



Antonio Ojeda Avilés(*)

La evolución hacia la negociación colectiva de empresa en Europa

The evolution toward business collective negotiation in Europe

“ESA ESTRUCTURA DE FIJACIÓN COLECTIVA DE CONDICIONES DE TRABAJO, DONDE LOS CONVENIOS SECTORIALES DE ÁMBITO ESTATAL DETERMINABAN LOS ASPECTOS PRINCIPALES Y DEJABAN A LOS CONVENIOS O ACUERDOS DE EMPRESA LA LABOR DE COMPLETAR LOS VACÍOS, O, A VECES, DE MEJORAR LAS CONDICIONES MÍNIMAS ESTABLECIDAS POR AQUÉLLOS, CONTINÚA HASTA BIEN RECIENTEMENTE, CUANDO LOS PAÍSES CON MAYOR PESO EXPORTADOR COMIENZAN A DESMANTELARLA”.

Resumen: En pocos años, la estructura típica de cualquier país europeo, basada en la supremacía de los convenios sectoriales del máximo ámbito, ha sido puesta en entredicho por el legislador, que presionado por la crisis económica y financiera ha introducido diversas fórmulas para convertir en prioritario el convenio de ámbito empresarial. Al análisis de tales fórmulas se dedica el presente estudio, a través de la revisión de la legislación y jurisprudencia europea (principalmente del Tribunal de Justicia Europeo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en el marco de la estructura interestatal de la Unión Europea.

Palabras clave: Convenio sectorial - Negociación colectiva - Convenio colectivo - Principio de norma más favorable - Convenio de empresa - Sindicatos

Abstract: In just a few years, the typical structure of any European country, based on the supremacy of broad sectorial agreements, has been called into question by legislators who - pressured by the economic and financial crisis - have introduced different formulas to give priority to agreements in the business sphere. This study analyzes these arrangements through an examination of European legislation and jurisprudence (principally the European Court of Justice and the European Court of Human Rights) in the framework of the inter-state structure of the European Union.

Keywords: Sectoral agreement - Collective bargaining - Collective agreement - Principle of most favoured rule - Collective agreements at company level - Unions

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Catedrático de Derecho del Trabajo en la misma universidad. Doctor Honoris Causa por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. La supremacía tradicional de los convenios sectoriales sobre los de empresa

1.1 Panorámica general

El lector latinoamericano probablemente encontrará extraño que la negociación colectiva de un país pueda ser gobernada desde los convenios de ámbito estatal, pues se encuentra acostumbrado a que la colisión opositiva entre convenios aplicables se resuelva mediante el principio de norma más favorable o el de especialidad⁽¹⁾, que suelen vencerse por el lado de los convenios de empresa, mientras que sociológicamente estos convenios vienen a ser lo habitual, y los sectoriales, en cambio, faltan en no pocos ámbitos económicos. Hay además, al menos aparentemente, una cierta influencia del modelo norteamericano de relaciones industriales, quizá el modelo prevalente en el mundo, en el que con raras excepciones el convenio existente es el de empresa. El poderoso vecino del norte ha conseguido exportar su estructura negocial a países como Japón, mientras que el modelo contrario, de negociación altamente centralizada, sucumbía en Australia, al otro lado del mundo, en favor de una negociación excesivamente individualizada (1996), para desembocar finalmente en algo intermedio con la Ley Fair Work Australia de 2009, que refuerza a los convenios colectivos de empresa.

1.2 Las praxis europeas

En Europa, en cambio, la tendencia ha sido justamente la contraria desde que el sistema de relaciones industriales consigue el reconocimiento del legislador estatal en el siglo XIX. En buena parte no hay ningún mérito en organizarse a nivel sectorial, en lugar de a nivel de una única empresa, por dos razones:

En primer lugar, porque a nivel de sector los empresarios consiguen evitar la competencia comercial entre ellos mismos consistente en la reducción de condiciones de trabajo, al tiempo que salvan su conciencia -el factor ético, nada despreciable- al conceder mejores condiciones de

“EL PRINCIPIO DE NORMA MÁS FAVORABLE TIENE AÚN UN AMPLIO CAMPO DE PREVALENCIA, SI RECORDAMOS LOS LÍMITES SUBJETIVOS, OBJETIVOS, DOCUMENTALES Y EXTERNOS QUE HEMOS IDO DESGRANANDO AL COMENTAR LAS NORMAS DE LOS DISTINTOS PAÍSES. SIN EMBARGO LA BRECHA ABIERTA EN FAVOR DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, O DE PROXIMIDAD, NO PUEDE SER INFRAVALORADA”.

trabajo, y se ahorran la confrontación con los sindicatos. La competencia entre empresas a base de reducir condiciones de trabajo siempre ha estado sujeta a descrédito desde que una excesiva confianza en la bondad del ser humano y en las manos ocultas de la economía había llevado a una depauperación integral de los trabajadores que había llevado a varios economistas, Lassalle por ejemplo, a formular la denominada “ley del bronce de salarios” y a las autoridades militares a advertir con sobresalto que los distritos mineros no eran capaces de suministrar reclutas sanos al ejército⁽²⁾, y es corriente denominarla como competencia desleal, o *dumping social*. De ahí que el Estado intervenga tardíamente con su legislación de mínimos, y que además promueva la negociación colectiva entre empleadores y sindicatos.

(1) BOZA PRO G., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP Lima 2011; p. 194; MUGNOLO, J.P., *Convenios colectivos de trabajo. Concurrencia, articulación y sucesión*, Ediar, Buenos Aires 2004; pp. 152 y siguientes; GODINHO DELGADO M., *Curso de Direito do Trabalho*, LTR São Paulo 2005; p. 1395.

(2) Informe del general prusiano von Horn en 1824 alertando de la proliferación de graves enfermedades como la tuberculosis y silicosis de los mineros en tales distritos.



Antonio Ojeda Avilés

A los empresarios siempre ha interesado una regulación colectiva de amplio ámbito, porque de tal forma evitaba las enojosas disputas con sus competidores sobre el trato que debiera darse a los trabajadores. Incluso cuando no había sindicatos, los propios empresarios se reunían en los círculos mercantiles y hasta en los casinos de los pueblos para determinar una cuantía del salario y de la jornada en la que todos estuvieran de acuerdo: así lo acreditan, por ejemplo, los estudios de Vardaro y de Veneziani sobre las Cámaras de Comercio italianas y he tenido ocasión de constatarlo también respecto a las españolas, que si bien no ejercieron tanto la elaboración de acuerdos internos como las italianas, sí ejercieron una labor mediadora entre los empresarios del sector para llegar a acuerdos con los sindicatos⁽³⁾.

Solo cuando la competencia mercantil desborda significativamente las fronteras nacionales y pasa a adquirir relieve internacional, los empresarios europeos se plantean hasta qué punto deben establecerse estándares nacionales que puedan hacerles menos competitivos frente a su colegas de otros países. Significativamente, el tema se plantea en países como Reino Unido en el siglo XIX a la hora de fijar la jornada máxima y las normas protectoras de mujeres y niños, pero va a ser una constante que alumbrará el debate europeo hasta nuestros días, ya con la Unión Europea como importante fuente de estándares, en buena parte instaurados a petición de los países que habían legislado unos mínimos y temían que pudieran restarles competitividad.

En segundo lugar, el nivel sectorial se concibe, desde un principio, como más asequible por los sindicatos frente a la hostilidad de los empresarios individuales, que los expulsaban de sus fábricas, de modo que el nacimiento del movimiento obrero tiene lugar en la iglesia o en la taberna del pueblo, para después unirse en red con fenómenos similares de los pueblos circundantes y proceder a la constitución de organizaciones regionales y nacionales. Esa es al menos la génesis en Reino Unido, donde hacía tiempo que los gremios no existían, cuando tiene lugar la revolución industrial, y hay rastros de una

misma génesis en países vecinos: en Suecia, por ejemplo, Adlercreutz indica cómo los sindicatos originarios se formaron inicialmente por organizaciones locales de trabajadores en una categoría, y los campos operativos de los diversos sindicatos se hallaban confinados en las fronteras de los distintos sectores que habían existido bajo el sistema gremial⁽⁴⁾.

En otros países, en cambio, los gremios se mantienen todavía largo tiempo, aunque en forma decadente, y han articulado en tradiciones de solidaridad no conflictiva a la población obrera, organizada desde tiempo inmemorial en actividades religiosas, mutualistas o ciudadanas. Vale la pena recordar en ese difícil tránsito entre los gremios y las asociaciones a la reactivación en Francia hacia 1840 de los antiguos tribunales gremiales de hombres buenos o prud'hommes que resolvían a nivel sectorial las disputas laborales, y que vuelven a formarse tras la Revolución Francesa, ante el vacío existente, primero con una estructura de maestros/empresarios, y después con una estructura paritaria, un fenómeno que se extendió a otros países y aportó su grano de arena a la fijación de estándares que eran aplicables a todas las empresas del sector.

La situación general en el continente europeo hasta no hace muchos años podría resumirse con las palabras de Hasselbach y Jacobsen referidas a Dinamarca: el convenio colectivo típico y tradicional es por lo común el concluido entre una federación nacional de sindicatos y otra de empleadores, aunque podría ser firmado también a otros niveles inferiores; por cuanto el convenio nacional va a tener

(3) VARDARO G. y VENEZIANI B., "La rivista di diritto commerciale e la dottrina iuslavoristica delle origini", *Quaderni Fiorentini* 16 (1987); pp. 441 y siguientes. OJEDA AVILÉS A., "The Formation of the Labour Contract in Nineteenth-Century South of Europe", en *Labour Law between Change and Tradition. Liber Amicorum Antoine Jacobs*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2011, págs. 117-141.

(4) ADLERKREUTZ A., "Sweden", *apud*, *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, inicialmente en *European Labour Law*, suplemento 110 (marzo 1990), p. 36.

La evolución hacia la negociación colectiva de empresa en Europa *The evolution toward business collective negotiation in Europe*

dificultades para contemplar las peculiaridades locales, a menudo el propio convenio nacional permite expresamente a los sindicatos locales y a los empresarios individuales regular tales materias, pero tales convenios de empresa no pueden normalmente desviarse de lo establecido en el convenio nacional, sino solo suplementarlo y completar los vacíos⁽⁵⁾.

Esa estructura de fijación colectiva de condiciones de trabajo, donde los convenios sectoriales de ámbito estatal determinaban los aspectos principales y dejaban a los convenios o acuerdos de empresa la labor de completar los vacíos o, a veces, de mejorar las condiciones mínimas establecidas por aquellos, continúa hasta bien recientemente, cuando los países con mayor peso exportador comienzan a desmantelarla. Así, en Suecia se había llegado hacia los años ochenta a una regulación fuertemente centralizada, incluso de salarios, producto del Acuerdo Básico entre las dos organizaciones de empresarios y trabajadores, SAF y LO de 1938, que funcionó sin problemas hasta 1970, una época llamada “de Saltsjöbaden” por el lugar cercano a Estocolmo donde se firmó el Acuerdo, y a cuya virtud las grandes organizaciones se determinaron mutuamente a regular pacíficamente el mercado sin interferencias del Estado, “con un fuerte ingrediente de autogobierno”⁽⁶⁾, que incluía, por ejemplo, el mismo salario sectorial para todo el país, pero precisamente a fines de esa época comienza una evolución hacia una mayor autonomía, en reacción contra un sistema centralista que había omitido hasta el momento la participación

en las decisiones empresariales por entender que era una prerrogativa empresarial⁽⁷⁾.

Igual cabe decir de Alemania, que ya a partir de 1975 comenzó a sufrir la feroz competencia internacional de los “cinco tigres asiáticos”, a lo cual se unió en 1989 la reunificación con una Alemania del Este ampliamente deficitaria, por lo que a partir del 2000 inició una intensa legislación de apoyo a los empresarios, que ha impactado indirectamente en la estructura colectiva al reforzar los poderes empresariales en materia de despido⁽⁸⁾. Ya para entonces, el Tribunal Federal de Trabajo alemán había resuelto que en caso de concurrencia entre un convenio sectorial y otro de empresa prevalecía el de empresa por aplicación del principio de especialidad, ya que el de norma más favorable carecía en este caso de vigencia, al tratarse de una concurrencia entre convenios y por tanto entre fuentes del mismo nivel⁽⁹⁾. Pero la pérdida más importante del relieve sectorial se ha producido en Alemania por el lugar más inesperado, en concreto por el debilitamiento de la confederación empresarial BDA ante la salida de grandes empresas en busca de una negociación propia que al estar afiliadas a la confederación les sería muy difícil de lograr⁽¹⁰⁾.

(5) HASSELBACH O. y JACOBSEN P., *Labour Law and Industrial Relations in Denmark*, Kluwer Law International, The Hague 1999; pp. 38 y 39.

(6) ADLERKREUTZ A., “Sweden”, *Óp. cit.*, p. 43.

(7) Como se sabe, la Ley de Codecisión de 1976 introduce importantes competencias de los sindicatos a nivel de empresa. La Real Comisión que había preparado el documento en que se basó la ley había recomendado unánimemente la participación de los empleados en las decisiones de la empresa. La fuerte exposición sueca al comercio internacional parece haber llevado al país a una suerte de autonomía empresarial concertada.

(8) HANAU P. y ADOMEIT K. *Arbeitsrecht*, Luchterhand, Neuwied 2007; pp. 2 y 3.

(9) FUCHS M., *Tarifvertragsrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2003. DÄUBLER W., *Derecho del Trabajo*, Madrid 1994; p. 222, cita la sentencia BAG 1984-1303, añadiendo estas palabras: “Predomina la opinión de que es preciso atenerse inicialmente al principio de especialidad: el convenio colectivo más próximo desde los puntos de vista empresarial, técnico, personal y territorial, debe desplazar al más alejado”. El principio de norma más favorable rige en las relaciones, por ejemplo, entre ley y convenio, o entre convenio y contrato individual. Similar interpretación en la legislación española, artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores. Lo que significa al mismo tiempo -de nuevo en Alemania, aunque también en España- que en la concurrencia entre un convenio colectivo sectorial y un acuerdo de empresa sí rige, consiguientemente, el principio de favor.

(10) Al estar afiliadas a una Confederación empresarial en el momento de la negociación por ésta de un convenio, dicho convenio se aplica a todas las empresas afiliadas hasta el momento en que pierden vigencia, incluso aunque abandonen la Confederación antes de ese momento. La primacía del convenio de empresa sobre el sectorial, valga decir, rige incluso



Antonio Ojeda Avilés

A lo que los grandes convenios sectoriales, que en Alemania son regionales, han reaccionado facilitando el “descuelgue” de su aplicación a las empresas en dificultades, mediante las llamadas cláusulas de apertura (*Öffnungsklauseln*).

En cuanto al Reino Unido, la tendencia hacia la negociación colectiva de empresa tiene gran fuerza desde siempre, aun cuando el legislador no ha proveído regla alguna para determinar las prioridades en la concurrencia entre convenios aplicables. Son las propias partes las que resuelven los casos, además de la disciplina sindical o de la organización empresarial estableciendo posibles sanciones a quienes negocien un convenio contrario a lo dispuesto por la cúspide respectiva⁽¹¹⁾. Si bien en la relación ley-convenio el legislador británico ha ido permitiendo la posibilidad del descuelgue negociado en diversas materias donde existan estándares legales, aunque no especifique que deba tratarse de convenios de empresa. Trataré este fenómeno en el apartado siguiente.

1.3 La jurisprudencia europea

De la importancia de la negociación colectiva sectorial todavía hoy nos hablan elocuentemente las sentencias de los Tribunales Europeos que han entendido de cuestiones colectivas, en concreto las del Tribunal de Justicia Europeo (en adelante, TJE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH): los asuntos contemplados trataban casi siempre de convenios sectoriales de ámbito estatal, con escasas excepciones. Veamos los casos más relevantes.

Las sentencias del TJE sobre negociación colectiva han supuesto un revulsivo importante en los propios fundamentos de la Unión Europea, cuyo objetivo fundamental consistió

desde un principio en el establecimiento de un mercado único, o común, donde no existieran restricciones a la competencia, para lo cual promulgó las cuatro libertades comunitarias, de libre circulación de mercancías, de capitales, de personas y de servicios. La muy importante Albany 67/96, de 21 de setiembre de 1999⁽¹²⁾, fue la primera en tratar de frente las convenciones colectivas que determinaban a nivel de todo un sector la asignación de una posición dominante en el mercado a una concreta empresa al atribuir la atención sanitaria de los trabajadores del sector a esa única firma. La doctrina Albany establece una excepción *ratione materiae* al principio de libre concurrencia mercantil en el espacio europeo: los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Admitir una limitación en este ámbito, explica el TJE, constituiría una restricción injustificada de la libertad de los interlocutores sociales cuando celebran un acuerdo sobre alguno de los aspectos de las condiciones de trabajo⁽¹³⁾.

Como dice el apartado 59 de la sentencia, “bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes

aunque el de empresa contenga condiciones menos favorables para los trabajadores, como indica el Tribunal Federal Alemán en su sentencia de 24 de enero de 2001 (NZA 2001, 788).

(11) Cfr. DEAKIN S. y MORRIS G., *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford 2009; pp. 59 y siguientes.

(12) Dentro del grupo de sentencias cabe mencionar como las más importantes a la Brentjens, asuntos acumulados 115/97 a 117/97, Drijvende Bokken 219/97, y van der Woude 222/98. Todas las sentencias se referían a la atención sanitaria en distintos sectores de actividad holandeses que habían sido asignadas por el respectivo convenio sectorial estatal a una determinada firma.

(13) Los artículos del Tratado de Roma sobre competencia libre se encuentran hoy contenidos en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El artículo 101 declara que “serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (...)”; y el 102: “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo (...)”. Ambos

La evolución hacia la negociación colectiva de empresa en Europa *The evolution toward business collective negotiation in Europe*

a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”.

Diez años más tarde, el TJE no se muestra tan dispuesto a permitir una inmunidad tan amplia a la negociación colectiva frente a las libertades de la Unión, pero en todo caso los convenios a los que se dirige tienen ámbito estatal sectorial.

La S.TJE. Rüffert 346/06 contempló el caso de la empresa Objekt, adjudicataria de una obra para la construcción de un centro penitenciario en la Región de Baja Sajonia, Alemania, cuyo contrato incluía la obligación de pagar al menos los salarios del convenio regional de la construcción de obras públicas, exigencia establecida en una ley de la misma región para todos los contratos de este tipo. La obra se inició en 2004, pero Objekt utilizó para ello a una subcontratista polaca que desplazó a 53 obreros a los que pagaba el 46% del sueldo del convenio. El gobierno regional rescindió el contrato con Objekt, pero cuando el asunto llegó a los tribunales alemanes se planteó la duda de si el salario a pagar debía ser el del convenio regional o bien el mínimo establecido por la ley alemana de desplazamientos, y presentó al TJE una cuestión prejudicial para que decidiera el asunto.

No nos interesa en este análisis el argumentario del TJE para definir la relación entre los estándares colectivos y las libertades mercantiles de la legislación comunitaria, sino la importancia de la negociación colectiva sectorial. El TJE concluye que una medida rescisoria como la controvertida puede constituir una restricción a la competencia en el sentido del Tratado fundacional (§ 37).

Frente a la doctrina restrictiva sentada por la sentencia Rüffert, otras dos sentencias del TJE parecen distanciarse de ella, aunque no demasiado. La S.TJE Comisión c. Ducado de Luxemburgo 319/06 ponderaba la posibilidad

de que la legislación de un país considerara los estándares de los convenios colectivos como materias de orden público, si bien en principio rechazaba la posibilidad. Por su parte, la S.TJE Portugaia 164/99, referente a una empresa portuguesa de construcción que había realizado obras de gran envergadura en Alemania, entraba en el tema de si aquella debía respetar el salario mínimo del convenio colectivo de aplicación general, pues mientras que las empresas del país podían negociar un convenio de “descuelgue”, las extranjeras no tenían posibilidad de hacerlo. El TJE resuelve que el hecho de que un empresario nacional pueda, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en un convenio colectivo declarado de aplicación general, mientras que un empresario establecido en otro Estado miembro no puede hacer lo mismo, constituye una restricción injustificada de la libre prestación de servicios.

El caso Laval un Partneri, objeto de la S.TJE. 341/2005, también alude a un conflicto entre trabajadores y empresarios de dos países bálticos con distinto nivel de vida, Letonia y Suecia, ambos pertenecientes a la UE. La empresa letona Laval disponía de una filial sueca participada al 100%, Baltic Bygg, que pujaba en las subastas de obra pública en el país escandinavo. En 2004, Laval desplazó a Suecia a 35 trabajadores letones para la construcción de un centro escolar. Los letones pertenecían a un sindicato letón que había suscrito un convenio colectivo con Laval en el país de origen, cuyas condiciones de trabajo eran considerablemente inferiores a las suecas. El sindicato de la construcción sueco inició negociaciones con Laval y Baltic para su adhesión al convenio sueco de la

artículos establecen ciertas excepciones al principio de libre competencia, a las que se añadiría la establecida por el TJE. Sobre las críticas a la sentencia Albany, cfr. EVJU, “Collective Agreements and Competition Law. The Albany Puzzle, and van der Woude”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 17-2 (2001); pp. 165-184.



Antonio Ojeda Avilés

construcción, a lo que se negaron las empresas. El sindicato acordó el bloqueo de las obras, que consistió en impedir la entrega de mercancías, emplear piquetes de huelga e impedir la entrada a las obras de los trabajadores letones y de sus vehículos. Laval solicitó la intervención de las fuerzas de la policía. Éstas indicaron a la empresa que, dado que las medidas de conflicto colectivo eran lícitas según el Derecho nacional, no podían intervenir ni retirar los obstáculos físicos que impedían el acceso a las obras.

En diciembre, el sindicato sueco de electricistas comenzó un boicot de solidaridad consistente en que las empresas suecas de instalaciones eléctricas no pudieran prestar servicios a Laval. Para Navidad los trabajadores desplazados por Laval volvieron a Letonia y ya no regresaron. En 2005, los sindicatos suecos comenzaron el boicot a todas las obras de Laval en Suecia, y poco después el ayuntamiento para el que se construía el centro educativo rescindió el contrato con Baltic. Ésta se declaró en quiebra y se le nombró un administrador judicial, quien demandó a los sindicatos ante el tribunal laboral sueco. En su sentencia, el TJE consideró que no podían imponerse a una empresa extranjera salarios mínimos que no estuvieran en la ley o en un convenio de eficacia general, y que el boicot para incumplir un convenio colectivo extranjero no era admisible si tampoco lo era respecto a los convenios nacionales.

Si ahora pasamos de las sentencias del TJE a las del TEDH, el panorama viene a ser parecido, en el sentido de hallar bastantes referencias a convenios colectivos de ámbito sectorial.

En general, se refieren a la negociación colectiva de manera indirecta, como elemento de la libertad sindical, que es el único derecho colectivo reconocido expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así lo vemos en las lejanas sentencias TEDH Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras 5614/72, Schmidt y Dahlström 5589/72 o Sindicato Nacional de Policía Belga 4464/70, en las que la negociación colectiva se consideró como un elemento no esencial a la libertad sindical, mientras que en otras se discute la negociación como circunstancia del caso⁽¹⁴⁾. Aquí veremos solo algunas de las más recientes, porque nuestro propósito consiste en calibrar la importancia de los convenios sectoriales

y los de empresa antes de entrar de lleno en el objeto que nos preocupa, la prioridad de los segundos en la más reciente legislación de crisis.

El resultado final es más equilibrado que el ya visto para el TJE, pues los casos donde aparece la negociación colectiva en el TEDH versan a partes iguales sobre convenios de empresa y sobre convenios de sector.

Una decisión muy importante del TEDH se manifiesta en la sentencia Demir y Baikara contra Turquía 34503/97, cuando el TEDH abandona solemnemente su inicial postura de no considerar incluida a la negociación colectiva como parte indispensable de la libertad sindical, en un caso de un convenio con el ayuntamiento de una ciudad. Con Demir y Baikara, el TEDH proclama que a la vista de la evolución del Derecho del Trabajo, tanto nacional como internacional, el derecho de negociación colectiva se ha convertido en uno de los elementos esenciales de la libertad sindical. De igual conflicto en torno a convenios de empresa son también las sentencias TEDH Danilenkov et al contra Rusia 67336/01, sobre el convenio colectivo con la autoridad portuaria de Kaliningrado, o la Sørensen y Rasmussen contra Dinamarca, casos acumulados 52562/99 y 52620/99, sobre un convenio de empresa con cláusula de *closed shop*.

En el otro lado, las sentencias sobre convenios sectoriales también son relativamente frecuentes. Así lo vemos en la sentencia TEDH Vilho Skelinen et al. 63235/00, sobre el convenio colectivo de la policía provincial, o en la Enerji Yapı-Yol Sen contra Turquía 68959/01, sobre el derecho de los sindicatos de funcionarios a la negociación colectiva. Una sentencia como la TEDH Sindicatul Pastoralul

(14) Así por ejemplo, los autos de inadmisión TEDH Schettini y otros de 2000, y UNISON de 2002.

La evolución hacia la negociación colectiva de empresa en Europa *The evolution toward business collective negotiation in Europe*

cel bun 2330/09, por la que se respalda la creación de un sindicato de *popes* ortodoxos en Rumanía, sería impensable que proviniera del TJE. La visión del sindicato y de sus medios de acción como último recurso del individuo frente a una sociedad deshumanizada poco tiene que ver con el celo en preservar la libre competencia mercantil, que continúa inamovible informando el quehacer del TJE desde los tiempos en que se aprobaron para la Comunidad Económica Europea.

2. La prioridad de los convenios de empresa en Europa

2.1. Prolegómenos

El tipo de colisión conflictiva que examinamos aquí se concreta en la discrepancia entre lo establecido en un convenio de ámbito de empresa con lo establecido por otro de ámbito superior a la empresa. Para delimitar con claridad esta definición, habremos de ponderar tres aspectos concretos: la colisión ley-convenio colectivo, la colisión de convenios sectoriales con instrumentos colectivos distintos al convenio de empresa, y la colisión del convenio de empresa con convenios sectoriales que no son los de ámbito estatal. No entraremos en cambio a discutir los casos en que la concurrencia entre los convenios antedichos es de tipo cooperativo o articulado, en una coexistencia que no es de tipo conflictivo, igual que tampoco lo es, y por ello no lo analizaremos, el caso en que el convenio de empresa mejora al sectorial y se aplica a virtud del principio de norma más favorable.

2.1.1. Colisión ley-convenio colectivo.

Ya hemos hecho alusión a la peculiaridad británica de permitir que algunos estándares legales puedan ser derogados peyorativamente por la negociación colectiva. Lo común en los países europeos, y también en América Latina, es que la ley laboral juegue como norma inderogable *in pejus*, aunque permita una derogación *in melius*, en lo que de ordinario se denomina principio de norma más favorable. En los últimos tiempos,

esa posibilidad de que los convenios puedan derogar *in pejus* a las leyes se ha extendido por otros países del continente, a medida que las leyes se convertían en dispositivas y comenzaba el auge de las *soft laws* y del “método abierto de coordinación” para algunas materias como el empleo. Pese a todo, aún resulta extraño hallar casos como el británico, que convierte en dispositivas algunas normas referidas a aspectos tan sustanciales, tan relacionados con los derechos fundamentales, como son las de jornada máxima. Todavía más, cuando vemos que se permite no solo la “derogación” por convenio colectivo, sino también por acuerdos de empresa e incluso por acuerdo individual del empresario con el trabajador. La explicación puede estar en que Reino Unido ha debido realizar un enorme esfuerzo al ingresar en la Unión Europea para modificar su sistema normativo laboral, inicialmente centrado en los convenios colectivos de aplicación voluntaria (*gentlemen's agreements*), para trasponer las Directivas europeas mediante normas estatales de aplicación cogente. En algunos casos especialmente controvertidos, las normas estatales británicas han abierto la posibilidad de discrepar peyorativamente de ellas por la negociación colectiva⁽¹⁵⁾. Tales casos son los tres siguientes:

- a) Los “acuerdos derogatorios” en materia de jornada pueden afectar, respecto del Reglamento de 1998, a la duración máxima del trabajo nocturno, a la jornada diaria y períodos de descanso semanal, y a las pausas de descanso⁽¹⁶⁾. En compensación, tales acuerdos deben proveer períodos

(15) Cfr. DEAKIN S. y MORRIS G., *Labour Law. Óp. cit.*, pp. 59, 173, 291 y 649.

(16) El Reglamento traspone la Directiva Europea de 1993 sobre tiempo de trabajo. Reino Unido traspuso muy tarde y con poco ánimo una Directiva quizá demasiado prolija, que establecía máximos concretos en todos los aspectos de la actividad laboral. Cuando promulgó la norma, un informe de Barnard, Deakin y Hobbs en 2003 indicaba que la Directiva había tenido escaso impacto en Reino Unido por la cultura de jornadas largas del país, al punto de que el 16 por 100 de la fuerza laboral trabajaba por encima de las 48 horas semanales, pero alertaban de que en su mayoría las empresas presentaban el documento del *opt-out* a la firma del trabajador en el momento de contratarlo, y que una posible supresión de las jornadas largas sería impensable para las empresas británicas, debido a que faltaba en la mayor parte de ellas la representación de personal necesaria para flexibilizar los estándares de la Directiva.



Antonio Ojeda Avilés

de descanso equivalentes o protección apropiada. El mayor problema de la regulación británica surge respecto a la posibilidad de que por acuerdo individual entre el empresario y el trabajador pueda derogarse *in pejus* el límite de 48 horas de jornada semanal.

- b) En materia de prevención de riesgos laborales de los trabajadores con contrato temporal, el reglamento británico de 2002 permite al empresario negociar mediante convenio o acuerdo las restricciones a la conversión de una cadena de contratos temporales en un único contrato por tiempo indefinido, en una diversidad de aspectos en los que no es preciso entrar⁽¹⁷⁾.
- c) La Ley de Relaciones de Empleo de 1999 traspone la Directiva Europea 96/34/CE sobre permiso parental para el cuidado de hijos por una duración de hasta trece semanas, cuyas peculiaridades remite a un acuerdo entre el empresario y el empleado, en defecto del cual se aplica una regulación supletoria que, a su vez, puede ser evitada por un acuerdo colectivo.

La peculiaridad británica debe entenderse con una aplicación extensiva y otra reductiva. En primer lugar, no solo caben derogaciones por convenio colectivo, sino también por acuerdos colectivos no sindicales, negociados por el empresario con representantes elegidos por el personal de la empresa o, incluso, directamente con el propio personal, siempre que no esté vigente un convenio colectivo al respecto. Ya hemos visto también la posibilidad de llegar incluso a derogaciones individuales en el caso del Reglamento de tiempo de trabajo. En segundo lugar, en la práctica, el convenio colectivo utilizado para las derogaciones es el de empresa, aunque las normas británicas no limitan semejante capacidad derogatoria a solo ellos. Son los convenios de empresa los principales artífices de las derogaciones legislativas.

No es Reino Unido el único país europeo donde podemos hallar derogaciones a la ley por parte de los convenios de empresa, aunque sí es el más conocido y estudiado. Más abajo veremos cómo la legislación italiana ha introducido algo similar para los convenios “de proximidad”, si bien con un alcance más suave.

(17) El Reglamento traspone la Directiva Europea 99/70/CE.

(18) *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2009*. Madrid 2010; p. 403.

2.1.2. La colisión del convenio de empresa con convenios sectoriales que no son los de ámbito estatal.

No siempre la colisión del convenio de empresa se produce con un convenio sectorial del máximo ámbito, es decir, de ámbito estatal. Ni siquiera es lo habitual en algunos países, aun cuando por definición las fricciones se hacen más agudas cuanto mayor es la distancia entre ambos convenios concurrentes. Así, en Alemania ya hemos comentado cómo los convenios de máximo nivel son los regionales, al menos en el tipo de convenios ordinarios (*Tarifverträge*), ya que no en los acuerdos marco (*Manteltarifverträge*).

Uno de los casos más interesantes es el español, donde como consecuencia de la prohibición durante la dictadura del general Franco de los convenios del máximo ámbito, por temor al conflicto generalizado que podía devenir en político durante su negociación, y la consiguiente proliferación de los convenios provinciales, en un momento además en que el ámbito regional, o de comunidad autónoma, no se conocía, la estructura de la negociación colectiva adoptó un curioso formato “de vasija o cántaro”. Aunque ya han transcurrido casi cuatro décadas de aquel periodo ominoso, las costumbres sindicales se forjaron allí y han pervivido de tal modo que el ámbito de negociación convencional más utilizado e importante es el provincial, con un absurdo efecto de reiteración de temas y condiciones de trabajo que bien podrían solventarse a nivel regional. Así lo describe el Consejo Económico y Social de España⁽¹⁸⁾:

Al considerar los trabajadores cubiertos por cada tipo de convenio, existe un claro predominio de los provinciales, que afectan a más de la mitad de los trabajadores cubiertos por la negociación, seguidos de los nacionales, que cubren en torno a una cuarta

La evolución hacia la negociación colectiva de empresa en Europa *The evolution toward business collective negotiation in Europe*

parte de los mismos. Los convenios de empresa afectan a un número bajo de trabajadores (10%), a pesar de ser los de mayor peso porcentual, debido a la estructura empresarial española, ampliamente dominada por empresas de tamaño reducido. Los convenios autonómicos son los que afectan a menor número de trabajadores, ligeramente por debajo que los de ámbito empresarial, si bien han ido ganando importancia a lo largo de la última década.

Atendiendo al número de convenios registrados por ámbito funcional, existe una clara preponderancia de los convenios de empresa (en torno al 75% del total de convenios registrados) que, además, ha ido en aumento como consecuencia del surgimiento de nuevas unidades de negociación y por el incremento de los convenios de grupos de empresa, que han sido encuadrados dentro de esta categoría. Los convenios provinciales son los segundos en importancia numérica, si bien han ido perdiendo peso porcentual hasta situarse alrededor del 19%. Los convenios nacionales y autonómicos (la mayoría uniprovinciales) tienen un peso muy reducido, siendo inferior en cada uno de los casos al 2% del total de convenios.

Para el Ministerio de Trabajo, las estadísticas de 2009 reflejan la situación acabada de describir, en porcentajes del total⁽¹⁹⁾:

Ámbito del convenio	Trabajadores afectados	Número de convenios
De empresa y grupo	11,0	78,1
Provinciales	52,7	18,4
Autonómicos	9,3	1,6
Nacionales	26, 8	1,6

2.1.3. La colisión de convenios sectoriales con instrumentos colectivos distintos al convenio de empresa.

En el lado inverso de la perspectiva, la colisión tampoco encuentra siempre a un convenio de empresa, sino que aparecen junto a él una variedad de fórmulas colectivas empresariales de menor valía pero no por ello depreciables.

Hemos visto anteriormente la posibilidad británica que la negociación derogatoria adopte la fórmula de un acuerdo colectivo, negociado entre el empresario con representantes no sindicales de los trabajadores o con los trabajadores mismos, allí donde no cabe negociar un convenio colectivo en sentido propio debido a la ausencia de sindicatos reconocidos por dicho empresario. La existencia de los representantes no sindicales es habitual en los países del centro y sur de Europa, desde Alemania a España, en lo que se conoce como el doble canal de representación, pero era una figura desconocida en ese país hasta que la trasposición de algunas Directivas le obligó a establecer alguna de sus variantes, la más *light* a decir verdad. En Alemania, Francia, Bélgica y España, en cambio, los comités de empresa y delegados de persona gozan de amplias prerrogativas, entre las que se encuentra la posibilidad de negociar convenios colectivos de empresa en unos casos⁽²⁰⁾, y en otros⁽²¹⁾ la de llegar a un acuerdo colectivo de empresa o de ámbito inferior, si bien este tipo de instrumentos colectivos tiene un nivel inferior al de los convenios y por ello debe verse con cuidado hasta qué punto tienen capacidad para colisionar con un convenio, o por el contrario (lo que es habitual en estos países) se les aplica el principio de norma más favorable, de modo que sólo pueden mejorar los estándares de aquél o sólo pueden complementar los espacios vacíos dejados por él. Dichos acuerdos de empresa carecen además de las garantías de representatividad que ofrecen los convenios sindicales, a lo que se añade con frecuencia una menor calidad formal, como vemos en los acuerdos de

(19) Ministerio de Trabajo e Inmigración, *Estadísticas de convenios colectivos*, citado por CES, *Memoria*; p. 404.

(20) En España con normalidad desde los tiempos de la dictadura del general Franco, en que se prohibieron los sindicatos libres. En Francia desde la ley de 4 de mayo de 2004, siempre que los convenios de sector o acuerdos profesionales así lo autoricen para empresas desprovistas de delegados sindicales (Code du Travail art. L-132.26 II).

(21) Alemania.



Antonio Ojeda Avilés

empresa españoles, cuyo procedimiento de negociación no viene regulado por la ley, a diferencia de cuanto ocurre con los convenios.

En los últimos años, el legislador de algunos países donde existen tales comités ha querido llevar sus ventajas a las pequeñas empresas, sobre todo, a la hora de negociar situaciones críticas como los despidos colectivos o la transmisión de empresa. Dado que los comités se habían previsto para empresas con un número mínimo de trabajadores (por ejemplo, cinco trabajadores fijos en Alemania; seis trabajadores tanto fijos como temporales en España), ha introducido algún tipo de representación ocasional para cierto tipo de consultas o en general para la negociación colectiva en las empresas por debajo de tales mínimos. La cuestión tiene gran importancia en países que, como España, poseen una estructura económica con gran predominio de la pequeña empresa⁽²²⁾, y de cualquier modo en todos los países existe una gran cantidad de pequeñas empresas en las cuales la presencia de un delegado sindical o un representante de personal constituye una excepción, por lo que las funciones capitales que, por ejemplo, establecen algunas Directivas europeas para toda empresa quedan desatendidas.

De este modo, se han establecido posibilidades de nombrar a un representante en las pequeñas empresas en situaciones especiales. Francia ha acudido a dos fórmulas distintas a tal fin: por una parte, en las empresas más pequeñas, las organizaciones sindicales pueden nombrar como delegado sindical a un delegado del personal por la duración de su mandato; por otra, las organizaciones sindicales pueden, igualmente, acreditar a un trabajador para que firme un acuerdo, como ya ocurrió en las negociaciones sobre la reducción de la jornada laboral. Desde la Ley de 4 de mayo de 2004, las empresas sin delegado sindical pueden firmar acuerdos con los representantes electos del personal o, a falta de éstos, con trabajadores acreditados. Aunque ello sólo es posible si un acuerdo de rama ha previsto tal posibilidad⁽²³⁾. En

España se ha previsto también la posibilidad de que, o bien los sindicatos más representativos, o bien los propios trabajadores por votación directa, puedan designar a una comisión negociadora *ad hoc* allí donde no existan representaciones sindicales o unitarias para decidir sobre modificaciones sustanciales de los acuerdos colectivos o inaplicación de los estándares fijados por el convenio colectivo aplicable.

Como veremos más abajo, el legislador no confía a estas representaciones aleatorias la posibilidad de derogar convenios colectivos.

Ya dentro del espacio propio de los convenios colectivos regulares, otros convenios distintos al de empresa pugnan por identificarse con ellos a los efectos que estamos viendo, de obtener prioridad aplicativa en caso de concurrencia con convenios de otro nivel. No se trata únicamente de los convenios de centro de trabajo o establecimiento, de un alcance inferior al de toda la empresa aunque en ocasiones se refiera a un centro que en la práctica equivalga a la parte sustancial de la empresa (factoría de Mirafiori de la empresa Fiat, factoría de Wolfsburg de la empresa Volkswagen). También hablamos de los convenios de franja, o de grupo de trabajadores, que, asimismo, pueden alcanzar un tamaño o una relevancia sustancial en la empresa (pilotos de una compañía aérea, médicos de un hospital), aunque teóricamente tengan un ámbito personal inferior al de toda la empresa. Por encima del nivel de empresa, de igual modo, tenemos a los convenios de grupo de empresa, *holding* o consorcio, cada vez más frecuentes en todo el mundo. Todos

(22) En este país el 94 por 100 de las empresas tienen menos de diez trabajadores y pueden calificarse por ende de microempresas: Consejo de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, *Empresas españolas. Competitividad y tamaño*, Madrid 2005, p. 13, citando datos de Eurostat. En página 29 afirma que el tamaño medio de la microempresa española (es decir, las que están por debajo de diez trabajadores) es de dos trabajadores por empresa.

(23) Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *Revista de Trabajo* No. 100 (2012), monográfico sobre la reforma laboral; pp. 121 y 122.

La evolución hacia la negociación colectiva de empresa en Europa *The evolution toward business collective negotiation in Europe*

ellos o cierto número de ellos pueden quedar equiparados a los convenios de empresa a efectos de la prioridad aplicativa en la que vamos a entrar de seguido.

2.2. La prioridad aplicativa del convenio de empresa en Alemania, Francia, España e Italia

2.2.1. Las disposiciones legislativas sobre prioridad del convenio de empresa

Habíamos descartado páginas arriba la posibilidad de analizar en este trabajo los convenios y acuerdos derogatorios británicos⁽²⁴⁾ porque recibían la prioridad para ejercerla frente a la ley, de carácter dispositivo en tales casos. En este apartado hemos de hablar, en cambio, de los cuatro países enunciados en el epígrafe, aunque podríamos hablar también de otros en igual tesitura, porque encajan en la delimitación que hemos realizado desde el principio de este trabajo. Sin embargo poco podemos añadir a lo ya dicho en el caso de Alemania, pues asigna dicha prioridad a virtud de una regla muy simple de enunciar y de elaboración jurisprudencial antes que legal: el principio de especialidad. El convenio más próximo desde todos los puntos de vista será el aplicable, lo que de ordinario llevará a elegir al convenio de empresa, salvo casos extremos donde se advierta una mayor proximidad en otro convenio, por ejemplo el de franja o de centro de trabajo.

A nuestro juicio el principio de especialidad tiene la gran virtud de su sencillez, aunque en ocasiones haya de matizarse para definir qué sea lo más próximo a las partes afectadas. Como vamos a ver enseguida, las formulaciones legislativas de otros países son tan farragosas que a fuerza de detallar tipos y circunstancias convierten la labor del intérprete en un trabajo de Sísifo. Dejemos aquí, con nuestro reconocimiento, al criterio alemán y adentrémonos en los vericuetos de las legislaciones latinas para examinar de cerca sus logros y sus miserias.

Ante todo, examinemos en primer término la letra de la ley en los tres casos, por orden cronológico de aparición de la norma.

El Código de Trabajo francés, en la versión dada por la ley 2004-391, determina la siguiente en su artículo L132-23⁽²⁵⁾:

“Art. L132-23. La convention ou les accords d’entreprise ou d’établissements peuvent adapter les dispositions des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l’entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés. La convention ou les accords peuvent comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés.

Dans le cas où des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels viennent à s’appliquer dans l’entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou accords négociés conformément à la présente section, les dispositions de ces conventions ou accords sont adaptées en conséquence.

En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l’article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du présent code, la convention ou l’accord d’entreprise ou d’établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels.

Dans les autres matières, la convention ou l’accord d’entreprise ou d’établissement peut comporter des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d’une convention ou d’un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement.

(24) De “derogations made by collective o workforce agreements” hablan DEAKIN y MORRIS, *Labour Law. Óp. cit.*, p. 293.

(25) Téngase en cuenta la existencia de otras derogaciones menores por la misma Ley de 4 de mayo de 2004 que modifica el artículo L132-23 del Code du Travail: véase el artículo 43 de dicha Ley para las horas suplementarias.



Antonio Ojeda Avilés

Por su parte, el Decreto Ley italiano 138/2011, convertido en Ley por la 148/2011, establece en su artículo 8 lo siguiente:

“Art. 8. Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità.

1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività.

2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento:

(a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; (b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; (c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; (d) alla disciplina dell'orario di lavoro; (e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento.

2-bis. Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro.

3. Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori”.

Por último, el artículo 84, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores español, a partir de la modificación sufrida por Ley 3/2012, dice lo siguiente:

“2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

La evolución hacia la negociación colectiva de empresa en Europa *The evolution toward business collective negotiation in Europe*

- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1.

Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”.

En ninguno de los tres países la prioridad de los convenios de empresa es algo nuevo, pues cada uno de ellos ha alumbrado situaciones excepcionales de inversión de cuanto se consideraba normal, a saber, de la jerarquía de los convenios en función de su proximidad a la cúspide. El Derecho italiano había conocido la experiencia de la negociación articulada en los años setenta, una experiencia de disciplina sin igual en la que los convenios de ámbito estatal dejaban espacios en blanco para que los integraran los convenios de empresa, presuponiendo con ello la supremacía de los primeros. Por desgracia, los avatares y crisis económicas llevaron al deterioro de esa disciplina, y los convenios de empresa ya no respondían a la cobertura del espacio que se les dejara por los de ámbito superior. En el caso francés ocurría algo similar desde la propia legislación, pues si bien la ley enumeraba una especie de jerarquía de convenios al citar en primer lugar a los acuerdos nacionales interprofesionales, después a los convenios territoriales y por último a los convenios de empresa o establecimiento, sucesivamente introdujo excepciones que culminaron en la ley de 2004 tantas veces citada. Por último en la legislación española no existe una jerarquía de convenios, pues todos tienen el mismo nivel, pero en cambio se establecía la prioridad aplicativa del convenio anterior en

el tiempo, *prior in tempore*, que tanto podía ser uno de empresa como de ámbito estatal: negociado un convenio, los que vinieran a continuación veían inhibida su eficacia hasta tanto no perdiera su vigencia el que se hallaba en aplicación (art. 84.1 ET). Pero el principio duró poco tiempo en su integridad, pues los convenios regionales obtuvieron el privilegio de poder discrepar de lo establecido en convenios de ámbito superior incluso aunque se negociaran después (art. 84.3 ET).

2.2.2. El instrumento colectivo investido de la potestad

Ante todo veamos el tipo de instrumento colectivo dotado de la capacidad derogatoria sobre los convenios de superior ámbito. Mientras que el Code francés la atribuye a los convenios o acuerdos de empresa o de establecimiento, la ley italiana habla de convenios colectivos de empresa o de sector, y la española alude a los convenios de empresa, a los de grupo de empresas y a los de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas. Toda una dispersión que hace dudar de alguna homogeneidad entre los países, al menos respecto al instrumento elegido para ser convertido en David frente a Goliat.

Sin embargo, existe una homogeneidad por encima de la aparente dispersión, cual es la de que en todo caso se habla de instrumentos de la misma naturaleza, los convenios colectivos de sindicatos mayoritarios. En efecto, por más que pudiéramos pensar en una ampliación hacia los acuerdos colectivos por parte del legislador francés, los conceptos convenio y acuerdo en el Derecho galo son equivalentes, con la diferencia de que el convenio es un instrumento de regulación global de las condiciones de trabajo, mientras que el acuerdo tiene un objetivo monográfico. Muy distinto, por ello, de la distinción española entre convenio y acuerdo, al estar situado el segundo en una posición inferior en cuanto a,



Antonio Ojeda Avilés

sobre todo, la posibilidad de ser modificados en sus aspectos sustanciales por el empresario cuando existan causas graves para ello⁽²⁶⁾. Al hablar las normas de los tres países de convenios colectivos –con la precisión francesa ya descrita-, estamos hablando de instrumentos básicamente sindicales. En este sentido se expresa claramente la ley italiana, al requerir que se trate de convenios negociados por sindicatos más representativos a nivel sectorial o de sus representaciones dentro de la empresa. De forma parecida ocurre en el caso francés, donde los convenios y acuerdos se negocian por los sindicatos representativos⁽²⁷⁾, pero no así en el caso español, pues los convenios de empresa pueden ser negociados tanto por las secciones sindicales mayoritarias como por los comités de empresa, si bien dichas secciones ostentan un derecho de avocación o prioridad respecto a los comités a la hora de negociar⁽²⁸⁾.

Otro requisito común es el de tratarse no solo de convenios negociados por sindicatos o secciones sindicales, sino también que tengan la mayoría en el ámbito considerado.

En Derecho francés lo establece expresamente la ley de 2004, y en el italiano se dice en la de 2011 que comentamos, cuando indica que deben ser firmados “sobre la base de un criterio mayoritario”. En la ley española, por su parte, el convenio de empresa por definición debe ser suscrito por el comité de empresa -que representa a todo el personal- o por las secciones sindicales mayoritarias en dicho comité.

La mayor dispersión respecto al tipo de instrumentos capacitados para derogar lo hallamos en la ley italiana, pues no solo habilita a los convenios de empresa, sino también a los territoriales, lo que vale decir a prácticamente todos los convenios de cualquier nivel geográfico, ya sea local, provincial, regional o nacional. Cabe entender tal ampliación porque el legislador italiano persigue más de un objetivo con

la norma que nos ocupa, ya que por un lado pueden derogar “incluso las disposiciones de ley (...) y las regulaciones contenidas en los convenios colectivos nacionales”, mientras que por otro tales derogaciones tienen carácter *erga omnes*, afectan a todos los trabajadores, como indican los números 1 y 3 del artículo 8 mencionado supra. Una eficacia general que solo excepcionalmente aparece en algún país europeo, pues lo habitual consiste en la eficacia limitada a los miembros de las organizaciones firmantes. Y en Italia, a diferencia de Alemania, Francia y otros países, no existe un procedimiento administrativo de extensión general de lo establecido en un convenio.

Cabría decir, por consiguiente, que la mayor dispersión italiana se debe a que la regulación del artículo 8, por mucho que se intitule “de apoyo a la negociación colectiva de proximidad” no va dirigida estrictamente a otorgar prioridad a los convenios de empresa frente a los sectoriales, sino también a éstos frente a la ley.

Queda en la oscuridad el tema de si por convenio de empresa se entiende también a los convenios de ámbito inferior, y en especial a los de centro de trabajo. La ley francesa los comprende expresamente, y hasta cierto punto la ley italiana podría interpretarse de igual forma aunque de manera implícita, ya que habla de los convenios suscritos a nivel empresarial, que tanto vale como decir “en la empresa”. En cambio, la ley española es

(26) Artículo 41, números 2 y 6, del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995.

(27) Artículo L.32-2 Code du Travail. Señalan no obstante PELLISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD que el legislador permitió la posibilidad de “descuelgues” realizados por los sindicatos minoritarios, y después a los sindicatos mayoritarios en el ámbito de la empresa, lo que conduce finalmente a los convenios de empresa derogatorios en base al principio de mayoría (*Droit du travail*, Dalloz, París, 2004; pp. 897 y siguientes.).

(28) Artículo 87.1 ET. No entraremos aquí en el detalle de que los comités de empresa franceses no pueden negociar convenios colectivos, si bien, como indican PELLISSIER J., SUPIOT A. y JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Óp. cit., p. 838, en nota, en la práctica las interferencias son numerosas y frecuentemente mal reguladas, entre negociación y consulta. Similarmente ocurre en Alemania.

La evolución hacia la negociación colectiva de empresa en Europa *The evolution toward business collective negotiation in Europe*

muy estricta al hablar del convenio de empresa, y, dado que aquí tratamos de una excepción a la regla, la interpretación debe ser restrictiva y no extensiva, por lo que no parece apropiado ampliar la capacidad derogatoria más allá de cuanto expresamente menciona el legislador.

2.2.3. Las materias asignadas

Sin duda la norma más ambiciosa de las tres presentadas es la italiana, pues el elenco de materia contemplado en el número 2 del artículo 8 abarca aspectos sustanciales de la relación laboral. Abarca no solo aspectos de la flexibilidad interna, como por ejemplo los horarios de trabajo y la clasificación profesional, sino sobre de la flexibilidad externa, donde muy pocas variables quedan al margen. Así, respecto a la flexibilidad de entrada, los convenios *de proximidad* pueden alterar lo establecidos en convenios y normas en materia de contratos temporales, trabajos de colaboración continua, y en general las modalidades de contratación y su regulación. En cuanto a la flexibilidad de salida, dichos convenios pueden derogar la normativa superior en materia de despidos, con excepción de los despidos discriminatorios, de los afectantes a la recién casada, de la embarazada y con niños de hasta un año, del trabajador con permiso parental, o por adopción o acogimiento.

El método utilizado por el Código francés prefiere indicar las materias que no son derogables por los acuerdos de empresa o establecimiento, en concreto los salarios mínimos, la clasificación profesional y en ciertos aspectos relacionados con la seguridad social. Pocos, en verdad, por lo que el campo dejado a las derogaciones parece incluso más amplio que el contenido en la ley italiana, con la importante salvedad de que al no poder derogar a las normas legales los convenios de empresa franceses han de respetar los mínimos tan exhaustivos del Code du Travail, y solo en las mejoras del convenio superior pueden intervenir.

El legislador español prefiere indicar directamente las materias donde el convenio de empresa es prioritario respecto de los de ámbito superior, y tienen todas ellas la característica de referirse a diversos aspectos de la flexibilidad interna, sin mencionar ni tocar salvo ocasionalmente la externa. De este

modo alude a la cuantía del salario fijada en convenio superior, incluida la retribución de las horas extraordinarias, al horario y la distribución del tiempo de trabajo, el trabajo a turnos y la planificación de las vacaciones, a la adaptación a la empresa del sistema de clasificación profesional fijado en el convenio superior, y (aquí está la mención a la flexibilidad externa) la adaptación de las modalidades de contratación que se atribuyen a los convenios de empresa.

Otros aspectos prioritarios han suscitado bastante polémica doctrinal, como por ejemplo las medidas que favorecen la conciliación de la vida familiar, laboral y personal, conquistas recientes de los trabajadores españoles en la Ley Orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007, si bien aquí, como en todo lo demás, los estándares legales no quedan afectados. Digamos respecto a la única medida de flexibilidad externa contemplada, la adaptación de las modalidades de contratación atribuidas a los convenios de empresa, que se refiere a aspectos puntuales de los contratos a tiempo parcial y a tiempo determinado en donde la ley delega en la negociación colectiva el procedimiento o la habilitación de ciertas formas, de ordinario bajo la expresión “mediante convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior”⁽²⁹⁾.

Alguna diferencia importante emerge de la comparación entre las legislaciones, además de las que tan evidentes como las referidas a la flexibilidad interna o externa. Encontramos por ejemplo el caso de la jornada, concepto distinto al de horarios por cuanto la primera se refiere a la cantidad de horas de trabajo diario, semanal o anual, mientras que los horarios se refieren a la distribución modulada de

(29) El supuesto más importante se contempla en el artículo 12.5.c ET, sobre el número de horas complementarias en los contratos a tiempo parcial: “El número de horas complementarias no podrá exceder del 15 % de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior podrán establecer otro porcentaje máximo, que, en ningún caso, podrá exceder del 60 % de las horas ordinarias contratadas”.



Antonio Ojeda Avilés

dicha cantidad. Pues bien, en la norma francesa advertimos que tanto la jornada como los horarios quedan a merced de la negociación de empresa, mientras que en la italiana y española solo se permite derogar la regulación superior en materia de horarios, no de cantidad de trabajo.

2.2.4. Los condicionantes

No solamente el legislador establece requisitos subjetivos, objetivos y documentales a la hora de otorgar tan excepcional (desde el punto de vista europeo) facultad a los convenios de empresa, sino que plantea límites externos referidos al techo de la excepcionalidad. Dada la amplitud de la norma italiana al permitir derogar incluso a las normas de rango legal, no resulta extraña la amplitud asimismo prolija al enunciar los límites. La Constitución, el Derecho Social Europeo y los vínculos derivados de los Convenios Internacionales de Trabajo configuran en todo caso un techo bien elevado por debajo del cual se encuentra toda la legislación ordinaria del país. Por añadidura el techo expresado no tiene demasiada consistencia, pues si dejamos a salvo los preceptos constitucionales sobre igualdad y derecho a la salud, en ese nivel prevalecen los aspectos programáticos antes que los directamente aplicables. Se trata de preceptos que enuncian a lo sumo derechos fundamentales en los que se preserva la institución o el núcleo esencial de ese derecho, un tema interesante en el que esta descripción comparada no puede entrar⁽³⁰⁾.

Más cercano es el límite, que considero importante, señalado por el legislador francés al decir que el convenio o el acuerdo de empresa o establecimiento pueden comportar disposiciones derogatorias de las aplicables a virtud de convenios o acuerdos de superior ámbito “salvo si en tales convenios o acuerdos de disponen de otro modo”. En realidad someten la derogación pretendida al consentimiento de los convenios afectados, o si se quiere, de las organizaciones firmantes de ellos, una perífrasis de lo que en Alemania realizan con normalidad los convenios regionales merced a las denominadas “cláusulas de apertura”, solo que en Francia se regula la inversa, no en el sentido de que el convenio superior lo permita, sino de que no lo prohíba.

El caso español se sitúa a medio camino de la normativa francesa y de la italiana. En mitad de la crisis financiera el gobierno socialista había introducido la figura del convenio de empresa prioritario entre otras medidas de austeridad en el Real Decreto Ley 7/2011, pero lo había sometido a un límite similar al acabado de ver: habría prioridad salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios. No nos hallamos ante la misma regla que la francesa, puesto que el condicionante apunta a lo más alto, los convenios estatales o regionales, mientras que el modelo galo permite promulgar la excepción a cualquier convenio superior al de empresa que pueda verse afectado por la prioridad. Pocos meses más tarde, en el Real Decreto Ley 3/2012, el nuevo gobierno conservador suprimía la referencia e introducía una contundente afirmación: los convenios estatales y regionales no podrán disponer de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa.

Quizá para compensar, o mejor como un latiguillo irónico, el legislador de 2012 completa el giro, y no contento con prohibir todo intento de enervar la prioridad indicada, permite que esos convenios estatales y regionales puedan añadir nuevas materias sobre las que los de empresa puedan establecer su prioridad.

2.3. Reflexiones de principio

Solo unas breves reflexiones desde una perspectiva general nos servirán para terminar el comentario.

La doctrina ha hablado a raíz de la prioridad concedida a los convenios de empresa de una

(30) De modo similar ocurre con los deberes establecidos por las Directivas que constituyen el Derecho Social Europeo, las cuales establecen objetivos que deben ser incorporados por el Derecho nacional de los Estados miembros, a través de leyes o normas de menor rango incluso, con lo cual se colocan al alcance de los convenios derogatorios.

La evolución hacia la negociación colectiva de empresa en Europa *The evolution toward business collective negotiation in Europe*

inversión de los principios tradicionales en el Derecho del Trabajo. Marín Alonso indica para la experiencia gala que el “principio supletivo”, tal como conocen los franceses esta posibilidad, implicó el arrinconamiento del que hasta el momento era el principio básico regulador del derecho del trabajo francés, es decir, del principio de favor que solo permitía que una norma de menor rango se impusiera a otra de mayor rango cuando mejoraba las condiciones de trabajo establecidas en esta última. La existencia de jerarquía entre convenios o acuerdos colectivos hace posible la aplicación de este criterio entre, por ejemplo, un convenio estatal interconfederal y un convenio de sector y, desde 2008, entre un convenio colectivo de sector y un convenio o acuerdo de empresa, fomentado este último por el legislador francés hasta el punto de hacerlo preferente frente a los demás convenios pese a que introduzca condiciones menos favorables para los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación⁽³¹⁾. La misma autora considera que nos hallamos en estos momentos bajo el principio de proximidad o cercanía.

En mi opinión, el principio de norma más favorable tiene aún un amplio campo de prevalencia, si recordamos los límites subjetivos, objetivos, documentales y externos que hemos ido desgranando al comentar las normas de los distintos países. Sin embargo la brecha abierta en favor del principio de especialidad, o de proximidad, no puede ser

infravalorada. Cuáles puedan ser sus beneficiarios tiene mucho que ver con la estructura de la negociación colectiva de la que hablábamos páginas arriba, pues los convenios de empresa son privilegio de las grandes y medianas firmas, mientras que las pequeñas se acogen al convenio de sector porque no se encuentran en disposición de negociar su propio acuerdo y porque, en fin de cuentas, el de sector funciona como “convenio de último recurso”, mientras que el de empresa establece mejoras por lo común. Gran paradoja, pues, que hallemos a los de empresa estableciendo derogaciones de los mínimos básicos para poder competir con las pequeñas empresas y a su paraguas protector.

En los comentarios de los especialistas suele quedar marginado otro principio muy vapuleado por las reformas analizadas hasta aquí, principio de gran fuerza racionalizadora y que ya venía siendo objeto de grandes ataques. Me refiero al principio denominado de unidad de empresa, a cuya virtud en una empresa solo se aplica un único convenio, el de la actividad prevalente, a menos que se den en ella varias actividades distintas o ninguna prevalente. Dicho principio existe con fuerza en Alemania, donde el criterio de especialidad en la selección del convenio aplicable no lo impide, y existía en España a virtud de la jurisprudencia, hasta que primero la posibilidad de establecer estándares distintos por los convenios regionales *en algunas materias* y después la posibilidad de los convenios de empresa prioritarios *en algunas materias* ha llevado inexorablemente a que en una misma empresa vayan a darse una diversidad de regulaciones colectivas, según el tipo de materia.

La cercanía de la reforma en España e Italia, que se produce en 2011 con nuevas reformas en 2012, apenas ha suscitado aún alguna sentencia de tribunales intermedios⁽³²⁾. Queda por conocer aún, y no es cosa pequeña, la respuesta sindical. 

(31) MARÍN ALONSO I., El nuevo papel de convenio colectivo estatutario en el Ordenamiento jurídico”, apud VVAA (GORELLI HERNÁNDEZ J., dir.), *La reforma de la negociación colectiva en Andalucía*, Editorial Tecnos, en curso de publicación.

(32) Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional española de 10 de setiembre de 2012, No. 95/2012, sobre la validez de ciertas cláusulas del convenio estatal de industrias de derivados del cemento impeditivas de la prioridad de los convenios de empresa.