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y promover dentro del ámbito de la negociación colectiva el cumplimiento de los convenios vinculados al tema ya ratificados en Uruguay (C 100, 103, 111 y 156). Es de destacar, asimismo, la concreción en este período de una experiencia prácticamente inexistente a nivel mundial que, concretada en el Acuerdo Tripartito en el sector doméstico, determinó la cobertura de aproximadamente 120.000 trabajadores y trabajadoras.

La situación en Panamá y Nicaragua es tendencialmente positiva. En Panamá, los convenios colectivos reconocen y, en ocasiones, mejoran las condiciones de trabajo especiales que la legislación laboral y la propia Constitución Política otorgan a la mujer embarazada en aspectos tales como la licencia por maternidad, derecho de lactancia y fuero desde el reintegro. Aun cuando se reconoce la existencia en la práctica de niveles de discriminación salarial, no se detectan cláusulas de equiparación retributiva a favor de las mujeres. Existen algunos convenios -COPA Airlines- que regulan como medida de protección de género, la prohibición de acoso sexual, calificado por la ley laboral como causa justa de despido y de renuncia.

En Nicaragua ha habido también avances en los últimos años, vinculados a la nueva Ley de Promoción e Igualdad de Género. En 2011, 38 convenios colectivos de 45, incluyeron cláusulas específicas de género, abordando primordialmente la protección de las mujeres en etapas de gestación, así como reubicaciones laborales cuando el desempeño y las condiciones de su trabajo puedan afectar la etapa de gestación. También se han registrado disposiciones sobre canastas o productos para el bebé, permiso de horas hábiles para amamantar y suministro de alimentación a la mujer embarazada.

Algunos informes nacionales identifican casos aislados positivos, en un marco general nacional, al día de hoy muy atrasado.

En República Dominicana destaca el convenio del Grupo M, una multinacional local, con una cláusula específica del siguiente tenor: “la empresa [...] conviene en respetar la dignidad humana [...], promoviendo la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, facilitando la inclusión de mujeres en puestos no tradicionales bajo las mismas condiciones en que sus trabajadores realizan sus funciones [...]”.

En Venezuela, el convenio Metro de Caracas establece que, una vez que la trabajadora da a conocer su condición de gravidez, debe ser transferida inmediatamente del área operativa a la administrativa. En otros convenios existe también la tradición de cambiar de puesto a la trabajadora si ésta lo solicita.

En Brasil, el trabajo de la Comisión de Género y Raza de la Convención bancaria, ha llevado desde 2010 a la introducción de una cláusula para la formación profesional, orientada a la disminución de las diferencias salariales entre hombres y mujeres.

En México, predominan los contratos de protección patronal que desatienden la cuestión de género. En los contratos colectivos reales se observa, sin embargo, cierta tendencia a incorporar la protección del derecho básico a la maternidad, incluida en la Constitución General de la República por influencia de las trabajadoras que participaron en la lucha armada en la Revolución Mexicana. También se avanza hacia la obligación patronal de establecer guarderías infantiles.

El caso nacional más destacado es el de Teléfonos de México, cuyos trabajadores, desde finales de los años setenta del siglo pasado, marcaron, con su lucha, el inicio de una nueva etapa a favor de los derechos de género en el país. Este movimiento surgió por una demanda laboral puntual de las operadoras telefónicas en el Departamento de Tráfico -mujeres en su totalidad-, con condiciones laborales deplorables -muy similares a las de los actuales *call centers*-. La lucha por el convenio de estas operadoras dio lugar a una de las huelgas más singulares en la historia laboral de México, que en 1979 implicó de manera directa a 9.000 mil operadoras, y a otras 15.000 de distintos departamentos, que les dieron su apoyo. Esta huelga, de poco más de 24 horas de duración, culminó con la firma del convenio de tráfico. A mediados de los noventa -siglo XX- su contenido se afianzó con cláusulas sobre tiempos de descanso y previsiones que obligan a la empresa a proporcionar dormitorios a las trabajadoras cuya jornada finalice después de las 9 de la noche, así como un salón de descanso. El convenio también reconoce otros beneficios, como ayuda para lactancia, derecho a la jubilación con 25 años o más de servicio y 48 de edad, a diferencia de los hombres -a partir de los 53 años-.

En Colombia, el escenario general se caracteriza por la escasa atención del sindicato a las cuestiones de género, aun cuando las mujeres representan el 37% del total de afiliados. En 2011, la CUT elaboró orientaciones para la negociación colectiva dirigidas a sus sindicatos afiliados, sobre prohibición de las distintas formas de discriminación –salarial, en el acceso al empleo, en los procesos de ascenso y promociones-, facilidades para la conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres -ampliación de la licencia legal de

maternidad, acumulación de horas de lactancia, ampliación de los días de descanso o de vacaciones-, acoso sexual, apoyo a las mujeres víctimas de violencia doméstica -permisos remunerados, asistencia psicológica y legal- y garantías a las trabajadoras para el cuidado de sus hijos. Sin embargo, las cláusulas convencionales sobre la materia tan solo hacen referencia a la ampliación del período de la licencia por maternidad o de las horas de lactancia y auxilios por maternidad o aborto no provocado

En Chile es inusual la introducción en la negociación colectiva de disposiciones con perspectiva de género. Es práctica común que el empresario utilice argucias para no aplicar determinados parámetros legales, como el establecido en el código de trabajo relativo a salas-cuna para las mujeres con hijos menores de dos años, en empresas con 20 ó más trabajadores. Con este fin, se fragmenta la razón social de una misma empresa –posibilidad dada por la política impositiva de los Multirut-, y se asegura que los lugares de trabajo son de dimensión menor. Por otra parte, los empleadores niegan la incorporación en la negociación colectiva de cláusulas sobre género aduciendo que son materias propias de la administración de la empresa.

Las cláusulas de género constituyen una excepción en la negociación colectiva en Argentina. En la mayoría de los convenios tan solo se incluyen previsiones meramente declarativas, sin obligaciones y sanciones concretas que permitan eliminar paulatinamente las discriminaciones de hecho que sufren las trabajadoras en el acceso al empleo y participación en el mercado de trabajo.

El informe venezolano muestra diversos aspectos de la situación del país:

- los convenios colectivos apenas regulan las condiciones de trabajo de la mujer embarazada. Son limitados los que introducen los permisos remunerados para el control prenatal, e inexistentes las disposiciones que reproducen o refuerzan la obligatoriedad del cambio de tareas o vestuario -excepto el convenio de la industria farmacéutica.
- hasta la fecha, la ausencia de previsiones convencionales sobre la materia, da pie a la discrecionalidad patronal, que en la práctica se traduce en mero incumplimiento. El alto grado de inobservancia de la ley no ha sido objeto de acciones de la administración del trabajo ni de una actuación contundente de las inspectorías del trabajo, siendo muy pocos los sindicatos que han hecho de esta cuestión un problema a confrontar.
- en las convenciones colectivas venezolanas existe un conjunto de cláusulas que establecen beneficios económicos por diferentes conceptos vinculados a la familia. No obstante, el predominio de bajos

salarios y la congelación de una parte de ellos, condujo a utilizar la vía de las bonificaciones como forma de mejora del ingreso, dando lugar a un proceso de desalarización, que fue limitado con la reforma de la LOT en 1997.

Por países, se detectan diferencias significativas en lo que hace referencia a la participación de las mujeres en las comisiones negociadoras. En Panamá, alrededor de un tercio de los delegados negociadores de los convenios colectivos son mujeres, promediando situaciones extremas, como la construcción -sin apenas trabajo femenino- y empresas textiles -donde cerca del 90% son mujeres-. En Nicaragua se detecta una mayor participación de las mujeres en las mesas de negociación, reflejo a su vez de una creciente presencia en las estructuras sindicales. En Guatemala, empero, la presencia femenina es aproximadamente cuatro veces menor que la de los hombres; en República Dominicana, solo en el 10% de los convenios existe tal participación. Argentina ocupa una posición intermedia, con una ley que establece la obligación de que en cada unidad de negociación participe un número de mujeres que sea proporcional a la cantidad de trabajadores de dicha rama o actividad; en la práctica, sin embargo, la participación de las trabajadoras continúa siendo muy limitada.

VII.2 España

I. Planteamiento general. En España, la cuestión de género ha sido objeto de un tratamiento sectorial y sesgado, quedando desatendida por las políticas de alto nivel que, no obstante, ejercen una influencia decisiva sobre las mujeres: en su acceso al empleo, en su estabilidad laboral y sus ingresos, en su protección social, en su promoción profesional, en su desarrollo personal, así como en el bienestar de su familia⁵⁹.

La distinción entre el principio de igualdad y la no discriminación es de especial relevancia en el ámbito de las relaciones de trabajo. La prohibición de no discriminación es un principio que se impone a los poderes públicos y privados, actuando no solo frente al legislador, sino también sobre la negociación colectiva y sobre las actuaciones del empresario en el ejercicio de su poder organizativo y de dirección.

⁵⁹ La Constitución española de 1978 (CE) contiene varias referencias del principio de igualdad:

- Art. 1. Proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico.

- Art. 9.2. Establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

- Art. 14. Consagra como derecho fundamental la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

- Art. 35.1. Contempla el derecho a una remuneración suficiente para la satisfacción de las necesidades personales y de la familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

El principio de igualdad, como ha declarado en España el Tribunal Constitucional (TC), puede sufrir modulaciones al hacerse compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad y de la autonomía colectiva⁶⁰. Las diferencias que puedan establecerse en el ejercicio del poder de organización de la empresa, respetando los mínimos legales o convencionales, no vulneran el principio de igualdad, siempre que tales diferencias no encubran un tratamiento discriminatorio.

Desde una perspectiva de género, la distinción entre sexos tan solo puede ser utilizada de forma excepcional como criterio de diferenciación jurídica. Por este motivo, tal distinción se halla sometida a un canon más estricto de legitimidad constitucional. Únicamente cuando la diferencia de trato tenga una finalidad neutra ajena a toda intención discriminatoria, podrá destruirse la presunción en contra.

1.1 LA LOIEMH. En marzo de 2007 entró en vigor en España la LOIEMH⁶¹. Su Exposición de Motivos, además de subrayar la dimensión transversal del principio de igualdad –por su proyección sobre los distintos ámbitos de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse y perpetuarse la desigualdad–, incide en la importancia que tiene la corrección de la desigualdad “en el ámbito específico de las relaciones laborales”, con expresa referencia a la necesidad de promover “la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas”, situándolas en el marco de la negociación colectiva, “para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido”.

Esta Ley, cuyo basamento principal es el art. 14 CE, transpone al ordenamiento interno español la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales⁶², y también, aunque en menor medida, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro. La LOIEMH, además de introducir modificaciones de magnitud en las leyes que reforma, a través de las numerosas disposiciones adicionales que incorpora –hasta un total de 31–, formula a lo largo de su articulado políticas, principios, derechos e instrumentos de tutela, orientados

⁶⁰ SSTC 280/2006 y 26/2011.

⁶¹ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

⁶² La Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, tiene por objeto refundir y simplificar las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE, que quedaron revocadas a partir del 15 de agosto de 2009, fecha en la que la Directiva de refundición entró en vigor.

todos ellos a prevenir y erradicar conductas discriminatorias desde una perspectiva de género⁶³.

Por la trascendencia que la materia laboral adquiere en la consecución de la igualdad, la LOIEMH dedica más de la mitad de su contenido a cuestiones relativas al empleo, condiciones de trabajo y protección social, con frecuentes llamamientos que en este ámbito a la negociación colectiva para la realización efectiva de las políticas igualitarias, por constituir aquélla el escenario natural en el que se ha de desenvolver y concretar cualquier medida que afecte al mercado de trabajo y, más en concreto, a las prácticas laborales en el seno de las empresas.

En España, la negociación colectiva se revela como instrumento esencial para la tutela y aplicación del derecho de igualdad desde una perspectiva de género. El papel fundamental que desempeña en la ordenación de las condiciones de trabajo y de empleo, hacen de ella un elemento corrector de las desigualdades habidas en este ámbito, y de supresión de las discriminaciones entre hombres y mujeres latentes en el mercado de trabajo.

De ahí que los sucesivos Acuerdos Interconderales de Negociación Colectiva, suscritos en España por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas desde 2002, introduzcan recomendaciones a los negociadores de los futuros convenios colectivos orientadas a promover la igualdad de género y eliminar discriminaciones. Es a partir de entonces, y sobre todo a raíz de la aprobación del documento *Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades en la negociación colectiva*, suscrito en 2003 por las confederaciones sindicales y empresariales, cuando en España comienzan a intensificarse las iniciativas colectivas en este marco, tanto a nivel confederal como en los sectores de actividad y en las empresas.

Las políticas generales para su tratamiento convencional han de estar centradas, tal y como recuerdan los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva, en los siguientes contenidos negociales:

- Cláusulas de acción positiva que fomenten, en igualdad de condiciones, el acceso de las mujeres a sectores y ocupaciones en los que se hallen infrarrepresentadas.
- Criterios de conversión de contratos temporales a fijos, que tengan por objeto favorecer a las trabajadoras en aquellas situaciones en las que, en igualdad de méritos y condiciones, estén afectadas en mayor medida que los hombres por tasas de temporalidad.

⁶³ La parte más importante de la LOIEMH, "tanto cualitativa como cuantitativamente, es la relativa a la temática laboral".

- Sistemas de selección, clasificación, promoción y formación contruidos sobre criterios técnicos, objetivos y neutros desde una perspectiva de género.
- Supresión en los sistemas de clasificación profesional de denominaciones sexistas.
- Adecuada aplicación del principio de igualdad retributiva por trabajos de igual valor, con la finalidad de subsanar las diferencias salariales habidas como consecuencia de una deficiente aplicación del mencionado principio.
- Sistemas de valoración de puestos de trabajo que faciliten una evaluación periódica del encuadramiento profesional.
- Distribución de los tiempos de trabajo y de la formación para conciliar las necesidades productivas con las de naturaleza personal y familiar.
- Seguimiento por la comisión paritaria o por comisiones constituidas *ad hoc* de la aplicación del convenio desde una perspectiva de género.

Estas recomendaciones, dirigidas a los negociadores de los futuros convenios colectivos, alertan de determinadas prácticas convencionales que, en ocasiones, han funcionado como instrumentos de discriminación contra las mujeres. En efecto, sin cuestionar el papel esencial que puede y debe desempeñar la negociación colectiva como instrumento idóneo para la aplicación en su ámbito del principio de igualdad, hay que destacar, no obstante, la forma poco satisfactoria con que tradicionalmente ha desarrollado esta función, dando lugar a cierta desconfianza normativa⁶⁴, que apela, en última instancia, a un control más eficiente de la autoridad laboral, que garantice una tutela antidiscriminatoria eficaz.

En España, se han detectado algunos convenios que introducen, unos, cláusulas discriminatorias, directas y/o indirectas⁶⁵ -lo que revela un mal desempeño, por parte de la autoridad administrativa, de sus funciones de control de legalidad ex art. 90.5 ET⁶⁶-; otros, que desatienden a las mujeres. Algunos convenios ofrecen un tratamiento, más o menos satisfactorio, de la cuestión de género, reproduciendo en ocasiones los dictados legales con un sentido pedagógico, o manifestando un propósito decidido de poner fin a la

⁶⁴ En Europa "el balance de la negociación colectiva no es especialmente positivo. Las cuestiones de igualdad entre hombres y mujeres constituyen una antigua preocupación de los negociadores, en especial en materia de remuneración, pero en este campo se constata a menudo la nulidad o la revisión de los convenios colectivos que contienen disposiciones que no son conformes con la interdicción de la discriminación tal y como la concibe el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁶⁵ Esto plantea problemas de formación y conocimiento de los negociadores del alcance de la tutela antidiscriminatoria y de la discriminación indirecta.

⁶⁶ De hecho el apartado 19 de la disposición adicional 11 de la LOIEMH, añade al art. 90 ET un nuevo párrafo 6, en cuya virtud se obliga a la autoridad laboral a velar "por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo". Para el cumplimiento de este objetivo, la autoridad laboral "podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial. Cuando la autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción competente, por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en conocimiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial [...]".

discriminación de la mujer, a través de cláusulas de mejora, integración, desarrollo y suplemento de la legislación estatal vigente.

2. La perspectiva de género en la negociación colectiva

Para dinamizar en la negociación colectiva las políticas de igualdad es necesario impulsar fórmulas que hagan más eficaces los procesos de negociación colectiva, reforzando los mecanismos de diálogo y participación, y articulando instrumentos que doten de mayores garantías y seguridad el cumplimiento de lo pactado. Como medida previa debe garantizarse la incorporación y presencia activa de las mujeres en la actividad sindical. La igualdad de oportunidades entre trabajadoras y trabajadores progresará adecuadamente si se promueve la presencia de las mujeres en las mesas de negociación, así como en las comisiones paritarias de los convenios colectivos, u otros organismos mixtos *ad hoc*, constituidos convencionalmente para garantizar el cumplimiento de lo acordado. Una participación activa de las mujeres facilitará en la negociación colectiva la sensibilización y defensa de los derechos laborales en la igualdad y no discriminación.

Por otra parte, y con carácter global, es necesario coordinar los esfuerzos para mejorar el propio sistema de negociación colectiva, contribuyendo a la articulación y racionalización de su estructura, dando protagonismo en este campo a la negociación sectorial. Esta actividad choca en la actualidad con algunos impedimentos, como consecuencia del modelo descentralizado de negociación colectiva que desde el RDL 3/2012 propicia el legislador, dando un protagonismo indiscutible al convenio de empresa en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal y en lo relativo a la adaptación de los sistemas de clasificación profesional. También el legislador promueve el acuerdo colectivo de empresa en la organización de los tiempos de trabajo, con posibilidad en este último caso de inaplicar el convenio sectorial.

La negociación colectiva desarrollada en los últimos años en España comenzaba a dar muestras de una mayor sensibilización y preocupación por las materias relativas a la igualdad desde una perspectiva de género, debido en buena medida al protagonismo recibido desde la LOIEMH, que reserva a la negociación colectiva amplios espacios para avanzar en la consecución de mayores niveles de igualdad en el ámbito laboral. En efecto, la LOIEMH propicia una mayor atención en las mesas de negociación por la cuestión de género, así como el tratamiento convencional de materias novedosas, que unos años antes eran totalmente ajenas a los convenios colectivos españoles. En España, los avances en este campo de la negociación colectiva han sido significativos desde la aprobación de la LOIEMH, aun cuando también se han seguido advirtiendo algunas carencias y deficiencias

Esta tendencia ha sufrido un freno importante con la grave situación de crisis económica y financiera que sufre el país, y el bloqueo que la negociación colectiva ha experimentado en diversos sectores de actividad productiva, con un claro retroceso de la cuestión de género que en ocasiones difumina los avances de los últimos años. Este repliegue o devaluación de la igualdad desde una perspectiva de género en la negociación colectiva conduce en ocasiones a su silenciamiento en muchos convenios o a regulaciones meramente formales o declaraciones de principios excesivamente generales que no se plasman en el articulado del propio convenio. Estos datos evidencian cierto retroceso de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo español, y la influencia negativa que en esta materia está ejerciendo la crisis económica y financiera. De ahí que el reto sea la recuperación de rol que a la negociación colectiva le corresponde en el terreno de la igualdad, y la asunción de los contenidos convencionales que le fueron reasignados desde la LOIEMH.

3. Contenidos generales

3.1. Principios generales. Estos principios generales que con frecuencia se integran en los convenios colectivos consisten en:

- Cláusulas específicas que, con carácter genérico, intentan establecer como principio inspirador del convenio el compromiso de los firmantes con la efectividad del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, orientación sexual, raza, edad, nacionalidad, discapacidad, etc.
- Cláusulas que expresan la intención de los firmantes de velar por la puesta en práctica en su ámbito de aplicación del derecho a la igualdad por razón de sexo.
- Creación de órganos o comisiones paritarias especializados en la igualdad, con una composición que, por lo común, garantiza una presencia equilibrada entre mujeres y hombres.
- Compromiso de negociar planes de igualdad en empresas en las empresas, no sólo las que cuenten con 250 ó más trabajadores, sino las que tengan una dimensión laboral inferior.

Estas cláusulas declarativas han evolucionado de manera diversa en los distintos sectores de actividad. En línea de principio, la referencia a la igualdad por razón de sexo se suele hacer en sentido genérico, aludiéndose en ocasiones, como se ha visto, a la prohibición de discriminación sin especificar como causa singular el sexo.

Por otra parte, la incorporación de mecanismos de garantía de la efectividad de la aplicación del principio de igualdad, tales como procedimientos u órganos de control y seguimiento -comisiones paritarias o mixtas específicas

en la materia-, ha tenido eco en algunos convenios colectivos, que muestran una mayor sensibilidad por la cuestión de género en el ámbito laboral.

3.2 Acceso al empleo, contratación, formación y promoción profesional.

En España, la selección de personal en el seno de la empresa se considera facultad del empresario. Este hecho ha propiciado actuaciones discrecionales en este marco, con procesos de selección que, desprovistos de la deseable neutralidad y objetividad, dificultan un control de los representantes de los trabajadores en la empresa.

También la promoción laboral en términos de igualdad resulta compleja, merced a la existencia en las empresas de mecanismos que impiden o dificultan que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres. La práctica demuestra que las mujeres son adscritas a los peldaños más bajos de las escalas ocupacionales en las empresas, sin una presencia significativa en los puestos de responsabilidad.

Las causas de esta situación son variadas. Destacan las siguientes:

- Mayor contratación temporal y a través de ETTs de mujeres que de hombres, invirtiéndose la proporción en la contratación para puestos de mayor nivel.
- Establecimiento de sistemas de ascensos con elevadas tasas de discrecionalidad, centrados en la propia filosofía de la empresa.
- Prolongación de la jornada laboral como instrumento de promoción, lo que implica que se penaliza a quienes trabajan menos horas y, consecuentemente, a quienes hacen uso de excedencias y reducciones de jornada.
- Existencia de puestos de trabajo diferenciados para hombres y mujeres, con ocupación de las mujeres, ya de entrada, en las categorías más bajas donde resulta más complicada la promoción.
- Necesidad para la promoción de renunciar al ejercicio de actividades extralaborales, al valorarse con frecuencia la disponibilidad o movilidad, de forma tal que las mujeres se encuentran, ya de partida, en una situación desigual en relación con sus compañeros de trabajo, hombres.
- Formación fuera del horario laboral, que actúa de manera negativa para las mujeres que no puede acceder a ella, como consecuencia de haber asumido las responsabilidades familiares.

En el acceso al empleo, sería útil incorporar en la negociación colectiva la obligación del empresario de informar a los representantes de los trabajadores sobre la evolución previsible del empleo, las condiciones que han reunir los aspirantes y los cursos de formación que habrán de recibir,

debiendo tales representantes velar por la aplicación objetiva de los criterios de selección y por la no discriminación de la mujer en el ingreso de la plantilla. También es recomendable la constitución de comisiones mixtas o paritarias con competencias en los procesos de selección de personal.

La introducción de medidas de acción positiva en la negociación colectiva favorece la selección y promoción de las mujeres, en igualdad de condiciones y méritos, en aquellos sectores en los que se encuentran infrarrepresentadas, facilitando de este modo su acceso a la formación, prácticas y contratación en puestos de trabajo históricamente ocupados por hombres.

Es también útil la introducción de programas específicos de formación profesional para las mujeres trabajadoras, con referencia expresa a la formación continua, que -por razones de precariedad e inestabilidad laboral- tenga como destinatario preferente al colectivo de mujeres, especialmente a las trabajadoras con escasa cualificación.

Son, asimismo, muy útiles las cláusulas que fijan preferencias para las prórrogas en los contratos temporales, con la finalidad de dotar de mayor estabilidad a estas contrataciones, y lograr una presencia más equilibrada de mujeres y hombres en el sector de referencia.

También es de interés el diseño convencional de una formación profesional específica que propicie el desarrollo de la carrera profesional de las mujeres, facilitando su promoción profesional y garantizando condiciones adecuadas para que tengan las mismas oportunidades en el acceso a los niveles superiores.

La conversión de temporales a fijos, estableciendo criterios de preferencia hacia las mujeres que, en igualdad de condiciones y méritos, prestan servicios en sectores o empresas en los que el nivel de temporalidad les afecta en mayor medida que a los hombres, es también una materia propia de la negociación colectiva.

Considerando la frecuencia con que se emplea a trabajadoras para el desempeño de actividades concertadas bajo la modalidad del contrato a tiempo parcial, el tratamiento convencional debería extenderse también a establecer preferencias en la ocupación de puestos de trabajo a jornada completa, facilitando el tránsito voluntario del trabajo a tiempo parcial al trabajo a tiempo completo, y viceversa.

Las previsiones más frecuentes en la negociación colectiva en materia de selección, contratación, promoción y formación son:

1. Acciones positivas que compensen las desigualdades de género que discriminan a las mujeres en el ámbito laboral, y que tradicionalmente han llevado a que ellas tengan menos oportunidades en los procesos de selección y contratación. Objetivo último: lograr una composición equilibrada en función del sexo de los sistemas de clasificación profesional. Son cláusulas propias de la negociación colectiva sectorial, que sin embargo no llegan a materializarse en el nivel de empresa.
2. Cláusulas convencionales dirigidas a la creación de empleo a favor de colectivos con dificultades de empleabilidad. Son cláusulas generales donde los firmantes tratan de reconocer su preocupación e interés por la creación de empleo a favor de estos colectivos. En general, se trata de meras declaraciones de intenciones, sin plasmación en el articulado del convenio, al no quedar concretadas en compromisos exigibles y sometidos a una evaluación posterior de la que se pudiera extraer, en caso de incumplimiento, algún tipo de consecuencia jurídica. Estas cláusulas hacen referencia a la mejora de la estabilidad en el empleo, conversión de contratos temporales en indefinidos y sostenimiento del empleo.

3.3. Retribuciones. El salarial es uno de los ámbitos donde con mayor frecuencia se manifiesta la situación de discriminación que sufren las mujeres en el mercado laboral, con una brecha salarial en España que supera el 20%. Una de las causas de esta situación es la regulación que la negociación colectiva lleva a cabo de los sistemas de clasificación profesional, contruidos sobre elementos que, lejos de ser objetivos y neutros, expresan los valores dominantes de la sociedad, incorporando criterios que mucho tienen que ver con los prejuicios y estereotipos vigentes. La consecuencia de esta realidad es una retribución inferior de los puestos tradicionalmente ocupados por mujeres en relación con los desempeñados predominantemente por hombres.

La brecha salarial define el indicador que mide la diferencia existente entre la ganancia media bruta por hora de trabajo que perciben las mujeres y las que obtienen los hombres considerando la economía globalmente. Esta brecha expande sus efectos más allá del momento de la percepción del salario, afectando a las diferencias entre los ingresos futuros a lo largo de toda la carrera profesional, al menor nivel de protección social de las mujeres frente a los hombres y a la percepción por ellas de pensiones de jubilación inferiores, llegado el momento.

En España, las mayores diferencias se registran en la remuneración de las horas extraordinarias, peor retribuidas en el caso de las mujeres. También en el pago en especie y en las pagas de beneficios e incentivos. Estas prestaciones van acompañadas en la práctica de elevadas dosis de subjetividad, concentrándose en los puestos de trabajo de mayor

responsabilidad. Cuantas más numerosas son las características consideradas para la determinación de la retribución (antigüedad, nivel de estudios, edad, tamaño de la empresa, nivel ocupacional) la brecha salarial por razón de género va aumentando, como consecuencia de la combinación de todas estas variables.

Como se ha indicado, la negociación colectiva ha sido con frecuencia fuente de discriminaciones indirectas, a resultas de la infravaloración que realiza de determinados puestos de trabajo ocupados preferentemente por mujeres. En esta dirección, las discriminaciones más habituales han sido las siguientes:

- Infravaloración de ciertos niveles profesionales o puestos de trabajo desempeñados mayoritariamente por mujeres, por considerarse, en buena medida que son ellas las que para su desarrollo están dotada de conocimientos o aptitudes innatas.
- Quienes trabajan a tiempo parcial –normalmente las mujeres- y disfrutan de bajas por maternidad, permisos o excedencias por cuidado de hijos o familiares, no suelen percibir los mismos incrementos y/o complementos salariales o extrasalariales que quienes trabajan a tiempo completo, dando lugar a discriminaciones indirectas por razón de género, en la medida en que este tipo de licencias son habitualmente disfrutadas por mujeres.
- El sistema de trabajo por incentivos u objetivos, cada vez más frecuente en determinados sectores de actividad, supone premiar o sancionar retributivamente a los trabajadores, independientemente de su categoría profesional, en función de su disponibilidad horaria. Estos métodos perjudican a las mujeres de forma prioritaria, que por asumir las cargas familiares no pueden prolongar su jornada de trabajo, con implicaciones negativas en sus retribuciones.
- Invisibilidad, en el desarrollo de la actividad laboral, de las aptitudes, destrezas, conocimientos, habilidades, etc., tradicionalmente asignados a las mujeres, en contraste con la sobrevaloración que se hace de los componentes que integran los puestos de trabajo mayoritariamente desarrollados por hombres.
- Los ámbitos en los que laboralmente se da mayor proporción de hombres que de mujeres suelen corresponder a trabajos más valorados y cualificados y, por ende, mejor retribuidos.

El concepto de igual remuneración para un trabajo de igual valor, que en el ordenamiento jurídico español recoge el art. 28 ET, viene a significar que si una mujer desarrolla un trabajo que requiere el mismo esfuerzo que el desempeñado por un hombre, aquélla deberá percibir las mismas retribuciones y prestaciones que éste, salvo que la diferencia obedezca a motivaciones no discriminatorias. Debe repararse, no obstante, en la dificultad práctica de identificar cuándo dos trabajos han de tener atribuido el mismo valor. En tales circunstancias, resulta imprescindible proceder a una

revisión de los sistemas de clasificación profesional y de los instrumentos de valoración de los puestos y funciones de cada trabajo, así como la implantación de criterios objetivos para la correcta aplicación del principio de igual retribución por trabajos de igual valor.

Esta cuestión no suele recibir una respuesta satisfactoria por parte de la negociación colectiva, que tradicionalmente ha contemplado ciertos puestos profesionales en femenino, asignando niveles salariales inferiores a puestos tradicionalmente ocupados por mujeres. De esta forma, la negociación colectiva ha contribuido al mantenimiento y a la legitimación de las situaciones de discriminación existentes por razón de género.

Esta tendencia, que progresivamente ha querido ser corregida desde la propia autonomía colectiva, requiere una actuación más contundente. Así, comienzan a aparecer convenios con cláusulas que introducen una declaración de no discriminación salarial por razón de sexo. Algunas de estas previsiones incorporan el principio de igual retribución por “trabajo de igual valor o responsabilidad”, independientemente del sexo. Otras, sin embargo, restringen el principio de igualdad salarial a trabajos iguales o para igual función, desconociendo y desatendiendo, consecuentemente, la regulación contenida en el art. 28 ET.

Con carácter general, la regulación convencional actual de la materia salarial se caracteriza por no incurrir habitualmente de forma directa en el establecimiento de criterios discriminatorios para la determinación del salario basados en el sexo. Sí existen determinadas cláusulas que indirectamente pueden dar lugar a estos mismos tratamientos discriminatorios. Son las siguientes:

1. Establecimiento de pluses o complementos salariales específicos, ligados a condiciones de trabajo especiales, tales como las relativas a esfuerzo, penosidad, disponibilidad, responsabilidad. Estas condiciones tradicionalmente han estado vinculadas a actividades u ocupaciones masculinizadas, por lo que el reconocimiento de estos pluses suele beneficiar, en mayor proporción, a los trabajadores varones incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

2. Regulación del plus de asistencia o del denominado complemento de absentismo, vinculado a que no se haya incurrido en ninguna falta de asistencia al trabajo por cualquier causa. No se exceptúan las faltas de asistencia ocasionadas por el ejercicio de derechos derivados del ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En ocasiones el convenio solo excluye las ausencias motivadas por situaciones de accidente, dejando fuera otro tipo de situaciones que puedan estar vinculadas al sexo, tales como la maternidad, riesgo durante el

embarazo o la lactancia, o el ejercicio de otros derechos derivados del ámbito de la conciliación, como pueden ser las situaciones de paternidad. Este tipo de incentivos económicos acaba convirtiéndose en la práctica en un desincentivo para el ejercicio efectivo de estos derechos de conciliación reconocidos legalmente a los trabajadores y trabajadoras. A ello hay que unir el hecho de que en la práctica las ausencias al trabajo motivadas por causas que tienen su origen en el ámbito de la conciliación, siguen recayendo mayoritariamente sobre las mujeres.

3. Cláusulas que reconocen el complemento de dedicación plena o figuras similares, tales como gratificaciones para incentivar el celo en el trabajo, que retribuyen la realización de jornadas superiores a las fijadas en el convenio con alcance general.

Estos complementos pueden introducir un factor de desigualdad en el tratamiento económico dispensado a trabajadores y trabajadoras, al encontrarse las mujeres en peores condiciones para acceder al reconocimiento de este tipo de complementos, habida cuenta de las mayores responsabilidades que, con carácter general, deben asumir derivadas de su ámbito familiar.

Estos complementos o gratificaciones en ocasiones no quedan sometidos a ningún criterio de determinación previamente fijado en el propio convenio colectivo que lo establece, por lo que su reconocimiento resulta en la práctica totalmente discrecional por parte de la empresa, con la consiguiente posibilidad de que se originen situaciones discriminatorias y totalmente arbitrarias en cuanto a su reconocimiento y posterior percepción.

4. Cláusulas en la negociación colectiva donde todas las categorías o niveles profesionales que componen la estructura profesional, tienen asignada una retribución compuesta de salario base más complementos personales, excepto la única categoría feminizada formulada como 'limpiadora', a la que, o sólo se reconoce el salario base, o tiene fijada su retribución por cada hora de trabajo.

5. Cláusulas que vinculan el acceso a los derechos sociales y asistenciales –ayudas- tan solo al personal con contratos indefinidos o con una determinada antigüedad en la empresa. Estos condicionantes provocan un impacto negativo desde el punto de vista del análisis de género, puesto que son las mujeres en mayor proporción las que se verán afectadas por situaciones de temporalidad en estos ámbitos, quedando limitado el acceso a este tipo de prestaciones sociales y de carácter asistencial.

Merecen una valoración positiva:

- Cláusulas que llevan a la práctica el tratamiento de la materia retributiva desde un enfoque adecuado de género: reconocimiento de complementos de asistencia a las trabajadoras afectadas por situaciones de riesgo durante el embarazo, durante la lactancia natural o por maternidad, evitando de este modo, la minoración de sus percepciones económicas.
-
- Cláusulas que reconocen un complemento salarial personal con el que tratan de compensar, en parte, la pérdida de salario sufrida por los trabajadores y trabajadoras que ejerciten su derecho a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

3.4. Conciliación de la vida familiar y laboral. Fomentar la armonización de responsabilidades familiares y laborales entre mujeres y hombres, y conseguir un reparto equilibrado en la vida profesional y en la privada, aconseja reforzar y mejorar las condiciones laborales de unos y otras para lograr una satisfacción personal y profesional que repercuta positivamente en la prestación de servicios y en la productividad, y superar el binomio tiempo de trabajo/género que es una de las principales fuentes de desigualdad en el seno de las empresas.

Para facilitar la efectiva conciliación de estas responsabilidades, creando simultáneamente una cultura de corresponsabilidad entre ambos sexos, se hace preciso articular políticas transversales conciliatorias que incidan sobre los diferentes ámbitos materiales que conforman la relación de trabajo, evitando la existencia de discriminaciones por razón de género, como consecuencia de la asunción casi en exclusiva por las mujeres de tareas que impiden o, cuando menos, dificultan compatibilizar vida personal con vida familiar y laboral.

La jornada laboral y la organización del tiempo de trabajo, definidas en sentido masculino, constituyen serios obstáculos para la conciliación, fundamentalmente cuando de mujeres se trata. En efecto, los procesos productivos se bareman habitualmente en atención a los tiempos de los hombres, con omisión de los necesarios para desarrollar otros trabajos históricamente asignados a las mujeres –trabajo doméstico, reproducción y cuidado de hijos o de familiares-. Las mujeres están obligadas adaptarse, cuando el proceso debería ser a la inversa, esto es, deberían ser los lugares, los espacios y la organización del trabajo los que se adaptaran a las situaciones diferenciales de mujeres y hombres, provocando así un cambio en el modelo masculino de referencia.

La persistencia de estos desequilibrios confirma la importancia de suprimir los obstáculos que dificultan una participación plena de las mujeres en el

mercado de trabajo. Resulta esencial, en este sentido, combatir los arraigados estereotipos sexistas, que no hacen sino marcar en la sociedad los roles de mujeres y hombres. Un reparto desigual de las responsabilidades familiares induce a las mujeres a optar por acuerdos de trabajo flexible e interrumpir sus carreras profesionales, con efectos negativos en sus ingresos, protección social e independencia económica. De ahí que las políticas que quieran fomentar con decisión y rigor la participación efectiva de las mujeres en el mercado laboral deban tener carácter integrado, incluyendo estrategias que eliminen estereotipos sexistas y que mejoren el equilibrio entre la vida familiar y laboral de mujeres y hombres.

La negociación colectiva es un instrumento enormemente útil para impulsar una participación equitativa de responsabilidades entre los individuos de uno y otro sexo. A ella le compete garantizar que las políticas reconciliatorias permiten a trabajadoras y trabajadores ejercitar libremente sus opciones individuales, en relación con los acuerdos sobre trabajo flexible, reducción de jornada y excedencias; también los permisos de paternidad deben estimular a los hombres a compartir de manera equitativa con las mujeres sus responsabilidades parentales y de cuidados. Para ello es conveniente que los convenios colectivos concreten y adapten la LOIEMH de forma adecuada, principalmente en materia de permisos, licencias, excedencias y flexibilización horaria, complementando esta suerte de actividades con determinadas medidas de acción social.

Queda mucho camino por recorrer. Al día de hoy, la negociación colectiva no ha aprovechado todas las facultades regulativas que se le brindan. Destacan las siguientes cláusulas convencionales

1. Permiso de lactancia

- Convenios que reproducen o se remiten a la ley.
- Convenios que amplían la reducción de la jornada –de la media hora que contempla el art. 37 ET, a una hora o a hora y media- sin pérdida de retribución, exigiendo en ocasiones para tal ampliación el acuerdo previo empresa/trabajador, lo que en la práctica supondrá que no pocas veces la mejora convencionalmente reconocida se torne ineficaz.
- Convenios que amplían la edad del lactante –de los 9 meses que establece el ET, a 10 ó 12 meses-, y que permiten que el permiso de lactancia sea acumulado por el padre y la madre.

2. Permiso de maternidad

- Convenios que no introducen mejoras a la regulación legal.
- Convenios que amplían la duración del permiso en unos pocos días o semana

3. Excedencia por cuidado de hijos

- Convenios que se remiten a la regulación legal o que reproducen la ley.
- Convenios que amplían los períodos de excedencia, con derecho al reingreso e incorporación automática.
- Convenio que prohíben durante la excedencia toda prestación de servicios que suponga concurrencia desleal; caso contrario, el trabajador perderá el derecho al reingreso.
- Convenios que prevén la pérdida del derecho al reingreso automático si durante la excedencia se realizan trabajos remunerados por cuenta ajena o habituales por cuenta propia.
- Convenios que establecen que el período de excedencia computa a efectos de antigüedad. Rara vez hacen referencia a que el tiempo de excedencia computa a efectos promocionales o para la generación de pluses o complementos salariales.
- Convenios que recuerdan que durante el tiempo de excedencia el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación.

4. Distribución del tiempo de trabajo

- Convenios que establecen un derecho de preferencia sobre las nuevas contrataciones a la elección del turno horario de trabajo, a favor de los trabajadores con hijos menores de cierta edad.

5. Garantías adicionales a la maternidad

- Convenios que establecen previsiones en relación con concretas condiciones de la mujer trabajadora en materia retributiva, disfrute de vacaciones, distribución de la jornada laboral y traslados.
- Convenios que en la organización del trabajo establecen que el empresario tendrá en cuenta los derechos de los trabajadores con hijos, especialmente en las circunstancias que rodean a la mujer trabajadora.
- Convenios que en materia retributiva contemplan el abono por la empresa de un complemento económico por el nacimiento de cada hijo.
- Convenios que determinan que, a efectos salariales, se considerarán horas reales las de maternidad y lactancia.
- Convenios que en el disfrute de vacaciones prevén de forma expresa que cuando aquéllas coincidan total o parcialmente con el período de baja médica por maternidad, serán disfrutadas a continuación del alta médica hasta el total de días que correspondan, salvo acuerdo entre las partes para su disfrute en otra fecha. Esta cuestión está expresamente contemplada en la LOIEMH que, acogiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dispone que cuando el

período de vacaciones fijado en el calendario laboral coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato por maternidad, “se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso [...], al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”.

- Convenios que reconocen el derecho de la mujer embarazada a la confección del calendario de vacaciones y a priorizar su turno vacacional, a partir de un determinado mes de embarazo, considerando a estos efectos tiempo efectivamente trabajado el de baja por maternidad de la mujer.

6. Protección de la reproducción-embarazo de la mujer trabajadora

- Convenios con declaraciones muy genéricas que se remiten a la ley o reproducen el precepto legal.
- Convenios que incorporan medidas adicionales complementarias a la regulación legal, orientadas a lograr una protección eficaz de la mujer trabajadora sin menoscabo de sus condiciones laborales, tales como: posibilidad de trasladar provisionalmente a algún trabajador de la plantilla para la ocupación por la trabajadora de determinado puesto de trabajo; retorno al puesto de trabajo y funciones que realizaba con anterioridad al momento en que, como consecuencia de la gestación, cambió provisionalmente; y, excepcionalmente, si así lo desea la mujer trabajadora, posibilidad de continuar realizando las funciones que llevó a cabo durante el embarazo, en los casos de lactancia y mientras dure la misma.
- Convenios que incumplen la ley, condicionando el traslado de la mujer embarazada a que exista una vacante o sea posible llevar a cabo una permuta. También los que establecen que sea la propia trabajadora quien solicite el cambio de puesto –olvidando que la LPRL obliga al empresario a adoptar las medidas necesarias-; o los que prevén que, a partir de cierto mes de embarazo, la empresa, dentro de las posibilidades existentes, facilitará un puesto de trabajo idóneo a su estado. Algunos convenios, sólo permiten el cambio de puesto de trabajo de la mujer embarazada a otro menos penoso o peligroso para su estado cuando la trabajadora solicite la baja por maternidad determinadas semanas antes del parto. Es común, en fin, que la protección sólo esté prevista convencionalmente para la trabajadora embarazada, sin referencia alguna al período de lactancia.

7. Permisos

- Convenios que contemplan nuevos permisos retribuidos que tratan de facilitar la atención del personal incluido en su ámbito de aplicación, a algunas necesidades derivadas del ámbito familiar que a día de hoy no encuentran adecuada respuesta por parte de nuestra legislación.

Entre este tipo permisos convencionales que traen su causa en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral, destacan:

- Permisos concedidos para el acompañamiento de hijos o hijas a consultas médicas.
- Permisos concedidos en caso de enfermedades inmuno-infecciosas de hijos o hijas menores.
- Permisos reconocidos para asistencia a técnicas de inseminación artificial.
- Convenios que mejoran la regulación legal: ampliación de los días de permisos retribuidos ante determinados acontecimientos ligados al ámbito familiar y personal; dispensa de un tratamiento más protector a las situaciones de excedencias que tienen su origen en situaciones derivadas del ámbito familiar, tales como las reconocidas por cuidado de hijos/as y familiares, y las vinculadas a situaciones de violencia de género, extendiendo en estos casos, el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante toda la vigencia de la situación de excedencia.

8. Suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio de derechos derivados de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral (maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural)

La mayoría de los convenios ofrecen una regulación residual, sin apenas referencia a estas causas de suspensión.

9. Permiso de lactancia

- Convenios que contemplan la posibilidad de disfrutar del permiso de lactancia de manera acumulada
- Convenios sectoriales que vinculan el ejercicio del permiso de lactancia únicamente a la madre trabajadora, obviando el derecho que también a los padres trabajadores les reconoce el 37.4 E.T, en orden a disfrutar de las correspondientes reducciones de jornada por motivo de lactancia de un hijo o hija menor de nueve meses.

En España, esta corriente favorable al tratamiento del tiempo de trabajo dirigido a hacer compatible los objetivos de conciliación de la vida familiar y laboral para el personal incluido en su ámbito de aplicación, parece estar en retroceso en la actualidad, donde se observa en la negociación colectiva una atención muy limitada a la ordenación del tiempo de trabajo desde el punto de vista de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, con continuas remisiones a la legalidad vigente en esta materia.

Se observa, en esta dirección, una correspondencia directa entre los sectores más masculinizados y la escasa atención que, en términos generales, vienen prestando sus convenios colectivos a la materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en general, y más en concreto al tratamiento de los tiempos de trabajo desde este enfoque.

Es más, el tratamiento convencional que esta materia recibe por parte de algunos de estos mismos sectores productivos, podríamos entender que responde a una versión masculinizada de la conciliación de la vida familiar y laboral. Los avances que estos convenios registran en esta materia en muchas ocasiones están orientados a lograr permisos retribuidos por celebraciones familiares, tales como matrimonios de familiares, bautizos y ceremonias de Primera Comunión de hijos e hijas. Estas cláusulas responden a un enfoque erróneo y al desconocimiento de lo que ha de ser una adecuada política de conciliación, capaz de hacer posible la atención permanente a las necesidades que se derivan de ambas facetas de la vida de los trabajadores y trabajadoras incluidos en su ámbito de regulación.

También se percibe una correlación entre los convenios colectivos en cuya negociación han participado negociadoras -que suelen corresponderse con sectores de fuerte presencia femenina-, y el creciente interés que ofrecen por la conciliación y, en general, por las cuestiones vinculadas con el ámbito de la igualdad por razón de género.

Existen cláusulas que, lejos de articular criterios neutros, pueden acentuar el sesgo por razón de género que presenta el ejercicio de los derechos derivados de este ámbito de la conciliación, lo que puede acabar provocando que sea considerada una materia dirigida preferentemente a las mujeres y, en consecuencia, que sólo a ellas interesa su regulación. En esta línea, se sitúan los siguientes convenios:

- Los que vinculan el ejercicio de los derechos de excedencia por cuidado de hijos a situaciones de maternidad, determinando el nacimiento de este periodo después de la baja maternal.
- Los que denominan a este período ‘excedencia maternal’ o ‘excedencia por maternidad’, desconociendo con ello el carácter neutro con que la ley española dota a este derecho de excedencia, reconocido tanto a los padres como a las madres de hijos e hijas menores de tres años.

Tratándose de las situaciones derivadas de violencia de género y las necesarias implicaciones laborales que pueden llevar aparejadas -adaptaciones de jornada y excedencias-, basadas en la necesidad de dispensar una adecuada protección integral a la trabajadora víctima de estas situaciones, llama la atención la escasa atención que, en un principio, nuestros convenios colectivos han venido dedicando, desde su reconocimiento legal, a esta materia.

Con todo, la violencia de género parece haber llegado a un punto de inflexión en su tratamiento convencional. En la actualidad es significativo el

número de convenios, sobre todo sectoriales estatales, que se ocupan de proveer adecuadamente en su articulado, la necesaria protección que a estas mujeres debe serle otorgada desde el punto de vista laboral.

No obstante el mayor interés que en esta materia muestra actualmente la negociación colectiva, sigue siendo necesario exigir a nuestros negociadores y negociadoras un mayor compromiso y posicionamiento al respecto, principalmente en los ámbitos inferiores de contratación, donde es infrecuente obtener respuestas a situaciones de violencia de género.

Por último, resulta necesario dotar la conciliación de la vida familiar y laboral en general, y de modo particular la regulación del tiempo de trabajo, de una visión mucho más amplia de la que viene manteniendo en ocasiones nuestra negociación colectiva. Ello se logrará dispensando a esta materia un tratamiento adecuado, tanto en sectores que presentan un alto índice de empleo femenino, como en aquellos otros en los que la presencia de mujeres es sensiblemente inferior a la de los hombres.

El reto que les corresponde ahora asumir a nuestros negociadores y negociadoras es hacer atractivo el ejercicio de estos derechos al colectivo de trabajadores que es precisamente el que presenta mayores niveles deficitarios en este ejercicio, haciendo posible que los hombres se impliquen cada vez más en las labores de cuidado que tradicionalmente han venido asumiendo las mujeres en solitario.

3.5. Violencia contra la mujer en el lugar de trabajo: acoso sexual y por razón de sexo. El respeto mutuo por la dignidad de los demás a todos los niveles dentro del lugar de trabajo es una de las características dominantes de las organizaciones con éxito, que determina la inaceptabilidad de cualquier forma de acoso y de violencia, ya sean físicas, psicológicas y/o sexuales. Pese a ello, en los países industrializados, entre el 42 y el 50% de las trabajadoras han sido víctimas de acoso sexual, lo que demuestra que no estamos ante un fenómeno esporádico que afecte a algunas mujeres de forma aislada.

Los interlocutores sociales europeos, aun reconociendo que este tipo de comportamientos puede afectar a cualquier puesto de trabajo y trabajador, destacan la existencia de grupos especiales de riesgo, por su mayor vulnerabilidad, y hacen un llamamiento a los Estados miembros para que, en el plazo de 3 años tras su firma, implementen el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Lugar de Trabajo, de 26 de abril de 2007⁶⁷. En

⁶⁷ El Acuerdo Europeo tiene como objetivo "aumentar el conocimiento y la comprensión de empleadores, trabajadores y de sus representantes sobre el acoso y la violencia en el puesto de trabajo; y proporcionar a los empleadores trabajadores y sus representantes a todos los niveles un marco de acción para identificar, prevenir y manejar los problemas de acoso y de violencia en el trabajo". Con esta finalidad el Acuerdo define el acoso y la violencia y prevé medidas para la prevención, identificación y gestión de los problemas de acoso y violencia.

España esta tarea ha sido llevada a cabo por los actores sociales que han incorporado el contenido del Acuerdo como Anexo IV a la Prórroga para el año 2008 del ANC-2007. Los firmantes del ANC-2007 invocan a los negociadores de los futuros convenios colectivos para el tratamiento de las distintas materias en los términos en que se recogen en el ANC-2007 y en su prórroga, con expresa alusión a los negociadores y diferentes representantes sindicales y empresariales para que adapten el Acuerdo Europeo a la realidad nacional con el objeto de favorecer la mejora de las condiciones de trabajo, así como el buen funcionamiento de las empresas.

Dentro del bloque relativo a la política preventiva de riesgos laborales que trazan nuestros convenios colectivos, varios de ellos se refieren de las situaciones de acoso tanto sexual, como por razón de sexo. Lo primero que llama la atención es que sigue siendo minoritario el número de convenios colectivos que prestan atención directa a estas situaciones, quizás inspirados en la ingenua creencia de que silenciando estas conductas lograrán expulsarlas de su ámbito de aplicación.

Con carácter general, lo más que suelen hacer los convenios es limitarse simplemente a incluir dentro del régimen sancionador el abuso de autoridad por quien ejerce funciones de mando; las faltas de respeto muy graves hacia los compañeros (terceros o público) de contenido sexista, racista y xenófobo; o los malos tratos y excesos de palabra y obra a jefes y/o compañeros/as. Conductas éstas, en las que bien podrían integrarse las situaciones de acoso, pero que tratan de omitir cualquier referencia expresa a ellas.

Así pues, pese a las previsiones que en esta materia contiene la LOIEMH, la atención que al acoso dedican nuestros negociadores y negociadoras dista aún mucho de ser generalizada. Siguen siendo puntuales los supuestos en que algún convenio colectivo incluye un protocolo, medidas específicas o buenas prácticas frente al acoso.

En ocasiones a lo más que llega la negociación colectiva es a incorporar en el articulado convencional una definición de las citadas conductas, principalmente en el caso del acoso sexual, aunque esas definiciones a veces son incompletas, aludiendo exclusivamente a la exigencia del carácter no deseado por quien las recibe y a la creación de un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante.

3.5.1. Acoso sexual. Más del 16% de las mujeres trabajadoras en España ha sufrido alguna situación de acoso sexual en el trabajo, pudiendo afirmarse, con carácter general, que las víctimas de estas conductas están empleadas en trabajos ocupados predominantemente por varones (sectores y ocupaciones tradicionalmente masculinizados), están recién ingresadas en la empresa y tienen contratos irregulares.

El acoso sexual es normativamente tratado como una discriminación por razón de sexo, sin que ello signifique, naturalmente, que este tipo de comportamiento atente en exclusividad contra el principio de igualdad. El acoso sexual es una conducta pluriofensiva que violenta simultáneamente varios derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la dignidad y a la intimidad, el derecho a la salud e incluso al trabajo. Así lo ha venido declarando la negociación colectiva, al afirmar que el acoso sexual en el trabajo provoca, cuando menos, la vulneración de los siguientes derechos: intimidad, respeto de la dignidad personal, no discriminación por razón de sexo, seguridad, salud e integridad física y moral, con pérdida de empleo, en algunos casos.

En España, la negociación colectiva ha comenzado a tomar conciencia de la importancia de erradicar este tipo de comportamientos. Destacan en este sentido:

- Convenios que hacen expresa referencia al acoso sexual, definiéndolo como una conducta de naturaleza sexual desarrollada en el ámbito laboral, indeseada, irrazonable y ofensiva para la víctima que es sujeto de ella.
- Convenios que integran un compromiso de las empresas y los representantes de los trabajadores orientado a mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y libertad sexual del conjunto de personas que prestan servicios en un determinado ámbito laboral, actuando frente a todo comportamiento o conducta de naturaleza sexual, de palabra o acción, desarrollada en dicho ámbito, y que sea ofensiva para el/la trabajador/a objeto de la misma.
- Convenios que establecen que las quejas sobre este tipo de comportamiento podrán canalizarse a través de la representación legal de los trabajadores, siguiendo el procedimiento sancionador previsto convencionalmente.
- Convenios que parecen exigir de la víctima acosada la reclamación o presentación de una denuncia ante la dirección de la empresa para poderse tramitar el correspondiente expediente contra el agresor. En otros supuestos, sin embargo, y como es razonable, se hace constar de forma expresa que no es necesaria la reclamación previa de la persona ofendida, al disponer el convenio que será sancionado “el acoso sexual debidamente comprobado mediante instrucción de la correspondiente información por parte del departamento de recursos humanos, haya o no reclamación previa de la persona ofendida”.
- Convenios que garantizan la confidencialidad de la denuncia, al objeto de facilitar en la práctica su eficacia. Se echa en falta, con todo, la articulación en la negociación colectiva de un procedimiento específico para la prevención, control y sanción del acoso que no sea tan formalista que reste eficacia al mismo.
- Convenios que califican el acoso sexual como falta muy grave, sancionable con suspensión de empleo y sueldo, o rescisión del

contrato cuando es reiterado o lo es hacia personal subordinado. Esta suerte de comportamientos aparece inscrito dentro de la sección destinada a regular el régimen disciplinario en la empresa, describiendo y detallando con frecuencia las actuaciones que configuran acoso sexual. Tales previsiones resultan a todas luces insuficiente, debido a que la definición que ofrece el convenio es extremadamente restrictiva, de forma tal que tan sólo determinados comportamientos particulares son calificables de acoso, quedando fuera del ámbito de protección variedad de situaciones en las que existe acoso según la normativa legal vigente.

3.5.2. Acoso moral por razón de sexo. A diferencia del tratamiento cada vez más habitual que recibe el acoso sexual en la normativa convencional, el acoso moral o *mobbing*, cuyo origen puede obedecer a causas diversas, entre ellas, el sexo de la víctima, configurando entonces una discriminación por razón de género, ha sido regulado muy puntualmente en el convenio colectivo, que olvida las graves repercusiones que pueden llegar a alcanzar los comportamientos de esta naturaleza, no sólo sobre la salud del trabajador afectado, sino también para la economía de la empresa. El *mobbing*, de igual modo que el acoso sexual, ejemplifica la existencia entre hombres y mujeres de un poder desigual en los lugares de trabajo.

De forma aislada se ha optado por incorporar al contenido de algún convenio una cláusula en la que se define el acoso moral como “toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma prolongada en el tiempo sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada a través de reiterados comportamientos, hechos, órdenes o palabras que tengan como finalidad desacreditar, desconsiderar o aislar a un trabajador con objeto de conseguir un autoabandono del trabajo produciendo un daño progresivo y continuo en su dignidad o integridad psíquica”.

En este tipo de actuaciones, es circunstancia agravante “el hecho de que la persona que ejerce el acoso ostente alguna forma de autoridad jerárquica en la estructura de la empresa sobre la persona acosada”.

Lo normal es, sin embargo, que los convenios que expresamente recogen esta figura, se limiten a incorporarla, sin más, junto con el acoso sexual, dentro del catálogo de faltas graves o muy graves, con todos los inconvenientes ya apuntados en el apartado destinado a analizar el tratamiento convencional del acoso sexual en el trabajo.

3.6. Prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de género. En materia de seguridad y salud laboral la negociación colectiva adolece, con carácter general, de un importante déficit en la adecuada ejecución de la perspectiva de género.

La cuestión de género, por lo común, no está presente en la evaluación de riesgos a los que pueden quedar expuestos los trabajadores y trabajadoras en el desarrollo de su actividad laboral. A resultas de ello, tampoco lo está en el posterior plan de prevención que ha de implantar la empresa para evitar esta exposición al riesgo.

Esta situación conduce a que en los convenios colectivos no queden claramente identificados los riesgos específicos a los que los trabajadores y trabajadoras puedan quedar expuestas en el transcurso de su relación laboral, ni siquiera en situaciones merecedoras de una tutela especial, como son los casos de trabajadoras embarazadas o en situaciones de lactancia natural. Consecuencia de esta realidad es la ausencia de medidas de protección adecuadas frente a estas situaciones de riesgo que pueden afectarles de manera particular, ya sea por las propias circunstancias físicas en las que aquéllas se encuentran, ya por su presencia mayoritaria en determinados sectores u ocupaciones.

El único ámbito en el que, algunos convenios incluyen un tratamiento específico de los riesgos que afectan a las trabajadoras en el transcurso de la relación laboral es el de la salud reproductiva.

Como se ha visto, el tratamiento de las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia –ésta última comúnmente obviada- es abordado por nuestros convenios colectivos en la mayoría de los casos, limitándose bien a reproducir la regulación legal o bien remitiendo directamente a la normativa vigente.

En ocasiones, los negociadores y negociadoras atribuyen de manera expresa al comité de seguridad y salud el estudio acerca de si el trabajo desempeñado por la trabajadora embarazada puede afectar a su estado y la posibilidad de que pueda ser adscrita a otro puesto, cuando se constate la existencia de peligrosidad, contagio o penosidad derivada del puesto que desempeña. En este sentido, se han detectado convenios que limitan el derecho de las trabajadoras a cambiar a otro puesto de trabajo exento de riesgos, sólo a partir del cuarto, o quinto mes de gestación. Estas previsiones son contrarias al deber de protección de la trabajadora embarazada y del feto, que incumbe al empresario en aplicación del art. 26 de la LPRL.

En este mismo sentido, resulta necesario denunciar la persistencia aún en nuestros días de prohibiciones convencionales para la utilización de trabajo femenino en determinadas actividades, bajo el pretexto de contribuir a la protección de las mujeres trabajadoras. Estas prohibiciones son contrarias al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo ex art. 14 CE. Tales previsiones se fundamentan en el concepto erróneo y paternalista de

la protección de la mujer, como sujeto débil, indefenso e incapaz, que mantienen algunos negociadores en estos ámbitos.

Sólo excepcionalmente los convenios que mejoran la regulación legal en este campo, incluyendo el compromiso de la empresa de procurar el cambio de servicio donde no se requiera un excesivo esfuerzo físico para la seguridad, tanto de la madre como del feto.

También en ocasiones la negociación colectiva incluye la posibilidad de excluir a la mujer embarazada del turno de noche o de la realización del sistema de trabajo a turnos, a petición de la trabajadora y sin que esa posibilidad aparezca vinculada a la constatación de riesgo para el embarazo o la lactancia.

