

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: BALANCE Y RETOS DE FUTURO TRAS 40 AÑOS DE CONSTITUCIÓN

XXXI Jornada de Estudio
sobre Negociación Colectiva

Comisión Consultiva Nacional
de Convenios Colectivos

INFORMES
Y ESTUDIOS
RELACIONES
LABORALES



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

**Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones**

RET. 19-2.379

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**La negociación colectiva:
Balance y retos de futuro
tras 40 años de Constitución**

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS

Serie Relaciones Laborales Núm. 117

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

La negociación colectiva:
Balance y retos de futuro
tras 40 años de Constitución

XXXI Jornada de Estudio
sobre Negociación Colectiva

Madrid, 26 de noviembre de 2018

Edición preparada por la
COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL
DE CONVENIOS COLECTIVOS

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mitramiss.es

Internet: www.mitramiss.gob.es

NIPO Papel: 854-19-095-3

NIPO Pdf: 854-19-096-9

NIPO Epub: 854-19-097-4

ISBN Papel: 978-84-8417-546-9

Depósito legal: M-30807-2019

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

Imprime: Artesa, S. L.



ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	
<i>Jesús Cruz Villalón</i>	9
INAUGURACIÓN DE LA JORNADA	
<i>Yolanda Valdeolivas García</i>	21
Primera Ponencia:	
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN. BALANCE Y RETOS DEL FUTURO	
<i>María Emilia Casas Baamonde</i>	29
Segunda Ponencia:	
EL ART. 37 CE COMO MARCO PLURAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
<i>Francisco Pérez de los Cobos Orihuel</i>	69
Tercera Ponencia:	
EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: BALANCE Y RETOS DE FUTURO	
<i>María Luisa Molero Marañón</i>	89
Mesa Redonda	
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: BALANCE Y RETOS DE FUTURO TRAS 40 AÑOS DE CONTITUCIÓN	
<i>Gonzalo Pino Bustos</i>	147
<i>Mari Cruz Vicente Peralta</i>	155
<i>Jordi García Viña</i>	159
<i>Teresa Díaz de Terán López</i>	171

PRESENTACIÓN

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Presidente de la Comisión Consultiva
Nacional de Convenios Colectivos

Mayo 2019

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

El presente libro recoge las aportaciones, tanto académicas como de los representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, a la Jornada anual de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos correspondiente al año 2018, celebrada el pasado 26 de noviembre, que constituye lugar de encuentro puntual para reflexionar acerca del estado de la negociación colectiva dentro de nuestro sistema de relaciones laborales. Este año el encuentro ha coincidido con el 40º aniversario de la Constitución Española de 1978, motivo que ha determinado que los organizadores hayan decidido con todo acierto que el balance girase en torno al reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, con su imprescindible engarce con la actividad sindical como contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical.

Ha sido ésta la ocasión propicia para ello, no sólo por el referente clave que ha constituido la Constitución en el diseño del marco normativo de la negociación colectiva establecido a través del Estatuto de los Trabajadores de 1980, sino también por el juego que a tenor de ello ha desempeñado la jurisprudencia constitucional en la interpretación del texto constitucional en su conjunto en relación con el ejercicio y desarrollo de la negociación colectiva. En efecto, la doctrina emanada del Tribunal Constitucional ha desplegado un armazón jurídico de indiscutible trascendencia, en particular por lo que supone de identificación del alcance del mandato constitucional dirigido a la Ley de garantía del derecho así constitucionalizado, del alcance del mismo como derecho de configuración legal, de la significación de la atribución de fuerza vinculante a los convenios colectivos, del protagonismo otorgado a las organizaciones sindicales y empresariales en el proceso negocial, así como del espacio y límites de lo negociable por las partes a través de los convenios colectivos que celebren. Ello ha permitido valorar los criterios interpretativos asentados en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, pero también la detección de hasta qué punto dicha doctrina ha sido constante con el paso de los años, o bien por el contrario ha experimentado algún tipo de cambio de perspectivas o de lecturas en cuanto a lo que supone el impacto del reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva.

➤ Pero es más, el momento de desarrollo de la Jornada, teniendo como referente al texto constitucional, ha sido la oportunidad idónea para realizar un diagnóstico

de toda la rica experiencia acumulada después de más de cuatro décadas de desarrollo potente de las experiencias negociales dentro de nuestro sistema de relaciones laborales.

En clave más próxima, el encuentro se produce en un momento de cierre de un azaroso ciclo de crisis económica, que entre otros efectos ha producido cambios legislativos en algunos de los pilares tradicionales del régimen jurídico de la negociación colectiva, así como ha reorientado durante el período de la crisis las políticas públicas que mayor incidencia han tenido sobre los procesos negociales, políticas durante este período sobre todo dirigidas a la consolidación fiscal que han influido en el devenir de la negociación colectiva en su conjunto. Todo ello, sin lugar a dudas, ha provocado un complejo proceso de tensionamiento de los procesos negociales, fenómeno en el que igualmente ha estado presente el debate en torno a la función atribuida constitucionalmente al legislador y en general a los poderes públicos como instancias de garantía y promoción de la negociación colectiva, haciéndola compatible con las políticas de equilibrio financiero y de actuación eficiente de nuestras empresas en el marco de una economía globalizada.

A pesar de ese tensionamiento durante el difícil período de la crisis económica, la negociación colectiva ha salido airosa de los desafíos a los que se ha enfrentado y con expectativas de recuperar el protagonismo central tanto en constituirse en el referente por excelencia de la fijación de los estándares laborales comunes a los empleados de una misma empresa o sector, como igualmente de convertirse en un instrumento clave para la gobernanza de las relaciones laborales en las empresas en un mercado de trabajo cada vez más fragmentado. La prueba más evidente de la superación de los retos a los que se ha enfrentado a lo largo de este difícil período vivido es que la negociación colectiva ha logrado mantener las elevadas tasas de cobertura que tradicionalmente ha alcanzado desde el inicio del vigente modelo democrático de relaciones laborales. Justamente, esa elevada tasa de cobertura es la que le ha permitido constituirse en el referente por excelencia en la gestión del conjunto de las empresas y de la población ocupada.

En todo caso, el debate constitucional en torno a la negociación colectiva se convierte en estos momentos en un factor tan decisivo como lo haya podido ser en el pasado, en la medida en que en estos momentos se requiere recomponer los equilibrios en los intereses entre las partes, a partir de una lectura de los grandes consensos políticos y sociales que representa nuestro ordenamiento constitucional. Recomponer los necesarios equilibrios, tanto en el ámbito macro como micro del mercado de trabajo, abordando el perfeccionamiento del modelo legal, no sólo para dar respuesta coyuntural a las situaciones de crisis económica, sino a los efectos de la actualización de los procesos y contenidos de la negociación colectiva a una nueva realidad económica y social, que ya no es la que vio nacer el texto del Estatuto de los Trabajadores de 1980. Sin perjuicio de que pueda pervivir un elevado consenso respecto de los pilares esenciales sobre los que se debe asentar el marco normativo de la negociación colectiva, construido a partir de las premisas marcadas por el texto constitucional, siempre se trata de una regulación que requiere su puesta al día, para convertirse en el referente de ordenación de las relaciones laborales del siglo XXI.

A estos efectos, puede resultar decisivo el anunciado compromiso a través del cual se mandata al Gobierno a los efectos de constituir un grupo de expertos y expertas para llevar a cabo los trabajos y estudios preparatorios para la elaboración de un nuevo Estatuto de los Trabajadores, conforme a lo dispuesto por la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo; grupo que se establecerá mediante Acuerdo del Consejo de Ministros y previa audiencia de los interlocutores sociales en la Mesa de Diálogo Social de Empleo y Relaciones Laborales constituida en el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Indiscutiblemente, dicho nuevo texto legal deberá contener un contenido amplio y variado, tanto en la vertiente individual como en la colectiva de las relaciones laborales, pero desde luego uno de sus bloques institucionales imprescindibles será cuanto refiera al marco normativo de la negociación colectiva. Será la ocasión para un *aggiornamento* de nuestro sistema de negociación colectiva a los cambiantes escenarios empresariales y laborales, tanto desde la perspectiva de la globalización y los cambios tecnológicos, como de las nuevas formas de vida y de valores de la sociedad actual.

Y esa tarea debe lógicamente arrancar de las pautas derivadas de nuestro texto constitucional basado en un modelo democrático de relaciones laborales, donde la negociación colectiva debe seguir desplegando un protagonismo esencial. Estas pautas constitucionales, tal como vienen siendo interpretadas por nuestro Tribunal Constitucional son referentes de primer orden a los efectos de acometer esa inmediata tarea de *aggiornamento* del marco normativo de la negociación colectiva.

A tal efecto, van a resultar de enorme utilidad las aportaciones que se encuentran en el presente libro en esa lectura del texto constitucional y de su significado, que se encuentran en el presente libro, tanto por parte de académicos de reconocido prestigio como del posicionamiento al efecto por parte de los representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

Destacan ante todo referentes de primer orden en el ámbito doctrinal como son dos catedráticos de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid que han asumido la máxima responsabilidad jurisdiccional como presidentes del Tribunal Constitucional, la profesora María Emilia Casas Baamonde y el profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; así como la igualmente catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad Rey Juan Carlos, especialista en materia de género y relaciones laborales.

El excelente estudio de la profesora Casas parte de la premisa de que la jurisprudencia constitucional a lo largo de más de tres décadas ha seguido pautas de cierta nitidez en relación con la interpretación del derecho fundamental a la negociación colectiva en conexión con la libertad sindical, si bien a juicio de la autora en la última década se percibe un notable cambio, que se ha superpuesto a la doctrina inicial, cambio que ha afectado sobre todo al espacio y a la función que le corresponde al legislador en esta materia. Así, entiende que dicho cambio ha otorgado una superior libertad de opción política al legislador en la configuración del derecho constitucional de negociación colectiva y de sus garantías constitucionales. Ello le

lleva a concluir, no sin un cierto tono crítico, que con ello se ha abandonado formal y materialmente su función de garantía del derecho, situándose más en el terreno de su limitación del derecho y de sus garantías, por tanto con el efecto final de limitación de la norma estatal garantizadora de la negociación colectiva. Por ello, se muestra especialmente crítica por el hecho de que se ha pasado a concebir la negociación colectiva como un obstáculo a la realización de los objetivos del legislador reformador frente a la crisis económica vivida, dirigidos tales objetivos a facilitar la libertad de empresa y la mejora de su productividad y competitividad, mediante mecanismos de adaptación flexible de las condiciones de trabajo a las necesidades empresariales, para crear empleo en una situación de grave crisis económica y de destrucción de empleo.

La precedente valoración la construye la profesora Casas a partir de una lectura de la negociación colectiva como derecho fundamental autónomo, concebido al propio tiempo como derecho fundamental de libertad y como garantía institucional, sobre el punto de partida de que se trata de un derecho «esencialmente de configuración legal. Resulta clave para el diseño del derecho de negociación colectiva desde la perspectiva constitucional delimitar con precisión lo que supone entender tal derecho como de configuración legal, contrapuesto a un derecho estrictamente legal, que sería de plena configuración legal y, por tanto, sin apenas condicionantes del poder legislativo ordinario desde la perspectiva constitucional. De ahí que para la profesora Casas resulte clave el proceso evolutivo sufrido con el paso del tiempo en la materia, mutando desde la función de garantía del derecho y de su entramado constitucional que a su juicio le asigna el texto constitucional al reconocimiento como derecho fundamental, hacia un enfoque diverso de limitación del derecho y del papel de garantía que le debe corresponder a la ley. A partir de tales premisas, se hace hincapié en los equívocos de entender la relación entre ley y convenio colectivo como una simple relación de primacía de la ley basada en el principio de jerarquía normativa.

Pieza clave en la que se detiene es en la relativa al significado constitucional de la atribución de fuerza vinculante a los convenios colectivos, especialmente desde la perspectiva de lo que ello supone respecto del juego entre convenio colectivo, de un lado, y el pacto individual y el poder unilateral empresarial, de otro lado; pero también su conexión con la eficacia limitada del convenio colectivo extraestatutario, con una lectura que llama la atención puede desembocar en una pérdida de fuerza vinculante de dicha manifestación extraestatutaria de la negociación colectiva a resultas del designio de una legislación ordinaria limitadora al efecto. A tenor de ello, valora que en el último período se ha invertido el orden de los factores, de modo que el significado de la fuerza vinculante de los convenios colectivos como predominio de la voluntad colectiva, y de la libertad sindical, a partir de dicha inversión la autonomía individual y el espacio propio de los poderes empresariales corren aquel predominio y el espacio de la voluntad colectiva y de la acción sindical.

El estudio de la profesora Casas no deja de analizar el problema de la titularidad de la negociación colectiva, especialmente desde la perspectiva del margen de opciones de política normativa dentro del que se puede llegar a mover el

legislador ordinario. A tal efecto, llama la atención sobre el hecho de que Tribunal Constitucional ha reconocido que «sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan hacen posible la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos, y que se traduce en su fuerza vinculante», lo que a su juicio viene a ser contradicho cuando se ha pasado a conferir la titularidad constitucional del derecho a la negociación colectiva a otras representaciones colectivas de los trabajadores no sindicales.

Concluye el estudio con una referencia a los retos de futuro que se plantea en el marco regulador de la negociación colectiva, a partir de esa tensión que destaca entre la inicial jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la negociación colectiva en clave garantista y la sucesiva superpuesta de amplia permisión de su limitación por parte del legislador democrático. Entiende a tal efecto la profesora Casas que no es posible un futuro de trabajo digno y decente, como quiere la OIT, sin la gobernanza colectiva y sindical de ese trabajo y sin instrumentos eficaces de diálogo social y de negociación colectiva, que ha de ser garantizada ante los desafíos de las nuevas formas de trabajar y de los nuevos modelos de negocio y de organización empresarial, y no devaluada. Tal como destaca, no puede olvidarse que devaluar el derecho fundamental de negociación colectiva, y con él el de libertad sindical, es devaluar la capacidad normativa de la Constitución, que deja de sujetar, o lo hace en menor medida, al legislador democrático. Por ello, concluye indicando que la solución a la postre depende del designio político del legislador de garantizar el derecho y la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Protagonista y responsable de la regulación del derecho a la negociación colectiva, el legislador democrático está facultado para aprobar las norma adoptadas en una coyuntura de intensa crisis económica y de empleo cuyo enjuiciamiento constitucional ha dado lugar a una doctrina constitucional distinta, pese a tomar pie y no dejar de citar la doctrina constitucional precedente. Pero, igualmente el legislador democrático se encuentra facultado para modificar esas normas y adoptar otras.

No menos brillante resulta el ensayo del profesor Pérez de los Cobos Orihuel que, desde otra concepción, analiza el precepto central del texto constitucional en la materia colectiva como un marco abierto y plural para el ejercicio del derecho de negociación colectiva, anunciando ya con el título del trabajo su posición de partida. Parte el trabajo de una puesta en valor de lo que supone la Constitución de 1978, como elemento clave nuestra convivencia en paz y en libertad.

Para el profesor Pérez de los Cobos la clave de bóveda de nuestro ordenamiento constitucional no es otro que el de un consenso constitucional sólido, basado en el pluralismo como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico, que es el que nos ha permitido gozar del texto constitucional de más larga efectiva vigencia, que goza de buena salud y que permite afirmar que constituye la mejor Constitución de nuestra historia. La clave deriva del consenso con el que se construyó el texto, tanto desde el punto de vista del proceso como se gestó así como por su contenido o morfología. Por ello, resulta decisivo que se trata de un texto que permite el juego de la alternancia política entre los diversos partidos, lo que les permite a unos y a otros en cada ocasión desarrollar sus diferentes programas. Resume esa idea central

con la apelación a la propia y reiterada afirmación por parte de nuestro Tribunal Constitucional de que el texto constitucional se configura como «un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». Ello, a su juicio, se materializa a través de diversas técnicas jurídicas, entre las que resalta sobre todo, en los enunciados de textura abierta de sus preceptos, los cuidadosos equilibrios establecidos entre diversos derechos que pueden entrar en conflicto, en la diversificación de la eficacia de los distintos derechos, así como en las amplias remisiones al legislador ordinario a lo largo de todo el texto.

Todo lo anterior encuentra manifestación emblemática en los preceptos sociolaborales de la Constitución, que se diseñan a su juicio como marco de políticas laborales plurales. Ejemplo por excelencia de ello lo constituye el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva, en la medida en que encomienda a la ley la función de garantizar tal derecho, que se califica específicamente de «laboral», con una formulación laxa de sus titulares con referencia a «los representantes de los trabajadores y empresarios», elemento que se reitera con la apelación a «la fuerza vinculante de los convenios», inciso que entiende el profesor Pérez de los Cobos no concluyente a tenor del largo e intenso debate que ha suscitado y suscita. Al propio tiempo, se destaca como tales derechos sociolaborales, y especialmente, el derecho a la negociación colectiva, tiene como contrapunto el reconocimiento en paralelo de la llamada Constitución económica, entre los que destaca el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa y recientemente el relativo al principio de estabilidad presupuestaria. En esa clave, también se destaca la ubicación sistemática muy meditada de cada derecho constitucionalizado, situando conscientemente a la negociación colectiva dentro de la sección correspondiente a los «derechos de los ciudadanos». Todo lo anterior, desemboca en la remisión al legislador ordinario, a quien encomienda para que con amplitud de criterio procesa a garantizar el derecho a la negociación colectiva.

Frente a ello, resalta el ensayo cómo un sector mayoritario de la doctrina laboralista desde un primer momento rechazó tal lectura plural e inclusiva de la Constitución, para acentuar la afirmación de los derechos colectivos, lo que desembocaba para la misma en un diseño desde la Constitución de un modelo de negociación colectiva cerrado. Entiende que ello se explicaba por el contexto histórico en el que se construyó dicha doctrina mayoritaria, si bien a su juicio la misma no llegó a imponerse, lo que se valora positivamente por el carácter excluyente que la misma suponía. A la misma, se contraponen para el profesor Pérez de los Cobos la lectura integradora e inclusiva llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, que permite un amplio juego de opciones al legislador democrático y, por tanto, el texto constitucional no diseña un modelo cerrado de negociación colectiva. Precisamente por ello destaca que en las más de las ocasiones el Tribunal ha avalado de la constitucionalidad de las distintas reformas laborales que se han producido a lo largo de estos cuarenta años, a pesar de la diversa orientación de las mismas.

Todo ello, defiende el profesor Pérez de los Cobos, se refleja en la interpretación del Tribunal Constitucional sobre los elementos claves del derecho a la

negociación colectiva: el papel de la ley en la regulación del derecho, la titularidad del mismo, la naturaleza de los convenios colectivos y su fuerza vinculante. Así el Tribunal Constitucional ha reconocido a la ley un trascendental papel en la conformación del sistema de negociación colectiva; al tiempo que la inserción del convenio colectivo en el sistema formal de fuentes del Derecho comporta el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa. En cuanto a la titularidad del derecho, la apertura en la interpretación constitucional se manifiesta por dos vías: una, reconociendo al legislador ordinario un significativo espacio de juego en la determinación de tales representantes, sin perjuicio del reconocimiento en todo caso a la representación sindical; dos, excluyendo la negociación colectiva de los funcionarios públicos del ámbito de aplicación del derecho constitucional. Respecto de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, señala las, a su juicio, contradicciones de la jurisprudencia constitucional, por cuanto que de un lado manifiesta que conforme al texto constitucional el convenio goza de los atributos de una eficacia normativa, pero de otro lado, a los convenios extraestatutarios que también dimanen del reconocimiento constitucional del derecho, reduce su eficacia a la meramente contractual. Al final, destaca cómo la jurisprudencia constitucional en diversas ocasiones ha aceptado la tangibilidad o afectación del convenio colectivo, particularmente a tenor de imperativos presupuestarios públicos e incluso a condicionantes económicos de la situación de la empresa.

La primera mesa redonda se cerró con la igualmente más que destacada intervención de la profesora Molero Manglano, quien orienta su aportación al derecho a la negociación colectiva desde la perspectiva de género, materia de indudable complejidad ya que, como ella misma destaca, es una cuestión que incide sobre la integridad de las condiciones de trabajo y, por tanto, presenta una dimensión transversal. El texto que aquí se publica presenta además el importante interés de que se encuentra plenamente actualizado, en la medida en que, efectuando un análisis de la última década, arrancando por la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de 2007, llega a incorporar una valoración de los cambios introducidos en esta materia por parte del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Contextualiza el estudio además, partiendo de la constatación de que las mujeres se han visto más afectadas por la crisis económica, tanto por lo que se refiere a tasas de desempleo como a tasas de actividad, así como afectación de la contratación a tiempo parcial involuntaria y de tasa de temporalidad contractual, sin olvidar la importante brecha salarial entre mujeres y hombres. Consecuentemente, para la profesora Molero el texto constitucional está imponiendo a los poderes públicos la obligación de remover los obstáculos que dificultan la igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones laborales a través de medidas de acción positiva.

Arranca el trabajo por la imprescindible perspectiva constitucional de la materia, aspecto de indudable complejidad en su análisis. Destaca los preceptos claves al respecto en la materia, donde la igualdad se eleva a valor superior del ordenamiento

jurídico y se prohíbe taxativamente cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, especialmente las derivadas del embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares. Todo ello desde la perspectiva de la igualdad real y del deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

A partir de ahí, desmenuza el deber convencional de negociar medidas de igualdad, cuya incorporación a nuestro ordenamiento jurídico valora como un verdadero hito en el papel que tenía que jugar la negociación colectiva en el objetivo de la igualdad de género, que se inscribe en el mandato constitucional de adopción de medidas de acción positiva orientadas a la igualdad material. Tal debe lo interpreta como una específica obligación de negociar medidas con tal finalidad, que afecta a todos los convenios colectivos de eficacia general. Dicha obligación puede consistir en la negociación de medidas en los convenios, o bien en los específicos planes de igualdad, que desde la jurisprudencia reciente no cabe la menor duda que pueden ser manifestación del derecho de negociación colectiva. Más allá de la regulación vigente, la autora se pronuncia a favor de una reforma legal que impusiera de una manera más efectiva la negociación de medidas de igualdad en los convenios colectivos, tomando como referencia a estos efectos el modelo francés. Tal posicionamiento lo adopta especialmente a partir del análisis del contenido de diferentes planes de igualdad, que a su juicio decepciona en demasiados casos.

Especial importancia le dedica a la brecha salarial de género, a partir de los datos estadísticos que la confirman, así como de la comprobada dificultad para detectar las discriminaciones retributivas. A estos efectos destaca la importancia de la aprobación del ya mencionado RDL 6/2019, de 1 de marzo, especialmente por lo que se refiere a la incorporación al ET de la noción de trabajo de igual valor, incluyendo criterios objetivos que colaboren a discernir la presencia de una discriminación retributiva, mejorando asimismo la definición de los grupos profesionales, con el objetivo de garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta; considerando igualmente muy relevante la incorporación de la obligación del registro de los salarios a que se somete al empresario, con independencia de los trabajadores de su plantilla, debiendo llevar a cabo un registro con los valores medios de los salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías salariales o puestos de trabajos iguales o de igual valor; sin olvidar tampoco la obligación de realizar una auditoría en las empresas de más de 50 trabajadores, así como del incremento de las obligaciones informativas que pesan sobre el empresario. Por contraste a lo anterior, llama la atención la profesora Molero la omisión de unas previsiones más específicas dirigidas a la negociación colectiva, a la vista de su importante función en la fijación de los sistemas de clasificación profesional, la estructura salarial. Se pronuncia a favor del establecimiento de plazos para que las comisiones negociadoras o las comisiones de igualdad realicen los cometidos que le corresponden, así como la imposición de mayores obligaciones de transparencia retributiva en los convenios colectivos. Asimismo se decanta por combatir la segregación ocupacional en sectores feminizados, que constituye una de las causas determinantes de la brecha salarial.

Asimismo, la profesora Molero presta especial atención a la conciliación y corresponsabilidad como derechos, con especial atención a su impacto sobre el régimen del tiempo de trabajo, sobre la premisa de valorar que se ha producido un fracaso de las políticas de igualdad desde esta perspectiva. El problema a su juicio reside en que los actuales instrumentos legales perpetúan los roles o estereotipos de género, si se tiene en cuenta que los derechos de conciliación son utilizados masivamente por las mujeres, provocando que su ejercicio ahonde en la desigualdad de género. Señala que el incremento de las facultades de flexibilidad empresarial facilitada por las reformas laborales de la crisis ha dificultado la conciliación. En el otro platillo valora como positivo el reconocimiento de la desconexión digital en el ámbito laboral, con una importante llamada a la intervención de la negociación colectiva en la implementación de este derecho. Resalta la autora la trascendencia de la negociación colectiva en materia de ordenación del tiempo de trabajo en aras de la consecución de una mayor igualdad real de género.

Entre sus conclusiones finales destaca que todavía la negociación colectiva no ha tenido dentro de sus preocupaciones nucleares alcanzar el objetivo de la igualdad de género en las organizaciones productivas, por lo que son muchas las tareas y retos a los que se enfrentan los convenios colectivos en esta materia.

La Jornada concluyó con una mesa redonda sobre el IV Acuerdo para el Empleo y la negociación Colectiva para los años 2018, 2019 y 2020 (AENC). Dicha mesa fue moderada por el Director General de Trabajo, D Ángel Allué Buiza, y participaron en la misma los siguientes interlocutores sociales: D. Gonzalo Pino Bustos. Secretario de Política Sindical de la Comisión Ejecutiva Confederada de la Unión General de Trabajadores (UGT), Dña. M^a Cruz Vicente Peralta. Secretaria Confederada de Acción Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), D. Jordi García Viña. Director del Departamento de Relaciones Laborales de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), así como Dña. Teresa Díaz de Terán López. Directora del Departamento Sociolaboral de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME).

Todas las partes intervinientes en el debate recordaron lo complicado que resultó la negociación del AENC. No obstante, resaltaron que, a pesar de ello, estos acuerdos son relevantes para la mejora del empleo y para reducir la conflictividad laboral. En palabras de D. Gonzalo Pino Bustos, la autonomía colectiva sigue siendo la mejor forma de afrontar los problemas y la negociación colectiva sigue siendo el espacio natural para la resolución de los conflictos laborales. En la misma línea, D. Jordi García Viña considera que a pesar de las situaciones complicadas vividas durante la negociación «espera que pueda servir para poder llegar en un futuro a tener un V acuerdo».

Analizando ya el contenido del IV AENC, tal y como recuerda D^a Teresa Díaz de Terán López, siendo sus objetivos principales la creación de empleo, la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y de la competitividad de las empresas, así como la lucha contra la economía sumergida; un pilar fundamental del acuerdo es la mejora de los salarios de los trabajadores.

Resaltan UGT y CCOO que la recuperación económica no se ha visto reflejada en un incremento salarial, lo que ha supuesto una clara pérdida de poder adquisitivo por parte de los empleados. Dña. M^a Cruz Vicente Peralta también destacó el aumento de la desigualdad salarial, afirmando que la brecha salarial de género repuntó durante la crisis hasta 2014, para después reducirse durante 2015 y 2016, descenso que se ha interrumpido en 2017 al repuntar ligeramente la brecha, debido a que el salario de los hombres ha crecido más que el de las mujeres.

Con la finalidad de mejorar los problemas planteados, todos los interlocutores sociales resaltan la importancia del compromiso adquirido para que, en el año 2020, se establezca un salario mínimo de convenio de 14.000 euros anuales.

Otra parte fundamental del acuerdo es la recomendación de impulsar la renovación y actualización de los convenios colectivos articulando reglas sobre vigencia, ultraactividad y procedimiento negociador.

Los representantes sindicales hicieron hincapié en la importancia de plasmar en los convenios colectivos fórmulas por las que se acuerde el mantenimiento de la vigencia del convenio denunciado durante la negociación de uno posterior. Asimismo, tanto patronal como sindicatos recordaron la conveniencia de establecer procedimientos de mediación o arbitraje en caso de desacuerdo o bloqueo de la negociación.

También subrayan CEOE y CEPYME la importancia de la digitalización en el ámbito laboral y la conveniencia de modernizar el contenido de los convenios colectivos con la finalidad de hacer frente a esta nueva realidad.

CCOO quiso recordar la relevancia de otro de los contenidos del acuerdo; la flexibilidad interna negociada. Estas medidas de flexibilidad pretenden evitar los despidos en momentos de crisis o reorganización empresarial consiguiendo, de este modo, mantener el empleo y potenciar su calidad. Para la consecución de este objetivo, el IV AENC ha incluido un apartado que emplaza a negociar con el Gobierno y las fuerzas políticas medidas destinadas al mantenimiento del empleo, favoreciendo alternativas al despido en la empresa, mediante la adaptación de jornada.

Finalmente, CEPYME advirtió del posible efecto negativo que el incremento de las cotizaciones puede tener sobre el empleo y la competitividad de las empresas españolas.

No me resta sino agradecer una vez más al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social su permanente apoyo al eficaz desarrollo de las funciones que le corresponden a la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos y, especialmente, su reiterada disponibilidad para la organización y desarrollo de las Jornadas anuales de la Comisión que han permitido que den sus frutos finales con la publicación del presente libro.

INAUGURACIÓN DE LA JORNADA

YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA
Secretaria de Estado de Empleo

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Es una satisfacción personal e institucional poder participar en esta XXXI Jornada de estudio sobre la Negociación Colectiva que, como cada año puntualmente, organiza la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Treinta y una ediciones hacen una suma que permite tener por suficiente y excelentemente consolidada esta importante iniciativa que anualmente hemos visto esperando todos los agentes y operadores jurídicos del ámbito de las relaciones laborales, hasta hacer de la misma una seña de identidad inexcusable no solamente de la Comisión Consultiva sino de todo el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social al que aquella se adscribe. Me complace mucho, por tanto, dar la bienvenida a este nutrido grupo de asistentes, agradecer su presencia y animar a todos a participar activamente en sus debates y conclusiones que, a buen seguro, serán elementos de referencia que coadyuvarán a la mejora y adaptación constante de la negociación colectiva a los retos que presenta nuestro sistema de relaciones de trabajo en un mundo global y cambiante que no deja de interpelarnos a nivel individual y colectivo.

Antes de nada, en nombre de la Ministra de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Magdalena Valerio, quiero agradecer sincera y calurosamente a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos la amable invitación que nos han cursado para inaugurar esta nueva edición de las Jornadas de Estudio. La justificada ausencia de la Ministra, ocupada en otros compromisos ineludibles, me permite participar, ahora como Secretaria de Estado de Empleo, en una sesión de la que he sido fiel seguidora y asistente asidua en mi condición Profesora universitaria, aunque hoy sustituyo esa asistencia por una presencia institucional que tampoco alcanza a ocultar mi interés personal y profesional.

Pero es que, además, la oportunidad es igualmente especial porque coincide con una ocasión singular: despedimos a un Presidente que ha estado al frente de la Comisión estos últimos años y damos la cordial bienvenida a otro que asume esta responsabilidad. Así que, permitidme, en primer lugar, felicitar efusivamente a Jesús Cruz Villalón por su reciente nombramiento como Presidente de la Comisión Consultiva, agradecer su compromiso con

este órgano y desearle una exitosa y fructífera gestión en la etapa que prácticamente hoy inaugura. Y es que, aunque su nombramiento se publicó hace unos días en el Boletín Oficial del Estado, podemos tener el día de hoy como su estreno oficial en el cargo y, desde luego, no cabía para ello mejor ocasión que esta Jornada consultiva de este órgano tripartito. Me produce mucha satisfacción su incorporación y su aceptación del cargo que le propusimos, porque, además de prestigioso jurista, eminente catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, maestro de tantos *iuslaboralistas*, es persona comprometida con el mundo de las relaciones laborales, en el que ha colaborado desde múltiples frentes. Estoy convencida de que será un impagable colaborador de este Ministerio en el ámbito de sus competencias. En todo caso, quiero expresar públicamente que contará para ello con todo el apoyo de la Secretaría de Estado de Empleo.

Por otro lado, también quisiera dejar también constancia de nuestro más sincero agradecimiento institucional, que sé es compartido por todos cuantos han conocido su trayectoria, larga e intensa, antes y después de su paso por la Comisión Consultiva, a Javier Gómez-Hortiguëla, expresidente de la CCNCC. Su labor desarrollada al frente de este Organismo en estos últimos tres años han demostrado, de nuevo, como había hecho antes en su paso por otros puestos públicos, su talante conciliador, su profesionalidad y capacidad, así como su dedicación y buen hacer en favor del acuerdo entre los interlocutores sociales que están representados en esta Comisión Consultiva. En nombre de todos ellos, y en el mío propio, expreso los mejores deseos para el futuro y las nuevas etapas por abrir, y te invito a que sigas considerando tu casa esta Comisión y este Ministerio donde siempre serás bienvenido y donde esperamos seguir contando con tu buen criterio sobre asuntos que nos conciernen a todos los que hoy asistimos a este acto.

Por hacer referencia a la Comisión Consultiva que hoy nos convoca debemos resaltar que, desde su nacimiento en 1980, su historia ha corrido en paralelo a la del propio Estatuto de los Trabajadores que le dio origen y, a partir de ahí, a todas las reformas laborales, quizá para muchos, demasiadas, producidas desde aquella fecha. Lo anterior equivale a decir que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ha tenido una larga y fructífera andadura, casi prácticamente coincidente en términos cronológicos con la Constitución de 1978, que, por cierto, conmemoraba en 2018 su cuadragésimo aniversario y en cuyo modelo de relaciones laborales la negociación colectiva se erige como la pieza clave para la consecución de las mejores condiciones de trabajo y de progreso económico y social.

Aunque inicialmente la Comisión estaba centrada en el ejercicio de funciones de carácter puramente consultivo, de carácter más técnico, lo cierto es que el paso del tiempo ha ido dotando a la CCNCC de tareas no menos importantes, entre las que destaco, sin duda, la de constituirse en observatorio de la negociación colectiva, ocupándose de este modo de labores de estudio,

difusión y mejora del marco negociador de nuestro país. Con su trabajo en esta línea, la negociación colectiva ha progresado en estructura y contenidos y ha madurado como instrumento de gobierno de las relaciones de trabajo.

Del mismo modo, la Comisión Consultiva se ha visto llamada también, en una regulación normativa no exenta de crítica que aprovecho para decir que hago también mía, a ejercer funciones de carácter decisorio en procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos. Se traduce en su posición de instancia arbitral para la solución de procesos negociadores donde las partes no han conseguido alcanzar un acuerdo. Por fortuna, dado que se trata de un procedimiento ni nos satisface especialmente en el Ministerio ni consideramos adecuado al rol de la CCNCC, la cifra de procedimientos de inaplicación planteados ante la Comisión es escaso y va en descenso, hasta el punto de ser hoy una función prácticamente excepcional.

Por su parte, en el renovado marco de relaciones laborales que el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social desea emprender en el contexto de un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI, dentro de la indispensable estrategia del diálogo social que nos inspira, la negociación colectiva y el papel de esta Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, han de ser pilares básicos para asegurar un mercado de trabajo más justo y más equitativo y un instrumento para hacer factible la reducción de la intolerable desigualdad social heredada de la crisis económica y los fuertes recortes sufridos en materia laboral.

Por lo que se refiere a las actividades como observatorio de la negociación colectiva, es sobradamente conocida y me atrevo a decir que también reconocida, la realización de estudios encargados a equipos de investigación procedentes del mundo académico, del mundo universitario, bajo la dirección de profesionales de reconocido prestigio. Como es también reconocida con mayor proyección exterior la celebración de estas Jornadas anuales de estudio que son, como decía, referente para los operadores jurídicos y para los actores del mundo sindical y empresarial vinculados a la negociación colectiva. Por no aludir a la organización más recientemente de jornadas temáticas y de otros foros de debate sobre temas relevantes y de actualidad relacionados con la negociación colectiva que son también una buena guía práctica para la ejecución de la autonomía colectiva de empresarios y trabajadores.

En este punto, debo mencionar y reconocer la eficaz labor realizada por los servicios técnicos de la Comisión y agradecer su dedicación para elaborar estudios, informes, así como para la publicación del boletín del observatorio de la negociación colectiva, indispensable instrumento para quienes pretenden acercarse a este bloque regulador de nuestro ordenamiento.

En definitiva, la actividad de la Comisión Consultiva en todos estos años de andadura y desarrollo constitucional ha experimentado importantes cam-

bios adaptándose a las nuevas realidades negociales, viendo impulsadas unas funciones u otras según las modificaciones que ha ido experimentando el marco legal, fruto de la coyuntura socioeconómica y política de cada momento. Confiamos en seguir contando con sus aportaciones, debates y reflexiones para avanzar a partir de ahora hacia un modelo más plural y eficaz de ejercicio de la autonomía colectiva.

En ese recorrido y en ese catálogo de avances, la Comisión Consultiva ha acordado organizar en esta ocasión una Jornada bajo el oportuno rótulo de “La negociación colectiva: balance y retos del futuro tras 40 años de Constitución”. En esta jornada, como viene siendo habitual, participarán los representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, quienes presentarán su valoración sobre el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, suscrito el 5 de julio de 2018, por las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y por los sindicatos CC.OO. y UGT. Pero antes de ellos contaremos con tres ponencias a cargo de catedráticos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de reconocida competencia en estas materias y con importante eco doctrinal. Además, dos de los tres han vivido muy de cerca y en primera línea las vicisitudes de la aplicación e interpretación de nuestra Constitución de 1978 en su labor no solo como magistrados del Tribunal Constitucional, sino también en el desempeño de su Presidencia en distintos períodos. Me estoy refiriendo a María Emilia Casas Baamonde y Francisco Pérez de los Cobos, a quienes aprovecho para agradecer muy sinceramente también su aceptación a participar en esta Jornada. Pero hago también extensivo ese agradecimiento a María Luisa Molero, por su amable participación aceptada de forma casi atropellada y en el último minuto, a quien reconozco su esfuerzo por asistir a esta Jornada y, seguro, por ilustrarnos sobre un tema de especial valor dentro de la Constitución, el de la igualdad por razón de género, del que este Ministerio hace bandera en el ámbito de las relaciones de trabajo.

En definitiva, la elección del tema de las Jornadas y de los ponentes no puede ser más acertada y oportuna. El aniversario de nuestro texto constitucional conmemora el hecho de que, sobre haber servido de marco de referencia para uno de los periodos de convivencia más largos y fructíferos de nuestra historia, vino a consagrar un importante catálogo de derechos fundamentales, civiles y sociales, dando carta de naturaleza, entre otros muchos y en lo que aquí más nos interesa, a la negociación colectiva, expresamente reconocida en su artículo 37. Y ello con un doble llamamiento, un doble mandato a la ley; de una parte, la garantía del derecho de trabajadores y empresarios a la negociación colectiva y, de otra, el reconocimiento de la fuerza vinculante del instrumento producto de la negociación colectiva, el convenio.

Así, la legislación laboral debe cumplir ese mandato constitucional para ofrecer un marco legal que no solo favorezca o reconozca la negociación colectiva, sino que garantice su prosecución del mayor equilibrio en

la posición que ocupan las partes sociales, para que el fruto de la actividad negociadora, los convenios colectivos, responda de forma más adecuada a los intereses de progreso económico y cohesión social. Todo ello en un mundo, sí, fuertemente globalizado, cambiante, pero que no puede servir como excusa para el subempleo, la precariedad o la degradación injustificada de las condiciones de trabajo.

Vivimos en un momento de cambio hacia una nueva etapa de crecimiento económico que ha de suponer mejoras en las expectativas de empleo estable y en la consecución de mayores cotas de igualdad social. Estamos dejando atrás los peores años de la crisis, los peores efectos que esta trajo consigo y creo que ello debe ir necesariamente acompañado de cambios imprescindibles en el marco normativo laboral. Así que, conscientes de ello, el equipo directivo de este Ministerio abrió el pasado mes de julio un proceso de intenso debate y discusión con los interlocutores sociales, sindicales y empresariales en una mesa de diálogo social por el empleo, cuyos resultados esperamos se conviertan pronto en una realidad palpable.

No me extenderé más salvo para reiterar mi agradecimiento a la organización de esta Jornada y a sus participantes y expresar mi convicción de que todos compartiremos el enorme interés de las ponencias que ya nos esperan y del coloquio que seguro se abrirá posteriormente. Este Ministerio cree firmemente en nuestro modelo constitucional, en los valores y principios en que se sustenta y sobre esas premisas, con la imprescindible colaboración de los agentes sociales y la especializada y experta actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, espero que estemos en condiciones de asegurar para el futuro inmediato una negociación colectiva a la altura de los retos y desafíos, pero también a la altura de las oportunidades de un sistema de relaciones laborales que aspira a ser referencia internacional y modelo de convivencia comprometida y responsable socialmente.

Primera Ponencia

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN.
BALANCE Y RETOS DEL FUTURO**

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
Presidenta emérita del Tribunal Constitucional

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO: DE DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD Y GARANTÍA INSTITUCIONAL A DERECHO «ESENCIALMENTE» DE CONFIGURACIÓN LEGAL
 - 2.1. El contenido constitucional definido del artículo 37.1 de la Constitución en la primera jurisprudencia constitucional
 - 2.2. El derecho a la negociación colectiva laboral, derecho fundamental de libertad y garantía institucional
 - 2.3. El derecho a la negociación colectiva laboral como derecho de configuración legal y «esencialmente» de configuración legal
 - A) ¿Derecho fundamental de configuración legal o derecho legal, de plena configuración legal?
 - B) ¿Configuración legal de la esencialidad del derecho?
3. LA MUTACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY: DE LA GARANTÍA DEL DERECHO Y DE LAS INSTITUCIONES CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADAS A LA LIMITACIÓN DEL DERECHO Y DE LA LEY GARANTIZADORA
4. LEY Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LOS EQUÍVOCOS DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA LEY EN LA JERARQUÍA NORMATIVA
5. LA FUERZA VINCULANTE CONSTITUCIONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y LA ARTICULACIÓN DE RELACIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE LA LIBERTAD SINDICAL CON LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y EL PODER EMPRESARIAL; LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EFICACIA LIMITADA Y EXTRAESTATUTARIA (AL MARGEN DE LA LEY GARANTIZADORA) SIN FUERZA VINCULANTE (DENTRO DE LA LEY LIMITADORA)
6. EL PROBLEMA DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. ¿EL CIERRE DE LAS OPCIONES DEL LEGISLADOR Y DEL PLURALISMO POLÍTICO?
7. RETOS DE FUTURO

RESUMEN:

A lo largo de casi cuatro décadas de jurisprudencia constitucional la interpretación del derecho fundamental a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos ha seguido unas pautas perfiladas con cierta nitidez, que le han provisto de un régimen propio de protección y garantía, en numerosas ocasiones vinculado al derecho fundamental de libertad sindical de los sindicatos negociadores. En la última década, sin embargo, su interpretación constitucional ha experimentado un notable cambio, que se ha superpuesto a la doctrina anterior y ha afectado fundamentalmente al espacio y a la función del legislador democrático, que ha ganado para su libertad de opción política la configuración del derecho fundamental y de sus garantías constitucionales y ha abandonado formal y materialmente su función de garantía para adoptar la de limitación del derecho y de sus garantías, y de limitación de su ley garantizadora.

La desustancialización del derecho fundamental a la negociación colectiva laboral se ha basado en la libertad económica, en los requerimientos del mercado, y en los motivos expuestos por el legislador en una coyuntura de grave crisis económica y de empleo para tratar de evitar su destrucción; y, como razón jurídico-constitucional determinante, en la intensa libertad del legislador en el enunciado del artículo 37.1 de la Constitución. Las técnicas arbitradas han confluído en poner a punto distintas fórmulas de limitación del derecho y de la fuerza vinculante de los convenios: la parquedad o inexistencia de contenido esencial que se imponga al legislador, el carácter limitado de los derechos por otros derechos y por bienes constitucionales, la amplia libertad de configuración del legislador, la legitimidad de los objetivos legales reformadores en aras de la protección del derecho al trabajo y de la política de empleo, de la libertad de empresa y de la mejora de la productividad, la proporcionalidad de las medidas legales limitadoras de acuerdo a sus propios límites legales...

A la dimensión constitucional del problema solo cabe oponer, sin perjuicio de que la interpretación constitucional se modifique en uso de la supremacía interpretativa que le es propia, la misma solución que la propia jurisprudencia constitucional ofrece para la coyuntura de crisis económica y

de empleo que convirtió en canon del enjuiciamiento constitucional, aunque inevitablemente la coyuntura se haya hecho canon, y con ella su virtualidad de condicionar circunstancialmente la capacidad normativa de la Constitución: la intervención del legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y decisión política, para modificar las soluciones legales propias de aquella coyuntura y sustituirlas por otras que recuperen la especificidad de la protección constitucional del derecho a la negociación colectiva y la posición institucional de los sindicatos.

Palabras clave:

Derechos fundamentales, negociación colectiva, fuerza vinculante de los convenios colectivos, ley, garantías institucionales, limitación de derechos fundamentales, crisis económica, proporcionalidad.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La negociación colectiva es la institución central de los sistemas de relaciones laborales, una de las fuentes fundadoras del Derecho del trabajo a través de los convenios colectivos (regulación laboral autónoma), junto con el Estado a través de la ley (factor heteronómico), y una de sus instituciones básicas con el contrato de trabajo y el poder de dirección empresarial en la ordenación de las condiciones de trabajo, a los que corrige y limita. En el conjunto del Derecho del trabajo, desde la construcción primigenia de los esposos Webb¹, el derecho de negociación colectiva se dirige a restaurar en el plano colectivo la igualdad que le falta en el plano individual ante la desigualdad fundamental entre trabajador y empresario. Pilar de la «democracia social» y de los ordenamientos jurídicos pluralistas, es institución esencial de los Estados sociales y democráticos de Derecho, determinante de la fortaleza o debilidad de los sistemas de relaciones laborales.

El análisis que aquí se emprende lo es del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva por nuestra Constitución, en concreto por su artículo 37, apartado 1, como derecho fundamental autónomo, dentro de la Sección 2ª del Capítulo Segundo de su Título I, además de cómo derecho que forma parte del contenido esencial del fundamental de libertad sindical de los sindicatos, que consagra su artículo 28.1, integrado en la Sección 1ª de los mismos capítulo y título del texto constitucional.

Al ser el objeto del análisis el derecho a la negociación colectiva en la Constitución, ha de serlo igualmente su interpretación por el Tribunal

¹ *The History of Trade Unionism*, 1894, ed. rev. 1920, Longmans, Londres.

Constitucional y las líneas de evolución de su doctrina, que serán el hilo conductor de este trabajo. Comenzando por su caracterización como derecho constitucional cívico o de los ciudadanos al que el Tribunal Constitucional ha negado la condición de derecho fundamental — «en el sentido y con las consecuencias que da a este concepto la Constitución»— por su colocación topográfica en el texto constitucional, y no por el análisis de los contenidos del artículo 37.1 CE².

Si se superara, como creo se debe, la identificación formal de los derechos fundamentales con los constitucionalizados como tales únicamente por preceptos de la Sección 1^a (por ser su rúbrica «*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*») y con los protegidos por las garantías procesales extraordinarias del artículo 53.2 del texto constitucional, la concepción material o sustantiva de dichos derechos distingue a los que poseen un contenido esencial en la norma constitucional concreta que reconoce el derecho y en el límite genérico del art. 53.1 CE, que se impone al legislador. En el constitucionalismo moderno los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden, además, no agotar su contenido en su reconocimiento, y añadir exigencias dirigidas al legislador en su labor de configuración del ordenamiento jurídico en forma de las llamadas garantías institucionales y de otras técnicas.

Es necesario, pues, no quedarse en el plano formal de su colocación en el texto constitucional para proceder a la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva laboral como derecho fundamental autónomo. Sí es necesario precisar que la posición del derecho a la negociación colectiva es ajena a los derechos y libertades que conforme a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal son susceptibles de amparo³. Ahí radican los verdaderos efectos diferenciadores de los derechos constitucionalizados en los preceptos de ambas secciones del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, como inequívocamente se infiere de los apartados 1 y 2 de su artículo 53, y como ha venido poniendo de manifiesto desde hace tiempo la doctrina científica.

Este trabajo adopta una perspectiva evolutiva. No podía ser de otra manera, pues, como figura en su título, se trata de hacer un balance de la regulación constitucional del derecho a la negociación colectiva laboral a lo largo de los cuarenta años que la Constitución ha cumplido y hemos celebrado. De otra parte, esa metodología viene obligada por la propia Constitución, norma

² SSTC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; 208/1993, de 28 de junio, FJ 2; ATC 85/2011, de 7 de junio, FJ 7.

³ Esta precisión afortunada se encuentra en las SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, FJ 3; 45/1984, de 27 de marzo, FJ 1, o en la SSTC 80/2000, de 27 de marzo, FJ 5, o 118/2012, de 4 de junio, FJ 4. En el lenguaje menos afortunado de otras decisiones se confunde la identificación de la categoría derecho fundamental con la garantía procesal del recurso de amparo, o con la reserva de su desarrollo a ley orgánica (art. 81.1 CE).

viva de ordenación jurídica de un proceso siempre abierto dotada de una singular capacidad de adaptación en transformación de sus formulaciones abiertas, que se hace efectiva a través del ejercicio del poder político del legislador democrático y, complementariamente, de la doctrina interpretativa evolutiva del Tribunal Constitucional. El legislador dispone de una amplia libertad de configuración política dentro de la supremacía normativa incondicionada de la Constitución, que proclama como valor superior del ordenamiento jurídico el pluralismo político (art. 1.1 CE). El Tribunal Constitucional ha de velar por la efectividad de esa supremacía de la Constitución y su observancia por los poderes constituidos, de su capacidad normativa, interpretando sus determinaciones sin sustituirlas.

Es bien sabido que el legislador ha desarrollado el artículo 37.1 de la Constitución, sin agotar sus contenidos, a través del Título III Estatuto de los Trabajadores, que ha optado por regular un sistema de negociación colectiva de eficacia general, cuyos resultados convenidos poseen valor normativo, en el que, en consecuencia, la legitimación de los sujetos negociadores —sostenida sobre su representatividad— se alza como elemento central y significa, más que una representación en sentido propio, esto es, una representación de voluntades, un poder *ex lege* de actuar y de afectar las esferas jurídicas de otros; una representación de intereses o institucional⁴. Esa regulación legal ha sido bastante estable en sus trazos medulares desde el originario Estatuto de 1980 hasta la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral, que no solo afectó a instituciones básicas del sistema negocial para corregir el rigor de la eficacia general de los convenios colectivos sectoriales y ampliar frente a aquélla el territorio de la libertad de empresa, sino a la función misma de la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, a su capacidad de ordenación y legitimación democrática del entero sistema de relaciones laborales.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha desempeñado la tarea de interpretar los contenidos de dicho precepto constitucional complejo. El excelente análisis de la doctrina constitucional en la materia realizado por F-Valdés Dal-ré⁵ proporciona las claves necesarias para su entendimiento y ofrece un balance completo perfectamente sistematizado. No puede sino coincidirse con él en las dificultades interpretativas del derecho a la negociación colectiva y en el hecho de que el Tribunal Constitucional no ha desentrañado su contenido esencial, ni con la intensidad, ni con la determinación, con que ha fijado el alcance del contenido esencial de otros derechos

⁴ SSTC 12/1983, de 22 de febrero, FJ 2; 57/1989, de 16 de marzo, FJ 2.b).

⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, «El derecho constitucional a la negociación colectiva», en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución, T. I, BOE-Fundación Wolters Kluwer España, Madrid, 2018, págs. 1220 y ss.

fundamentales⁶, aunque su jurisprudencia arroje algunos resultados seguros de relevancia innegable.

En el ejercicio de su jurisdicción de amparo, el Tribunal Constitucional ha enlazado el derecho a la negociación colectiva con el derecho de libertad sindical del artículo 28.1, protegido constitucionalmente con la garantía del recurso de amparo constitucional. Y cuando ha abordado directamente «los núcleos fuertes» o neurálgicos del derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1, en procesos de control de constitucionalidad de la ley, lo ha hecho en unas decisiones distanciadas en el tiempo⁷, que han atendido a diferentes necesidades políticas del legislador democrático: el asentamiento y fortalecimiento de la negociación colectiva, y de los sindicatos y de las asociaciones empresariales, en un sistema constitucional de relaciones laborales en que su papel, como el de la ley laboral, es corregir la desigualdad básica entre trabajadores y empresarios; la ulterior debilitación de la negociación colectiva, de su capacidad reguladora y de la eficacia de los convenios, señaladamente de los sectoriales, y el favorecimiento de la negociación colectiva de empresa como espacio autorregulado, ante las exigencias de la política económica, de defensa de la productividad y de la competitividad empresariales, presuntamente ordenada a la evitación de la destrucción de empleo en un contexto de grave crisis económica.

Cierto es también que las decisiones que integran la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 37.1 de la Constitución están, por lo general, sometidas a un defectuoso entremezclamiento de juicios de constitucionalidad y de legalidad ordinaria⁸. Tanto la jurisprudencia de amparo como la de control de la ley, así como la recaída en conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, presentan el inconveniente, nada menor, de no separar debidamente las argumentaciones referidas a los convenios colectivos resultantes de la intervención del legislador, al convenio colectivo «en la más importante de sus manifestaciones», como acostumbra a decir la jurisprudencia constitucional⁹, caracterizado por su fuerza normativa y eficacia personal general directa, de las que tienen por objeto el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, constitucionalmente

⁶ *Op. cit.*, pág. 1222.

⁷ SSTC 58/1985, de 30 de abril; 96/1990, de 24 de mayo; 210/1990, de 20 de diciembre; 92/1992, de 11 de junio; 62/2001, de 1 de marzo; 119/2014, de 16 de julio; 8/2015, de 22 de enero; 104/2015, de 28 de mayo; 140/2015, de 22 de junio; AATC 85/2011, de 7 de junio (y la serie que le siguieron: 101 a 106, 109 y 110/2011, de 5 de julio; 115/2011, de 19 de julio; 8/2012, de 13 de enero; 39/2012, de 28 de febrero; 205/2012, de 30 de octubre; 193/2012, de 17 de octubre).

⁸ Defecto que VALDÉS DAL-RÉ ha atribuido también a decisiones de amparo en que el derecho a la negociación colectiva se vincula al fundamental de libertad sindical de los sindicatos: *op. cit.*, pág. 1236.

⁹ De «relevancia cuasi-pública»: SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; y 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6; 27/2004, de 4 de marzo, FJ 4; 280/2006, de 9 de octubre, FJ 5; 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2; 112/2017, de 16 de octubre, FJ 4.

garantizados, obligando al intérprete a acometer una tarea dificultosa. Lo cual, por otra parte, no es sino la prueba del fracaso de la negociación colectiva «común» de eficacia limitada en nuestra realidad laboral, en modo alguno «común»¹⁰ sino excepcional u ocasional, aunque las propuestas doctrinales en su favor nunca hayan dejado de existir. Con convencimiento relativo ciertamente, pues, aparte de que la opción legal por el convenio colectivo de eficacia normativa y general no es excluyente¹¹, siempre he considerado que esos «pluses» de eficacia de los convenios colectivos estatutarios y acuerdos equiparados, en el sistema de negociación colectiva del título III del ET, son disponibles por la propia autonomía colectiva dentro de ese mismo sistema legal, como ponen de manifiesto los acuerdos interprofesionales celebrados sobre negociación colectiva y sobre materias concretas¹². Por lo demás, la negociación colectiva de eficacia limitada no ha desenvuelto una actividad relevante en el pasado, la jurisprudencia constitucional última no la ha brindado un espacio de mayor confort al convalidar la decisión del legislador de permitir su modificación unilateral por el empresario, lo que difícilmente se compadece con su fuerza vinculante constitucional, deteriora el valor de esos pactos en la gestión de las relaciones laborales, debilita la confianza en los procesos negociadores, y pone en riesgo, a la postre, la posición institucional de los sindicatos.

Por último, algunos pronunciamientos, especialmente relevantes por residir el parámetro de constitucionalidad de la ley en los elementos vertebradores del derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 de la Constitución, están sujetos a un alto grado de coyunturalidad —al contexto de grave crisis financiero-económica en que se dictó la legislación reformadora de 2012 impugnada ante el Tribunal Constitucional— por el propio Tribunal Constitucional¹³. Y aunque esa circunstancialidad lo haya sido de las normas legales enjuiciadas y de su valoración por el Tribunal Constitucional, se ha extendido también a los cánones del enjuiciamiento constitucional construidos para efectuar esa valoración coyuntural, que ponen en serio peligro la capacidad normativa de la Constitución; cánones

¹⁰ Calificación que técnicamente significa, como es obvio, su sometimiento al Derecho común de los contratos.

¹¹ STC 98/1985, FJ 3.

¹² M.E. CASAS BAAMONDE, «¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?», *Relaciones Laborales*, T. I, 1997, págs. 31 y ss.

¹³ De modo que esa jurisprudencia no es «firme», estando algunos de esos elementos vertebradores «abiertos a interpretaciones resueltamente divergentes»: F. VALDÉS DAL-RÉ, *op. cit.*, pág. 1222; J. CRUZ VILLALÓN, «Interrogantes y equívocos de la jurisprudencia constitucional sobre la reforma laboral de 2012», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2015, págs. 305 y ss. Prueba perfecta de esa coyunturalidad la constituye el razonamiento con el que la STC 119/2014, de 16 de julio, cierra la argumentación de su FJ 3.A), apartado f): «la eventual aprobación futura de normas legales que incidan sobre la duración del período de prueba en la contratación laboral, así como el control de constitucionalidad a que pudieran someterse, requerirán de este Tribunal una nueva valoración y decisión, no necesariamente condicionada por la solución ahora adoptada».

que hay que entender que podrán cambiar según las coyunturas y que, por su laxitud, no aportan una delimitación conceptual acabada y segura de los contenidos del artículo 37.1 de la Constitución en la nueva versión de la jurisprudencia constitucional de la crisis económica, más allá de la exaltación de la libertad del legislador. De otra parte, esa coyunturalidad de la legislación limitadora de los derechos de negociación colectiva y de libertad sindical se ha prorrogado y normalizado de la mano de las posteriores transformaciones globales de los modelos de negocio y de las formas de organización, gestión y prestación del trabajo, que han dificultado la dimensión colectiva de las relaciones laborales y la negociación colectiva como instrumento esencial de la acción sindical.

2. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO: DE DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD Y GARANTÍA INSTITUCIONAL A DERECHO «ESENCIALMENTE» DE CONFIGURACIÓN LEGAL

La evolución del derecho de la negociación colectiva desde la libertad de negociación, en la concepción liberal del derecho —pasando en algunos ordenamientos por su consideración de «principio general de derecho»—, hasta su conversión en derecho fundamental, integrado, primero, en el de acción o actividad sindical de los sindicatos y de las asociaciones empresariales, y dotado, mas tarde, de sustantividad propia, culminó en las constituciones europeas de tercera generación del constitucionalismo de los años 70 del pasado siglo¹⁴.

El derecho de negociación colectiva significa el reconocimiento de un poder social y jurídico de los representantes de los trabajadores y los empresarios de regulación conjunta de las condiciones de trabajo, de su autonomía colectiva contractual, e implica el equilibrio de ese poder que el Estado, a través de la ley, debe garantizar ante la desigualdad de los representantes de los trabajadores y los empresarios. En esta línea, el Convenio núm. 98 de la OIT sobre aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), derechos que la norma internacional fundamental — es uno de los convenios fundamentales de la Organización— hace inseparables, establece el deber de los Estados de adoptar medidas de estímulo y fomento del pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria entre las organizaciones de trabajadores y los empleadores y sus organizaciones con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo (art. 4). Objetivo que reitera el Convenio núm. 154 de la propia OIT sobre la negociación colectiva (1981), en su artículo 5.

¹⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ, *op. cit.*, pág. 1220.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, a cuya identidad constitucional ha contribuido nuestra Constitución, pues aquella identidad se construye sobre los derechos fundamentales comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros con el valor de principios generales del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE), la Carta de los derechos fundamentales proclama el derecho de los trabajadores y los empresarios, o de sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales, a negociar y celebrar convenios colectivos en los niveles adecuados y a emprender acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga (art. 28).

El artículo 37.1 de la Constitución garantiza y ordena a la ley garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios, sin establecer un modelo determinado de negociación colectiva para la satisfacción de los elementos que conforman su ordenación constitucional, que de este modo ha entregado a la libertad de configuración política del legislador estatal. Lo advirtió tempranamente la STC 11/1981, de 8 de abril, que destacó el carácter de la Constitución de «marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (FJ 7). Lo reiteró la STC 210/1990, refiriéndose específicamente a la inexistencia de un único modelo constitucional de relaciones laborales (FJ 2). Y, entre las más recientes, las SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, recaídas en los recursos de inconstitucionalidad promovidos frente a la Ley reformadora de 2012. La STC 119/2014 ha descartado el carácter constitucionalmente cerrado de «ninguno de los elementos del derecho a la negociación colectiva» del artículo 37.1, el derecho mismo, sus titulares, y la fuerza vinculante de los convenios colectivos [FJ 4.A)]. La STC 8/2015 subraya la amplia libertad del legislador estatal para configurar el modelo de relaciones laborales «en atención a las circunstancias económicas subyacentes y a las necesidades sociales a las que se pretenda dar cobertura» [FJ 2.f)].

Ello no significa, sin embargo y como bien se sabe, que el artículo 37.1 no prefigure determinados elementos del derecho que reconoce y que operan como límites a la acción legislativa. La jurisprudencia constitucional ha afirmado —no podía ser de otra manera— que la Constitución establece «las premisas» que atan al legislador y a los interlocutores sociales en su actuación¹⁵, algunas de las cuales están en el artículo 37.1, en el que hay un «contenido constitucional definido» (STC 11/1981, FJ 24). El precepto constitucional posee una lógica estructural interna: reconocido el derecho a la negociación colectiva como libertad contractual colectiva, como poder de autorregulación de los representantes de los trabajadores y empresarios,

¹⁵ STC 210/1990, FJ 2.

la norma constitucional protege la eficacia de ese poder de regulación bajo la fórmula de la fuerza vinculante del convenio colectivo, ordenando a la ley garantizar el derecho y la fuerza vinculante de los resultados de su ejercicio.

2.1. El contenido constitucional definido del artículo 37.1 de la Constitución en la primera jurisprudencia constitucional

La primera doctrina constitucional precisó que, tanto el derecho a la negociación colectiva, como la fuerza vinculante de los convenios colectivos, no derivan de la ley, sino que emanan de la Constitución, que ordena garantizarlas de manera imperativa a la ley. El derecho a la negociación colectiva se identificó con la facultad que poseen «los representantes de los trabajadores y empresarios» (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos y las relaciones laborales en su conjunto. La fuerza vinculante de los convenios con «una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales».

Esta fue la interpretación de la STC 58/1985, FJ 3, que constituyó el punto de referencia obligado y que ha permitido a la doctrina científica sostener que las garantías que la Constitución ordena a la ley establecer están ya en la propia Constitución, por lo que las garantías están «doblas desde el punto de vista de la fuente de producción»¹⁶. Sin embargo, aquella doctrina, que hay que reconocer inicia su razonamiento partiendo del carácter normativo del convenio colectivo regulado por el título III del ET, no se repetirá excesivamente en la posterior jurisprudencia constitucional¹⁷.

2.2. El derecho a la negociación colectiva laboral, derecho fundamental de libertad y garantía institucional

La doctrina constitucional se desarrolla y enriquece años después por la STC 208/1993, de 28 de junio, en la que el Tribunal Constitucional dirá que «el reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el artículo 37.1 C.E. supone la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias, y asegura, mediante una tarea

¹⁶ VALDÉS DAL-RÉ, *op. cit.*, pág. 1221.

¹⁷ En las SSTC 92/1992, de 11 de junio (FJ 4); 119/2014, de 16 de julio [FJ 4.A)]; y en el ATC 85/2011, FJ 7. En la STC 217/1991, de 14 de noviembre, con referencia únicamente al poder de regulación y ordenación de las relaciones laborales en su conjunto en que el derecho a la negociación colectiva laboral consiste, que encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución (FJ 6).

encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo. Al legislador le corresponde cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado, y dentro de esa regulación determinar quiénes están legitimados para negociar y pactar en su caso el convenio colectivo en cada nivel o ámbito, incluido el de empresa o centro de trabajo» (FJ 3).

En este entendimiento, la norma del artículo 37.1 reconoce un derecho subjetivo fundamental de libertad de negociación de los representantes de los trabajadores y empresarios y de alcanzar un convenio colectivo para materializar su poder de autorregulación de condiciones de trabajo sin injerencias públicas injustificadas, que, si bien no precisa «estrictamente de ordenación legal alguna»¹⁸, si cuenta con ella, se impone al legislador. Además, ese derecho se configura como una garantía institucional, que, como tal, compromete la acción del legislador para asegurar la efectividad del poder de autorregulación colectiva de las condiciones de trabajo y la eficacia jurídica de los convenios colectivos¹⁹. A diferencia de la interpretación de la STC 58/1985, que enlazó la fuerza vinculante de los convenios colectivos a su «contenido normativo» (FJ 3), esta posterior decisión hizo hincapié en la garantía del sistema negocial y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que corresponde establecer al legislador para hacer efectivo y eficaz el derecho subjetivo fundamental de libertad.

La jurisprudencia constitucional sobre las garantías institucionales y la doble configuración de determinados derechos fundamentales como tales y con el carácter de garantía institucional es conocida: las instituciones garantizadas son elementos esenciales del ordenamiento constitucional, cuya configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, que ha de respetar «el reducto indisponible o núcleo esencial» de las instituciones garantizadas por la Constitución. La garantía institucional —o de instituto, tratándose de instituciones privadas— no asegura un contenido concreto a la institución, sino que la preserva, tanto en sus rasgos organizativos, como en su propio contenido, «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», de modo que el legislador no puede hacerla irrecognoscible o inefectiva²⁰.

¹⁸ J. GARCÍA MURCIA, «La reforma laboral de 2012 ante el Tribunal Constitucional», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2015, pág. 294.

¹⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional», *Relaciones Laborales*, Ed. La Ley, núm. 7, julio, 1992, págs. 1-8 (tomo I, 1992, págs. 47 y ss.), y en *Tres décadas de relaciones laborales en España*. Editoriales y estudios, Univ. de Sevilla, 2015, págs. 47-55.

²⁰ SSTC 32/1981, de 28 de julio, FFJJ 2 y 3; 26/1987, FJ 4.a); 76/1988, de 26 de abril, FJ 4... La amplitud de esta jurisprudencia, y su concreta proyección sobre el análisis del contenido los diferentes preceptos constitucionales para afirmar la existencia de derechos fundamentales y garantías institucionales, o sólo de estas últimas, excusa su cita acabada.

En el caso del artículo 37.1 la ley ha de asumir, según Rodríguez-Piñero, una posición de colaboración activa o positiva destinada a asegurar la plena realización de los derechos reconocidos, tanto frente a los poderes públicos, como en las relaciones entre privados, convirtiéndose así la ley en el complemento indispensable de los mandatos que la Constitución ha incorporado²¹.

La ley, que configura libremente el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos según las opciones políticas mayoritarias, ha de hacerlo dentro del doble mandato constitucional de respetar el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva como derecho subjetivo de libertad (art. 53.1 CE) y el núcleo esencial e irreductible de las instituciones constitucionalmente garantizadas (el poder de autorregulación laboral a través de la negociación y contratación colectiva, de sus titulares los representantes de los trabajadores y empresarios, y la fuerza vinculante de los convenios colectivos alcanzados).

La STC 208/1993 fue expresión de la lógica de expansividad de los derechos fundamentales desde su dimensión subjetiva a su consideración objetiva como valores del ordenamiento, propia de los ordenamientos constitucionales.

En un entendimiento doctrinal extendido tras aquella decisión, la ley de desarrollo del artículo 37.1 de la Constitución no puede negar u obstaculizar el ejercicio de la facultad negociadora de sus titulares constitucionales, ni desconocer la libertad de negociación y la función de regulación laboral del derecho a la negociación colectiva, ni desvirtuar la eficacia «real» y no meramente obligacional de los convenios colectivos inderogables e indisponibles por la autonomía contractual individual. Pero, además de respetar esos límites, la ley ha de garantizar «imperativamente» —expresión usual de la doctrina constitucional— la efectividad del derecho fundamental y de las garantías institucionales reconocidos en el art. 37.1, función de garantía que el constituyente ha estimado necesaria para hacer realidad la libertad de negociación y el poder de autorregulación colectiva conjunta de las condiciones de trabajo, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos, al servicio de lo que podría llamarse su «dimensión positiva», reconocida por la jurisprudencia constitucional respecto de otros derechos fundamentales (los derechos personales a la vida y a la integridad física y moral, y a la privacidad).

La jurisprudencia constitucional ha explicado que en el constitucionalismo del Estado social de Derecho los derechos fundamentales «no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste». Esto es, la obligación positiva del Estado de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, lo que compete especialmente al

²¹ *Op. cit.*, en *Tres décadas de relaciones laborales en España ...*, cit. pág. 52.

legislador democrático, que recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», «obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa»²²

El artículo 37.1 de la Constitución impone al legislador, dirá Valdés, «el deber de adoptar acciones positivas que [...] procuren promover de manera activa, real y efectiva la negociación colectiva y sus resultados», siendo esta intervención del legislador considerada por la propia Constitución como indispensable para la efectividad y eficacia del derecho de libertad que reconoce²³.

Esta comprensión del contenido del artículo 37.1, en que el derecho fundamental de libertad de negociación y contratación colectiva tiene también el carácter de garantía institucional, sólo se reiterará, en su enunciado completo, por la STC 119/2014, FJ 4. A), que, sin embargo, no la hará suya, pues no sostiene el juicio de constitucionalidad de las normas legales que enjuicia en el contenido esencial del artículo 37.1 que se impone al legislador, ni en la comprobación del respeto por el legislador de la garantía institucional del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos; esto es, de la garantía legislativa al servicio del derecho fundamental de libertad. En toda garantía institucional, como en los derechos fundamentales, hay un contenido indisponible por el legislador, un núcleo esencial irresistible a su poder de configuración, unos límites que el legislador no puede traspasar, y que la STC 208/1983 había identificado con la efectividad de la negociación colectiva como «instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo» y «el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual», sin «excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales» (FJ 3). Respetados esos contenidos, la función de la ley es, como su nombre indica, garantizarlos.

Aunque en la argumentación de aquella decisión subyacía un convenio colectivo regulado por el título III del ET, de eficacia general y normativa por tanto, y la pretensión de amparo que enjuició alegaba la vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato demandante, derecho al que también se vincula el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual, la interpretación destacada de la STC 208/1993 se mueve en el ámbito del artículo 37.1.

La STC 119/2014 añadirá de inmediato que la ley está facultada para imponer limitaciones al derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos para la preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes, y en otro orden de consideraciones, aunque sin solución de continuidad, para sujetar la negociación colectiva a normas legales imperativas.

²² SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4; 181/2000, FJ 8 y 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4.

²³ *Op. cit.*, págs. 1221-1222.

2.3 El derecho a la negociación colectiva laboral como derecho de configuración legal y «esencialmente» de configuración legal

En efecto, mas de veinte años después de la STC 208/1993 se ha conformado una interpretación constitucional distinta, que el Tribunal Constitucional ha situado resueltamente en un contexto de grave crisis económica y de empleo, que ha comportado una lógica legislativa limitativa del derecho a la negociación colectiva laboral al servicio del funcionamiento del mercado, de la libertad de empresa y de las exigencias de competitividad y productividad empresariales, y consiguientemente del empleo — de la facilitación de su creación o de la evitación de su destrucción por los empresarios—. Las SSTC 119/2014 y 8/2015 han calificado, por vez primera, el derecho a la negociación colectiva como derecho «de configuración legal»²⁴ o «esencialmente de configuración legal»²⁵ para deferir a la ley la regulación de su contenido y perfiles concretos. Calificaciones que entrañan no pocas dificultades, aunque su finalidad sea clara.

Esa conceptualización confiere al legislador un amplio margen de disponibilidad en su regulación. No para garantizar la institución, que es el mandato que se lee en el artículo 37.1 de la Constitución, sino para establecer limitaciones al poder de autorregulación conjunto de los representantes de los trabajadores y empresarios y a la fuerza vinculante de los convenios a fin de proteger otros derechos y bienes constitucionales; aunque la libertad del legislador no sea absoluta, y sin que se señalen los límites de esa libertad sino en función de un método casuístico. En su construcción, puede el legislador «en función de la opción que en cada momento considere más oportuna, ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva», tanto en la regulación de las condiciones de trabajo, como en la fijación misma de las reglas de ordenación de su poder de autorregulación y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos²⁶.

Los términos de ambas Sentencias son lo bastante ambiguos e inseguros como para dejar en la indeterminación si la calificación de «derecho esencialmente de configuración legal»²⁷ se vierte sobre el derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 de la Constitución, o tiene como objeto el derecho a la negociación colectiva configurado por el artículo III del ET; a lo que hay que responder que alcanza tanto a su nudo reconocimiento constitucional como a su regulación legal. Y, en aquella primera opción, si desplaza la configuración de la esencialidad del derecho a la ley, o la mantiene en la Constitución; esto es, si esa calificación presupone la condición de *fundamentales* de los derechos reconocidos por el art. 37.1 de la Constitución

²⁴ STC 119/2014, FJ 6.a).

²⁵ STC 8/2015, FJ 2.e).

²⁶ SSTC 119/2014, FJ 6; 8/2015, FJ 6.a).

²⁷ Que únicamente ha utilizado la STC 8/2015; la STC 119/2014 ha calificado el derecho de configuración legal.

y «esencialmente» configurados por el legislador, pues sabido es que los doctrinalmente calificados como derechos fundamentales de configuración legal no dejan por ello de ser tales, su naturaleza o contenido esencial vienen definidos por la Constitución (art. 53.1), y no pueden quedar degradados al plano de la legalidad ordinaria, bien que su ejercicio se supedita al cumplimiento de los presupuestos y requisitos establecidos por el legislador en cada caso. El desplazamiento de la parte de la esencialidad del derecho a la ley es la respuesta más segura.

A) *¿Derecho fundamental de configuración legal o derecho legal, de plena configuración legal?*

Ni la STC 119/2014, ni la posterior STC 8/2015, han calificado en momento alguno el derecho a la negociación colectiva laboral como derecho fundamental de configuración legal.

Parece adscribirse, no obstante, a esa categoría la STC 119/2014, que acepta el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva por el artículo 37.1 como «constitucional» —siempre en una interpretación limitativa: «el art. 37.1 CE *se limita a* reconocer [...]»²⁸— y le asigna un *contenido esencial* en el que ha situado la libertad de contratación y la libertad de estipulación, entendida esta última como «facultad de las partes de seleccionar las materias y contenidos a negociar» [FJ 3.C)]. Sin embargo, señala de inmediato que aquella facultad de estipulación *no es «absoluta»* y que queda concretada por el legislador, que, en ejercicio de su tarea de configuración, puede limitarla mediante normas de derecho necesario absoluto indisponibles por la autonomía colectiva «en cuanto a las materias objeto de negociación o el sentido en que pueden ser reguladas por la autonomía colectiva» por razones justificadas, razonables y proporcionadas a la satisfacción de objetivos constitucionales (*ibid.*). Por lo mismo, son legítimas las medidas legislativas coyunturales limitativas de la libertad de estipulación adoptadas en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo con el fin de facilitar la creación empresarial de empleo (art. 40.1)²⁹.

Esta metodología de enjuiciamiento constitucional no es la propia de la limitación por el legislador de los derechos fundamentales, que no puede alcanzar al contenido esencial del derecho fundamental de libertad previamente definido que se impone al legislador absolutamente al margen de juicios de razonabilidad y de proporcionalidad; ni tampoco la de los derechos fundamentales de configuración legal, cuyo contenido esencial también se impone al legislador, pudiendo éste contribuir a definir su contenido no esencial. Aquí hay un contenido esencial afectado que se ha delimitado nega-

²⁸ FFJJ 3.C) y 6.a).

²⁹ FJ 3.C).b).

tivamente por la STC 119/2014 porque no es absoluto. ¿Se trata de un límite intrínseco o inmanente al contenido esencial? Las dificultades de la interpretación constitucional son notables.

También parece reconocer el carácter de derecho fundamental del derecho a la negociación colectiva el pasaje de la misma decisión que asegura que «el mandato que el art. 37.1 CE dirige al legislador de garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios no priva a las garantías contenidas en ese precepto constitucional de eficacia inmediata»; añadiendo, con cita de la pionera STC 58/1985, FJ 3, que la facultad de «los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva no es una facultad derivada de la ley, sino que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional». Y que la fuerza vinculante de los convenios colectivos «incluye el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante, así como la sujeción a los procedimientos de modificación convencional establecidos», que, sin embargo, puede ser excepcionada, limitada o restringida por el legislador, a quien se remite el artículo 37.1, con una justificación objetiva, razonable y proporcionada a la salvaguarda de otros derechos y bienes constitucionales³⁰. Ahora bien, si el derecho fundamental tiene un contenido que se impone por su eficacia inmediata y directa, esto es, sin *interpositio legislatoris*, no lo es, obviamente, de configuración legal, según reiterada jurisprudencia constitucional³¹.

Recuérdese que la legitimidad constitucional de la opción del legislador, en un contexto de crisis económica muy grave, de permitir la inaplicación de los convenios colectivos a la empresa, a partir de la decisión vinculante o arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos —u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas— con valor de «acuerdo» colectivo, que salvaguarda la viabilidad de los proyectos empresariales y su productividad y competitividad, evitando la destrucción de empleo en una grave situación de desempleo (arts. 35.1, 38 y 401. CE), acaba razonándose en esta sentencia —«esta justificación adquiere especial relevancia»— con el recurso a la eficacia personal general de los convenios colectivos —sectoriales, señaladamente, aunque la ley permita el «autodescuelgue»— del título III del ET, que ha sido la elección del legislador³², no excluyente de los convenios de eficacia limitada, directamente acogidos al artículo 37.1 de la Constitución³³.

Si todo esto podría evitarse con los convenios de eficacia personal limitada, que es la solución del Derecho comparado, que brindaría a los empresarios la flexibilidad que no les proporcionan los convenios colectivos

³⁰ FFJJ 4.A) y 5.A).

³¹ Por todas, SSTC 66/1995, 2; 24/2015, FJ 3.

³² FJ 5.A).a).

³³ STC 73/1984, de 27 de junio, FJ 2, por todas.

sectoriales de eficacia general —lo que desmentirá el legislador reformador al actuar también sobre la eficacia de aquellos convenios para proteger la actividad empresarial—, hay que convenir en que la argumentación de la STC 119/2014 ha abandonado el plano de la constitucionalidad para pasar al de la legalidad, al de las opciones del legislador de desarrollo del artículo 37.1 de la Constitución. Es necesario tener en cuenta que esta sentencia no ha debido enfrentar el problema de constitucionalidad planteado por la pérdida de fuerza vinculante de los convenios colectivos de eficacia limitada, y de otros acuerdos o pactos colectivos negociados al margen del título III del ET, por causa de la regulación legal que permite la modificación unilateral por el empresario de las condiciones de trabajo en ellos pactadas³⁴. Lo hará la STC 8/2015.

Pero sí ha desplegado la STC 119/2014 una larga argumentación para justificar la razonabilidad y proporcionalidad de la regulación legal limitativa de la fuerza vinculante de los convenios estatutarios, que lo es asimismo de su fuerza vinculante constitucional —a ello conduce inescusablemente su inaplicación parcial³⁵—. Al ámbito de la constitucionalidad se adscribe el razonamiento del carácter no absoluto o limitado de los derechos fundamentales por los derechos de los demás (art. 10.1 CE) y, en la formulación más amplia de la jurisprudencia constitucional, por otros «bienes constitucionales». A partir de aquí los sucesivos juicios de ponderación de la STC 119/2014 se han sostenido en las intenciones del legislador reformador formalizadas en la exposición de los motivos de su regulación, y en «las garantías» de esa propia regulación legal restrictiva (los «límites de los límites»), que son la cifra misma de su proporcionalidad estricta³⁶, de modo que el canon de enjuiciamiento de su constitucionalidad no es el artículo 37 —ni, por conexión, el artículo 28.1— de la Constitución, sino la propia legalidad ordinaria impugnada³⁷.

La ley no garantiza la fuerza vinculante de los convenios colectivos, sino la limitación de su limitación, o la «moderación» de su limitación, con lo que, como bien ha advertido la doctrina científica³⁸, el juicio de constitucionalidad queda subordinado al de legalidad, dejando desprovisto a aquél

³⁴ Al no haberse impugnado en el recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de Navarra el art. 12, apartado primero de la Ley 3/2012, por el que se modificó el art. 41, apartado 5 en conexión con el apartado 4, del ET.

³⁵ No se inaplican como convenios de eficacia general y normativa y se aplican como convenios de eficacia contractual limitada a los representados por los negociadores; sencillamente, se inaplican sin el acuerdo de las partes, por lo que su fuerza vinculante constitucional.

³⁶ FJ 5.A).b) y c) y B); que reproduce la STC 8/2015, FJ 5.b).

³⁷ También vuelve la vista esta decisión, y la posterior STC 8/2015, a leyes anteriores, que habrían incorporado otras o similares soluciones, en busca de argumentos de confirmación de la constitucionalidad de las impugnadas.

³⁸ J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, págs. 308-309.

de autonomía y vinculado a la concreta regulación legal y a sus garantías o límites, cuya incorporación a la ley limitativa de algún modo petrifica contra el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE). ¿Sería inconstitucional una regulación legal que contuviera un menor número de «límites de los límites» o límites distintos? ¿Queda el legislador obligado a respetar esos límites legales para limitar el derecho a la negociación colectiva en cualquier otra coyuntura recesiva o de desaceleración económica y de incremento del desempleo?

La STC 119/2014 realmente ha conceptualizado el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) como derecho de configuración legal³⁹ para legitimar la política legislativa que ha establecido la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y, en general, la facultad del legislador de ordenación de la estructura de la negociación colectiva y de «los resultados del proceso de negociación y de las reglas de concurrencia y articulación de convenios», «en función de la opción que en cada momento considere más oportuna», con el resultado de «ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en la fijación de dichas reglas» [FJ 6.a y e)]. La opción legal por restringir el espacio de la autonomía colectiva para establecer la estructura de la negociación, declarando indisponible la prioridad aplicativa de los convenios de empresa por los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales, se dirige a proporcionar flexibilidad al empresario sobre determinadas condiciones de trabajo y, con ello, a la defensa de la productividad y viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo, objetivos constitucionales de los que obtiene su legitimidad (de nuevo, arts. 35.1, 38 y 40.1 CE)⁴⁰.

Sin embargo, no deja de ser paradójico y llamativo que, en este extremo material, no haya, según la STC 119/2014, ningún contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios que sujete la configuración del legislador. Sobra, en consecuencia, toda la justificación ponderativa de la limitación legal realizada y que seguirá realizando dicha sentencia⁴¹, a partir de la propia regulación legal, frente a un inexistente contenido esencial del derecho fundamental de libertad de estipulación y contratación colectiva, respecto del que el razonamiento de la sentencia no ha podido ser mas radical. Categóricamente afirma la sentencia que *«no deriva del art. 37.1 CE que la ordenación de los frutos de la negociación colectiva deba proceder necesariamente de la propia negociación colectiva»*. Interpretado así el derecho de negociación colectiva, *«el establecimiento de las reglas sobre estructura y concurrencia de convenios colectivos forma parte de las facultades legislativas de concreción del art. 37.1 CE»*, que no han de garantizar la facultad de los titulares de la autonomía negocial colectiva

³⁹ En un única ocasión ha utilizado esta calificación la STC 119/2014: en su FJ 6.a).

⁴⁰ FJ 6.a).

⁴¹ FJ 6.c) y d).

de establecer la estructura de la negociación, ni la negociación colectiva sindical, que tampoco resulta necesariamente postergada por la descentralización legalmente imperativa de la negociación colectiva a la empresa. Y remacha: es «incuestionable que la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes»⁴².

El derecho a la negociación colectiva laboral, en la vertiente material señalada, no es un derecho fundamental de configuración legal, sino un mero derecho de configuración legal, como los derechos que figuran enunciados como tales, sin serlo a falta de su imprescindible configuración legal, en determinados preceptos del Capítulo III del Título I de la Constitución, y que la doctrina ha calificado de derechos «aparentes» o «prometidos»⁴³. La única diferencia con estos derechos radica en que el de negociación colectiva, con el contenido señalado, no sería necesariamente de configuración legal, pues podría configurarlo la autonomía negocial colectiva si le dejase el terreno libre el legislador, que incluso podría delegarle la tarea.

En definitiva, puede concluirse que tenemos, de un lado, una libertad de estipulación relativa, o no absoluta, concretada por el legislador y, en lo que hace a la ordenación de la estructura de la negociación colectiva, desprovista de toda consideración constitucional.

El enjuiciamiento no es, pues, en este entendimiento de la STC 119/2014, de constitucionalidad de la ley, sino de su oportunidad y eficacia, lo que no corresponde al Tribunal Constitucional, aunque lo efectúe, lo que reiterará la STC 8/2015⁴⁴.

B) ¿Configuración legal de la esencialidad del derecho?

La STC 8/2015, por su parte, ha detraído de la formulación del artículo 37.1, y en concreto de su mandato imperativo al legislador de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, la conclusión de que el de negociación colectiva laboral es «un derecho esencialmente de configuración legal» [FFJJ 2.e) y 10.a)] para justificar el amplio margen de libertad del legislador en esa configuración, y —plano en el que el poder regulador del Estado opera de manera diferente— para articular las relaciones entre la ley y la negociación colectiva como fuentes de ordenación de las condiciones de trabajo. Para lo cual se ha apoyado en tres precedentes jurisprudenciales de diferente significación, ninguno de los cuales se ajusta al nuevo entendimiento del derecho del artículo 37.1 como

⁴² FJ 6.b), e) y f)

⁴³ J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 24.

⁴⁴ FJ 2.g).

derecho «esencialmente» de configuración legal, cuyo único antecedente real está en la STC 119/2014, que ha prescindido, en cambio, de la modalización que aporta que la configuración del derecho por el legislador sea esencial. Y que no es seguro que quiera significar, como ya se avanzó, que al ser el derecho a la negociación colectiva «esencialmente» de configuración legal, no lo sea completa o totalmente, porque haya contenidos constitucionales prefigurados, o, por el contrario, que la tarea de configuración legal puede llegar a la esencia del derecho, porque en el artículo 37.1 sólo hay mandatos al legislador. Conduciría este segundo entendimiento, el más seguro como ya también se dijo, a revitalizar una primera doctrina científica que no vio en el artículo 37.1 más que el papel del legislador, sin enunciar un derecho fundamental o instituciones garantizadas que se le sobrepongan.

Cierto que la STC 85/2001, de 26 de marzo, ha utilizado exactamente esa misma calificación, pero para referirla al derecho de negociación colectiva de los sindicatos en la función pública, que —se explica en su propio FJ 5— no está cubierto por el artículo 37.1 de la Constitución, ni se integra en el contenido esencial del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, sino en las «peculiaridades» del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos que la ley ha de establecer (art. 28.1 CE). Pasa, así, a formar parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical, obviamente de configuración legal, pero con una innegable vinculación al derecho fundamental de libertad sindical.

Conocemos ya la construcción del derecho a la negociación y contratación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos como derecho fundamental de libertad y como garantías institucionales cuya efectividad y eficacia la ley ha de asegurar por la STC 208/1993 (FJ 3), construcción que no tiene que ver con la variante institucional de los derechos fundamentales de configuración legal. La STC 8/2005 ha afirmado que «el art. 37.1 CE hace un llamamiento a la ley para garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, pero sin imponer al legislador la adopción de una concreta opción para llevar a efecto el mandato que contiene» [FJ 4.a)]. Siempre, en efecto, que lleve a término el mandato que contiene, ciertamente al margen de cualquier opción concreta, que queda a la oportunidad política del legislador, pero que lo es inequívocamente de garantía del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios.

En fin, la STC 224/2000, de 2 de octubre (FJ 4), volvió a ocuparse del derecho legal de negociación colectiva de los sindicatos en la función pública.

De esa jurisprudencia no puede extraerse la conclusión que la STC 8/2015 pretende.

Las conclusiones que la STC 8/2015 ha obtenido son las ya avanzadas por la STC 119/2014 y alguna otra nueva: partiendo de la esencial libertad

del legislador, frente a la que el artículo 37.1 de la Constitución apenas ofrece resistencia en la argumentación de la STC 8/2015, mal podría considerarse que su decisión de excluir condiciones de trabajo del espacio de la negociación colectiva y de limitar la fuerza vinculante de los convenios colectivos para hacer efectiva su modificación unilateral por el empresario — en el caso de convenios colectivos negociados al margen del título III del ET, de eficacia limitada o extraestatutarios⁴⁵— y su inaplicación a las empresas por la decisión arbitral obligatoria de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos autonómicos correspondientes —en el caso de convenios colectivos de eficacia general y normativa⁴⁶— violente los derechos fundamentales a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios y a la libertad sindical, pues el legislador encuentra justificación razonable y proporcionada en la satisfacción de otros derechos y objetivos constitucionales «en un contexto de grave crisis económica»⁴⁷. La fuerza vinculante de los convenios no tiene, pues, un contenido esencial que limite al legislador y que, desde luego, la STC 8/2015 no ha definido. Como la STC 119/2014, la STC 8/2015 ha ponderado los intereses constitucionales con los legales. En ambas sentencias, la interpretación de la legalidad no se ha llevado a cabo atendiendo al contenido esencial del derecho fundamental comprometido, sino según la propia legalidad limitadora que condiciona o restringe los términos de la limitación.

El legislador es libre para fijar la estructura y ordenación de la negociación colectiva. Siendo el derecho a la negociación colectiva de configuración legal, puede el legislador, en uso de su amplio margen de oportunidad política, optar legítimamente por descentralizar o por centralizar la estructura de la negociación colectiva, sin intervención de los titulares del derecho en la adopción de esa decisión estructural; y, en aquella opción descentralizadora, por establecer «la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre los de ámbito superior, atribuyéndole un plus de eficacia, como una medida de flexibilidad interna, alternativa a la destrucción de empleo, a través de la cual pueden adaptarse las condiciones de trabajo que se identifican como más cercanas a la realidad de la empresa, a las circunstancias concretas por las que ésta atraviesa»; e impidiendo que la propia negociación colectiva de ámbito superior desvirtúe esa prioridad aplicativa⁴⁸.

Aunque recurriendo también a justificaciones de legalidad ordinaria a partir del propio precepto legal impugnado, la STC 8/2015 ha cambiado aquí el signo de la intervención del legislador, que ha dejado de ser limitadamente restrictiva del derecho para convertirse en garantizadora, pues el principio legal de preferencia aplicativa del convenio de empresa «antes que suponer un límite o condicionante del derecho a la negociación colectiva, no hace[...] sino pro-

⁴⁵ Art. 41. 5 ET.

⁴⁶ Art. 82.3, párrafo octavo, ET.

⁴⁷ FFJJ 3.c), 4.a), 5.a) y b)

⁴⁸ FJ 6.a) y b).

mover su ejercicio a un diferente nivel», el de la empresa como «espacio especialmente propicio» para ajustar la negociación colectiva a sus necesidades; «desde la estricta perspectiva del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), no es posible apreciar que el legislador haya incidido de una forma negativa en el citado derecho [...]»⁴⁹. Tampoco desde la perspectiva, por conexión, del derecho de libertad sindical⁵⁰.

La lectura detenida de sus razonamientos parece conducir a la conclusión de que la configuración legal del derecho a la negociación colectiva se adentra en su esencia en la STC 8/2015, y nada hay en el artículo 37.1 de la Constitución que limite la intensidad de la operación configuradora del legislador. El derecho a la negociación colectiva se aproximaría a los derechos de configuración legal sin contenido ni rango constitucional.

El legislador puede definir el ámbito vital del derecho de negociación colectiva sin apenas contenido y garantías constitucionales y hasta el punto de comprometer la autonomía necesaria para su ejercicio como derecho de libertad.

3. LA MUTACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY: DE LA GARANTÍA DEL DERECHO Y DE LAS INSTITUCIONES CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADAS A LA LIMITACIÓN DEL DERECHO Y DE LA LEY GARANTIZADORA

Las razones de tan notable reconsideración están en la legitimidad de los objetivos del legislador reformador de limitar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios en beneficio de otros derechos y bienes constitucionales, como el derecho al trabajo y a la libertad de empresa (arts. 35.1 y 38 CE), o las obligaciones de los poderes públicos de levantar políticas de pleno empleo y de defender la productividad (arts. 40.1 y 38 CE), de necesaria atención en una situación de grave crisis económica y del empleo.

En las SSTC 119/2014 y 8/2015 la función garantizadora de la ley del derecho fundamental de negociación colectiva y de las instituciones garantizadas por el artículo 37.1 se ha convertido en función limitadora al amparo de la calificación del derecho a la negociación colectiva como de libre configuración legal, que se expande al derecho de libertad sindical de los sindicatos y representantes sindicales con el que está estrechamente relacionado, y que integra el contenido esencial de este último derecho fundamental.

Sabido es que en el artículo 37.1 no hay una reserva de limitación. No es necesario insistir en que hay un mandato al legislador de promoción del derecho de libre negociación y contratación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios, previamente reconocidos por la Constitución, de asegurar

⁴⁹ FJ 6.a) y b).

⁵⁰ FJ 6.c).

efectiva y eficazmente el derecho subjetivo a la negociación colectiva y sus rasgos esenciales o garantías institucionales, lo que es «a la vez un mandato y un límite para el legislador»⁵¹.

Tampoco es preciso recordar que no existe en nuestra Constitución, a diferencia de la alemana, una habilitación general al legislador para limitar los derechos fundamentales, sino un apoderamiento general para regular las condiciones de su ejercicio, respetado su contenido esencial. Las SSTC 119/2014 y 8/2015 han seguido, en principio, la doctrina de la STC 11/1981, que reconoció, además de la existencia de límites directos de los derechos fundamentales establecidos en las normas constitucionales concretas, la imposición por la Constitución de límites mediatos o indirectos, que han de justificarse «por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (FJ 7), y que el legislador, según su opción política, puede hacer valer al regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Aunque, en todo caso, sin sobrepasar el límite primero del contenido esencial del art. 53.1 de la Constitución (que la propia STC 11/1981 define, o proporciona las vías de aproximación a su definición).

Sin embargo, esa virtualidad limitadora absoluta de los límites legales, que supone la institución del contenido esencial de los derechos fundamentales, y que se proyecta sobre cualquier actuación legislativa que incida en el ámbito de dichos derechos y no sólo respecto a las regulaciones de su ejercicio que contempla el artículo 53.1, apenas asoma en las SSTC 119/2014 y 8/2015. Únicamente la primera de ellas ha llevado al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva las libertades de contratación y estipulación en los términos vistos⁵². Y nada más. La STC 8/2015 ni siquiera ha mencionado el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva laboral. Como se advirtió, los límites de la limitación legal del derecho fundamental y de las instituciones constitucionalmente garantizadas están en la propia ley limitadora, en las concretas normas legales que instituyen los límites en forma, como se dijo, de «límites de los límites».

La legitimidad constitucional de las limitaciones por la ley del derecho a la negociación colectiva resulta también del indebido entendimiento por las SSTC 119/2014 y 8/2015 de la garantía constitucional de la reserva de ley sobre los derechos de los trabajadores, o, mas ampliamente, sobre la materia laboral, que se contiene en el artículo 35.2 de la Constitución y de su incidencia en el derecho fundamental a la negociación colectiva laboral, y que es del todo diferente a la específica función que su artículo 37.1 asigna a la ley de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante

⁵¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *op. cit.*, *Tres décadas de relaciones laborales en España...*, cit., pág.51.

⁵² FJ 3.C).

de los convenios colectivos. Ambas decisiones contienen numerosas referencias a esa equiparación de diferentes llamadas al legislador, que no es necesario detallar. De esa indiferenciación nace el equívoco sobre el que se articulan las relaciones entre los artículos 35.2 y 37.1 de la Constitución, sostenidas la interpretación de ambas sentencias en el amplio margen de libertad del legislador para configurar el sistema de relaciones laborales, y en particular y en su seno, para regular la negociación colectiva⁵³.

Ambas decisiones se han apuntado, en fin, al antiguo y superado entendimiento doctrinal del artículo 53.1 de la Constitución como habilitante de una reserva general de limitación de los derechos fundamentales.

No ha sido y no es así, sin embargo, con carácter general en la jurisprudencia constitucional. En lo que hace al derecho a la negociación colectiva, el título III del ET, y otras normas legales, han venido cumpliendo la función de garantía institucional del derecho y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, ordenada por la Constitución. Al hacerlo han recurrido también a la imposición de limitaciones dirigidas a posibilitar esa función de garantía, que ha establecido un modelo de negociación colectiva de eficacia general en que la fuerza vinculante de los convenios colectivos es normativa. Por ello se comprende con toda facilidad que nada tiene que ver que la ley garantizadora de la negociación colectiva de eficacia general establezca reglas de legitimación de los sujetos negociadores para asegurar su poder de representación o afectación general a los trabajadores y empresarios incluidos en el campo de aplicación del convenio colectivo dotado de esa eficacia general y normativa, que necesariamente «escapan al poder de disposición de las partes negociadoras»⁵⁴ e imponen exigencias «especialmente rigurosas» de representatividad, con otras limitaciones no garantizadoras de la efectividad del poder autónomo colectivo de regulación de condiciones de trabajo y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

La inversión de la función de la ley desde la de garantía del derecho fundamental de negociación colectiva y de las instituciones garantizadas por el artículo 37.1 al de su limitación, de modo que aquél derecho fundamental y la eficacia de los convenios colectivos alcanzados no se opongan a los objetivos del legislador y soporten sacrificios razonables y proporcionados a la satisfacción de los objetivos legales, tiene expresiones indubitadas en las SSTC 119/2014 y 8/2015 (sin agotarlas aquí):

- La configuración legal como norma de derecho necesario absoluto de la duración del período de prueba de un año del derogado⁵⁵ con-

⁵³ J. GARCÍA MURCIA, *op. cit.*, pág. 283.

⁵⁴ Limitación legal a la que se ha referido la STC 119/2014 [FJ 3.C).a)], para justificar las propias, con cita de las SSTC 137/1987, de 22 de julio, FJ 5; y 208/1993, de 28 de junio, FJ 3.

⁵⁵ Por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

trato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actuaba «como *garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pudiera reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida*» introducido por el legislador; la ley contribuía «a *impedir que la actuación de la autonomía colectiva pudiera frustrar el legítimo [...] objetivo de creación de empleo estable*» que había atribuido el legislador a esta «modalidad contractual y su régimen jurídico» [SSTC 119/2014, FJ 3.C).b); 8/2015, FJ 3.c)].

- La limitación del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios mediante la atribución al empresario de la facultad de modificar las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos de eficacia limitada, y otros pactos colectivos extraestatutarios, atiende a fines constitucionalmente legítimos al dirigirse a facilitar «el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción», y a superar el desacuerdo en la negociación [STC 8/2015, FJ 4.a)].
- La regulación legal de la inaplicación a las empresas de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos de eficacia personal general (descuelgue) por la decisión dirimente de un tercero ajeno a las partes negociadoras evita «*el riesgo de que el mantenimiento de las condiciones laborales pactadas pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa, afectando a los puestos de trabajo, y consiguientemente al gasto público por desempleo*»; la medida legislativa «se dicta en un contexto de grave crisis económica con el objetivo de favorecer la flexibilidad interna de la empresa como alternativa a la destrucción del empleo o al cese de una actividad productiva», «con el exclusivo objetivo de evitar» que la situación de desacuerdo entre las partes negociadoras «quede abocada al enquistamiento, con grave peligro para la estabilidad de los puestos de trabajo o, incluso, de la propia viabilidad de la empresa» [SSTC 119/2014, FJ 5.A).a); 8/2015, FJ 5.a)].
- La decisión del legislador de restringir «el margen de intervención de la autonomía colectiva para establecer la estructura de la negociación», imponiendo «la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales en relación con determinadas materias», y declarando «indisponible dicha prioridad para los acuerdos interprofesionales» y convenios colectivos sectoriales, favorece «la flexibilidad empresarial en aquellas materias en que el legislador ha considerado que puede ser más necesaria la acomodación a las características de la empresa y de sus trabajadores» [STC 119/2014, FJ 6.a)].

- La descentralización de la negociación colectiva a la empresa «constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes», y cuya realización puede poner a resguardo de la negociación colectiva, prohibiendo a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales «disponer de tal prioridad aplicativa» [SSTC 119/2014, FJ 6.f); 8/2015, FJ 6)].

4. LEY Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LOS EQUÍVOCOS DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA LEY EN LA JERARQUÍA NORMATIVA

La superioridad jerárquica de la ley ordena las relaciones entre la negociación colectiva y la propia ley en cuanto fuentes de determinación de condiciones de trabajo y, naturalmente, no desenvuelve su eficacia en la garantía o en la configuración del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios. Sin embargo, en la argumentación de las SSTC 119/2014 y 8/2015 se pasa en ocasiones imperceptiblemente de uno a otro plano, erigiéndose la primacía de la ley, y la sumisión del convenio colectivo a su regulación imperativa o de derecho necesario, en argumento de cierre del juicio de constitucionalidad de la ley de configuración limitativa del derecho fundamental de libre negociación y contratación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

La función constitucional de la ley laboral en un Estado social y democrático de Derecho y en una democracia constitucional, que tiene en los derechos fundamentales de las personas el fundamento de su legitimación política, es expresión de una voluntad soberana comprometida con aquellos derechos y vinculada a la realización de la igualdad real y efectiva y a la evitación y compensación de la desigualdad básica entre los trabajadores y empresarios (arts. 1.1 y 9.2 CE) y, como tal, es irrenunciable⁵⁶. Con esta perspectiva, es obvio que el derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 de la Constitución no implica en modo alguno que los convenios colectivos no estén sujetos a las reglas generales de la jerarquía normativa y a la superioridad de la ley, aunque tengan una sede natural de actuación, un espacio vital de autorregulación, que la Constitución les garantiza y ordena a la ley garantizarles, sin interferencias injustificadas.

⁵⁶ Lo puso de manifiesto con su habitual maestría L.E. DE LA VILLA GIL, «El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 3, 1997, págs. 79 y ss. Vid. M.E. CASAS BAAMONDE, «Nota introductoria al estudio «El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales»», en M.C. PALOMEQUE LÓPEZ e I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, págs. 545-547.

Lo dejó dicho la STC 11/1981 con palabras que han sido muchas veces repetidas: «resultaría paradójico que existiera una bolsa de absoluta y total autonomía dentro de una organización, como el Estado, que, por definición, determina para sus súbditos un factor heteronómico», por lo que «no hay inconveniente para que, en ocasiones», el derecho a la negociación colectiva, como «principio de derecho que preside la vida jurídica» laboral, «pueda presentar excepciones, siempre que la limitación» de la autonomía colectiva «que supongan se encuentre justificada» (FJ 24). De ahí que la STC 58/1985 marcara la virtualidad limitadora de la negociación colectiva que justificadamente puede establecer la ley y el carácter excepcional de la reserva por la ley para sí de determinadas materias con su consiguiente exclusión de la negociación colectiva, y que apercibiese de la imposibilidad de «asimilar las relaciones entre ley y Convenio a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada» (FJ 3). Y que la STC 210/1990, de 20 de diciembre, cerrase la elaboración doctrinal, estableciendo que frente a la ley, expresión de la voluntad popular, el artículo 37.1 de la Constitución no reconoce «el supuesto derecho» a que lo fijado en convenio colectivo «permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en una ley posterior hasta el momento en que el convenio pierda vigencia», si la voluntad de la ley es entrar en vigor inmediatamente en la fecha por ella dispuesta, cuestión en la que existe una amplísima libertad de decisión del legislador⁵⁷. En aquel caso, el legislador cumplía el expreso mandato constitucional de establecer límites máximos a la jornada de trabajo (art. 40.2 C.E.), «atendiendo a las finalidades propias de un Estado social y democrático de Derecho» (FJ 3). Pero la ley no puede ampliar la excepcionalidad de su intervención restrictiva o excluyente de la de la negociación colectiva en la fijación de condiciones de trabajo, ni introducir interferencias y limitaciones injustificadas en la libertad de contratación colectiva, en el poder de la autonomía colectiva de autorregulación «en general» del contenido de la relación laboral⁵⁸, o de «ordenación de las relaciones laborales en su conjunto»⁵⁹, sin que ello signifique el reconocimiento constitucional de áreas materiales reservadas para la negociación colectiva, impedido por la primacía de la ley.

Indiscutible esa primacía, lo es sobre los convenios colectivos, esto es sobre el producto, normativo o contractual, de la autonomía privada colectiva,

⁵⁷ «Es el convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una Ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador» (FJ 3). Para atender a los efectos de la ley en la alteración del equilibrio interno del convenio colectivo, que ha de contar en todo caso con una justificación objetiva y razonable, la STC 210/1990 ofreció la posibilidad de su revisión en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y de la STC 11/1981 (FJ 14).

⁵⁸ STC 27/2004, FJ 4.

⁵⁹ STC 58/1985, FJ 4.

del poder de autorregulación conjunto de los representantes de los trabajadores y empresarios, aunque esta problemática tenga mayor incidencia sobre la negociación colectiva «estatutaria» por el valor normativo *erga omnes* de los convenios colectivos resultantes de su ejercicio, y al convenio colectivo de eficacia normativa la vinculara la primera jurisprudencia constitucional⁶⁰. El convenio colectivo se somete a la capacidad normadora de la ley estatal de los derechos y obligaciones laborales y sociales que constituyen el objeto del *ordenamiento laboral* (arts. 1.1, 9.2 y 35.1 CE) y a las demás normas de superior rango jerárquico —no sólo a la ley formal—; evidentemente a la Constitución y a los derechos fundamentales⁶¹.

Es antigua la doctrina que señala que la Constitución no impide a la negociación colectiva regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, «dentro del marco de las relaciones laborales que le es propio y del ámbito delimitado por la Ley»⁶². Y la que precisa que los convenios colectivos, pese a su naturaleza jurídica privada, están sujetos a los derechos fundamentales y, en concreto, al derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminaciones, con matizaciones en lo que hace al derecho de igualdad —que tiene aquí «perfiles propios»⁶³— por desenvolverse justamente en el ámbito de las relaciones privadas en que su aplicación ha de ser compatible con valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad, razonando esa vinculación confusa e innecesariamente con la relevancia «cuasi-pública» del convenio colectivo estatutario, negociado por sujetos dotados de representación institucional y provisto de eficacia general y normativa, que se incardina en el sistema de fuentes del derecho⁶⁴. Cualesquiera convenios colectivos están obligados a respetar los derechos fundamentales, siendo su posible vulneración controlada por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción de amparo en relación con los derechos fundamentales que cuentan con esta extraordinaria garantía constitucional.

No es cuestión de entrar aquí en los pormenores de una jurisprudencia constitucional abundante y consolidada.

Pero sí ha de insistirse en que el principio de primacía de la ley no disciplina —no puede hacerlo, pues su sola existencia condicionaría automáticamente la respuesta— el juicio de constitucionalidad que tiene por objeto a

⁶⁰ SSTC 177/1988, FJ 4; 171/1989, FJ 2; 96/1990, FJ 7.b).

⁶¹ SSTC 210/1990, FFJJ 2 y 3, y 62/2001, FJ 3, y numerosas posteriores.

⁶² SSTC 58/1985, FJ 5; 98/1985, FJ 2.

⁶³ Por propia naturaleza, los convenios colectivos contienen regulaciones diferenciadas de condiciones de trabajo según sus ámbitos propios y los intereses de trabajadores y empresarios que componen en atención a las circunstancias tenidas en cuenta en cada caso por los negociadores.

⁶⁴ SSTC 177/1988, FJ 4; 171/1989, FJ 2.b); 119/2002, FJ 6; 27/2004, FJ 4; 280/2006, FJ 5; 36/2011, FJ 2; 112/2017, FJ 4.

la propia ley que configura el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios.

No obstante, se ha instalado en la evolución última de esa jurisprudencia una perturbadora confusión de las funciones de la ley, que superpone ambos planos pese a que responden a lógicas diversas, y de la que son manifestación paradigmática, de nuevo, las SSTC 119/2014 y 8/2015.

La STC 119/2014 ha rechazado la inconstitucionalidad de la norma legal reformadora —del párrafo octavo del artículo 82.3 del ET— que limita la fuerza vinculante de los convenios colectivos estatutarios al permitir su inaplicación sin acuerdo de las partes, por la decisión dirimente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de órganos autonómicos, con el argumento último de que *«el convenio colectivo ha de respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario en la Ley; esta puede incluso afectar legítimamente a los convenios colectivos vigentes a su entrada en vigor, sin que por ello resulte vulnerado el principio de seguridad jurídica»* [FJ 4.A].

La constitucionalidad de la imposición legal de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, sin contradicción posible de los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales, vuelve a vincularse en la STC 119/2014 a la superior posición que la ley ocupa en la jerarquía normativa y al consiguiente *«deber de respeto del convenio colectivo a la norma legal»*, atendiendo *«a la naturaleza jurídica dispositiva o imperativa que el legislador laboral haya podido atribuir a las normas legales que regulan la negociación colectiva»* [FJ 6.a)].

El argumento está asimismo en las previsiones previas y generales de la STC 8/2015, en cuyo FJ 2.e) se lee: *«el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa»*.

5. LA FUERZA VINCULANTE CONSTITUCIONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y LA ARTICULACIÓN DE RELACIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE LA LIBERTAD SINDICAL CON LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y EL PODER EMPRESARIAL; LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EFICACIA LIMITADA Y EXTRAESTATUTARIA (AL MARGEN DE LA LEY GARANTIZADORA) SIN FUERZA VINCULANTE (DENTRO DE LA LEY LIMITADORA)

La fuerza vinculante de los convenios colectivos supone la prevalencia efectiva de la autonomía colectiva sobre la voluntad individual. Tal es su contenido definitorio o contenido esencial, constitucionalmente garantizado y

que la ley ha de garantizar, y que se traduce en la «eficacia real»⁶⁵ de lo pactado, inderogable e indisponible por la autonomía de la voluntad individual.

Su delimitación, no obstante, se ha enfrentado, desde el principio, a las dificultades planteadas por la eficacia normativa de que han dispuesto, por obra del legislador, los convenios colectivos acomodados al título III del ET. Una circunstancia que ha empañado la definición constitucional de la institución, pues la primera sentencia que se ocupó de tal empeño lo hizo teniendo a la vista un convenio colectivo de eficacia general. No obstante, la STC 58/1985 situó la fuerza vinculante en su lugar preciso, el artículo 37.1 de la Constitución, y, como es sobradamente conocido, definió «la garantía constitucional de la fuerza vinculante [...], en su versión primera y esencial», como «la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales» (FJ 3).

Aquella sentencia fue también capaz de construir los principios de ordenación de las relaciones entre la autonomía colectiva y la individual, para cohesionarlos, con un valor general, que ha de proyectarse sobre cada caso concreto, y que, también aquí, matizaría la posterior STC 208/1993. En sus enunciados, la negociación colectiva no pueda anular la autonomía individual, pues ésta es garantía de la libertad personal, pero el terreno de los derechos o intereses individuales no puede sustraerse a la negociación colectiva; lo contrario, niega «el propio significado del Convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones precisa la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos» (FJ 6). En términos muy próximos, de convivencia de ambas autonomías a partir de la prevalencia de la colectiva, la STC 208/1883 volvería sobre la fuerza vinculante constitucional de los convenios colectivos, que significa la capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual, la prevalencia del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo, y el condicionamiento de la voluntad unilateral del empleador, «pero sólo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales», cubiertos por el derecho fundamental a la libertad de empresa (FJ 3).

La jurisprudencia constitucional se ha movido generalmente en el contexto de la eficacia personal general y normativa que el ET depara a los con-

⁶⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, «La eficacia jurídica de los convenios colectivos», *Temas Laborales*, núm. 76, 2004, pág. 25; «El derecho constitucional a la negociación colectiva», en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, cit., pág. 1231.

venios colectivos (se recordará: de «relevancia cuasi-pública», o «en la más importante de sus manifestaciones»). Hasta el punto de que no es extraño encontrar en sus decisiones la definición que de la fuerza vinculante constitucional hizo la STC 58/1995 para predicarla de los atributos propios de la fuerza vinculante legal de aquellos convenios. Como tampoco es inusual que esas mismas decisiones hagan derivar ese predominio de lo colectivo sobre lo individual del derecho fundamental de libertad sindical, en cuyo contenido esencial, en su vertiente funcional, se integra el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva. La prevalencia de la autonomía colectiva y la consiguiente eficacia del convenio colectivo de sujetar imperativamente a los contratos individuales constituye «un elemento de la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva como *medio de acción sindical*», afirmará la STC 225/2001, de 26 de noviembre (FJ 6), que se proyecta sobre la configuración del sistema normativo laboral⁶⁶.

A partir de aquí el Tribunal Constitucional ha podido enfrentarse con el notable problema de la utilización de la autonomía individual en masa, o del poder unilateral empresarial, contra los convenios colectivos y la posición negociadora de los sindicatos, y perfilar con nitidez las conductas que «por su trascendencia, importancia, y significado» procedan a regular las condiciones de trabajo o a eludir o soslayar la intervención de los sindicatos en su determinación, vaciando sustancialmente de contenido la libertad sindical, por lo que merecen ser consideradas antisindicales y lesivas del derecho fundamental. Ilustran bien el problema las SSTC 105/1992, de 1 de julio; 208/1993; 107/2000; 225/2001; y 238/2005, de 26 de septiembre.

Esa prevalencia de la autonomía colectiva no impide, naturalmente, la modificación del convenio colectivo, esto es, la alteración de las condiciones pactadas, que es institución ordinaria en la vida del convenio colectivo, que no puede «petrificar» las condiciones de trabajo en ellos pactadas, sometidas «siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales como, en general, en todas las relaciones jurídicas». Lo que impide es la modificación del convenio colectivo por la autonomía individual, o por el ejercicio del poder empresarial, al margen de los procedimientos previstos en los propios convenios colectivos y en la ley, que han contado «siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes»⁶⁷.

Son aquí de nuevo referencia inexcusable las SSTC 119/2014 y 8/2015, que han fundamentado lo contrario al confirmar la constitucionalidad de la facultad atribuida por la ley a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas de acordar la inaplicación a la empresa de lo pactado por los representantes

⁶⁶ STC 107/2000, de 5 de mayo, FJ 9.

⁶⁷ SSTC 105/1992, FJ 6; 225/2001, FJ 4; 238/2005, FJ 4.

de los trabajadores y los empresarios en un convenio colectivo estatutario (párrafo octavo del art. 82.3 LET, en la redacción dada por el art. 14.1 de la Ley 3/2012). Conocemos ya la *ratio decidendi* que ha llevado a esa conclusión: «La norma responde a una finalidad constitucionalmente legítima; pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (art. 40 CE)» en una situación de grave crisis económica⁶⁸.

Pero no es preciso insistir en cuestiones ya tratadas, sino abordar la problemática específica de la fuerza vinculante de los convenios colectivos de eficacia limitada y otros pactos colectivos no acomodados a la regulación del título III del ET, en que también está en juego el derecho de libertad sindical.

La respuesta completa de la jurisprudencia constitucional ha sido que el artículo 37.1 de la Constitución protege el derecho a la negociación colectiva laboral de eficacia limitada y la fuerza vinculante de los pactos, acuerdos o convenios colectivos resultantes. Así lo exige el artículo 28.1 de la Constitución, de cuyo contenido esencial forma parte el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva. Junto a los convenios de eficacia limitada, existe una profusa y extendida negociación colectiva informal de empresa, que se desarrolla al margen de las formalidades del título III del ET, también amparada en el artículo 37.1 de la Constitución y en la fuerza vinculante de cualesquiera convenios producto del ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva, si bien los acuerdos, pactos o convenios celebrados poseen eficacia personal general si se negocian por las representaciones unitarias, pues tal es el ámbito de tales representaciones.

Esa fuerza vinculante, que «por esencia y conceptualmente»⁶⁹, presupone la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio o pacto, se enmarca en la lógica contractual y, en el caso de los convenios colectivos de eficacia limitada, se reduce al estricto ámbito de representación que las partes negociadoras posean para fijar colectivamente las condiciones laborales⁷⁰, cuya imposición sobre los contratos individuales no precisa de aceptación individual, expresa o tácita; a excepción de los supuestos de extensión de esa eficacia limitada a través de cláusulas de adhesión individual de otros trabajadores y empresarios, no representados por los negociadores, supuestos perfectamente lícitos⁷¹. Y, como en el caso de los

⁶⁸ STC 119/2014, FJ 4.B), a la que se remite la STC 8/2015, FJ 5.b).

⁶⁹ STC 105/1992, FJ 6, por todas.

⁷⁰ Se rigen estos pactos «por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil)»: STC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5.

⁷¹ STC 108/1989, de 8 de junio.

convenios colectivos de eficacia general, esa fuerza vinculante constituye un rasgo definitorio la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva como medio de acción sindical que es propio de todo sindicato.

Sin embargo, la STC 8/2015 no ha tenido dificultad en confirmar la legitimidad constitucional de la decisión del legislador, no sólo de limitar, sino de anular, la fuerza vinculante de los pactos colectivos de eficacia limitada (y otros extraestatutarios), al permitir su modificación sustancial por la voluntad unilateral del empresario (art. 41 ET, modificado por el art. 12.1 de la Ley 3/2012), sin vulnerar por ello el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios, ni el derecho de libertad sindical de los sindicatos, en su faceta de derecho a la negociación colectiva. Siendo la finalidad de la medida legal favorecer la flexibilidad interna empresarial como alternativa a la destrucción de empleo⁷², según la exposición de motivos del legislador, tal objetivo sirve a garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), la política de pleno empleo que han de adoptar los poderes públicos (art. 40.1 CE), la libertad de empresa y la defensa de la productividad, que también compete a los poderes públicos (art. 38 CE). No puede dejar de llamarse la atención sobre el razonamiento constitucional que — como el que justifica la licitud constitucional de la operación de inaplicación de los convenios colectivos estatutarios a la empresa por la decisión dirimente obligatoria de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u organismos autonómicos con valor de «acuerdo»⁷³— detalla las «garantías legales», en forma de límites o restricciones del límite (o límites del límite), que confluyen en la regulación legal, y que obran el efecto de que el sacrificio del derecho fundamental a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos extraestatutarios se acomode a la Constitución, y supere, no sin dificultades, el triple juicio de proporcionalidad.

Ese sacrificio no es necesario, pero, según ha dicho la STC 8/2015, no es «*patentemente innecesario*», ya que la modificación unilateral empresarial ha contado con un proceso previo de negociación colectiva fracasado en el período de consultas —sólo en el caso de modificaciones sustanciales colectivas⁷⁴—, que la propia solución legal devalúa, pues, con desacuerdo o acuerdo de las partes, es la voluntad empresarial novatoria la que se impone. Al tiempo, prosigue enigmáticamente la sentencia citada, de la aplicación del precepto legal recurrido se obtienen «más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva» [FJ 4.a)], lo que vuelve a justificar en los «límites de los límites» de la regulación legal que deja a los convenios colectivos de eficacia limitada o reducida desprovistos de la fuerza vinculante constitucional.

⁷² La norma facilita «el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción» [...] [FJ 4.a)].

⁷³ STC 119/2014, FJ 5.A).b) y c) y B); y STC 8/2015, FJ 5.b), por remisión.

⁷⁴ Estas eran las impugnadas, pero el argumento no resuelve el problema.

6. EL PROBLEMA DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. ¿EL CIERRE DE LAS OPCIONES DEL LEGISLADOR Y DEL PLURALISMO POLÍTICO?

A lo hasta aquí dicho cabe añadir todavía, en esta contemplación evolutiva de la doctrina constitucional de interpretación del artículo 37.1 de la Constitución, el entendimiento reciente de los titulares del derecho a la negociación colectiva laboral, que en el enunciado del precepto constitucional lo son «los representantes de los trabajadores y los empresarios».

Siendo el de negociación colectiva derecho integrado en el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical de los sindicatos (art. 28.1 en relación con el artículo 7 CE), el legislador estaba obligado a reconocerles la titularidad de aquel derecho.

En uso de su libertad de configuración, el legislador amplió la titularidad del derecho a los representantes electivos o unitarios de los trabajadores en los centros de trabajo y en las empresas (delegados de personal y comités de empresa) en pie de igualdad con las representaciones sindicales (art. 87.1 del ET de 1980 y del ET de 1995), reconociéndoles legitimación para la negociación de convenios de colectivos de empresa o centro de trabajo dentro del modelo de negociación colectiva configurado por el título III del ET.

No obstante, la primera jurisprudencia constitucional afirmó la distinta posición constitucional de los diferentes representantes de los trabajadores titulares del derecho, en el que calificó de «sistema sindical dual», «en el que la acción sindical, entendida en cuanto actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, puede ser ejercida [...] tanto por el sindicato como por el comité de empresa...». Pero sin que ello signifique «una indefinición constitucional ni una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales», pues la Constitución «constitucionaliza al sindicato» (art. 7), no haciendo lo mismo con las representaciones unitarias, creación del legislador, que sólo encuentran una conexión indirecta con el mandato de promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa del artículo 129.2 de la Constitución (STC 118/1983, de 13 de diciembre, FJ 4).

El sindicato es el titular del derecho fundamental de libertad sindical, que comprende en su contenido esencial el derecho a la realización de la actividad sindical a través de derechos propios como los de negociación colectiva, huelga y conflicto colectivo. También el Convenio núm. 135 de la OIT relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (1971), destaca la prioridad de los sindicatos en los supuestos de coexistencia de representaciones unitarias y sindicales, de modo que «cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se

utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes» (art. 5); adecuado equilibrio de intereses que, necesariamente, en nuestro ordenamiento, ha de partir de la posición constitucional de los representantes sindicales⁷⁵.

Sin embargo, la opción legislativa expuesta no ha garantizado, en nuestra realidad negocial, la primacía constitucional del sujeto sindical en la negociación colectiva de empresa y de centro de trabajo, pese a las consideraciones de la jurisprudencia constitucional y las correcciones introducidas por esa misma jurisprudencia a través de la elevación al plano de la constitucionalidad de los representantes unitarios «sindicalizados» (elegidos en candidaturas sindicales). El legislador ha comenzado a corregir tibiamente ese desequilibrio, atribuyendo preferencia a las representaciones sindicales para negociar convenios colectivos en las empresas y centros de trabajo con fórmulas no del todo claras y no exentas de la crítica doctrinal⁷⁶.

Paradójicamente la jurisprudencia constitucional reciente, amparándose formalmente en su interpretación tradicional, la ha reformulado, marcando la plural atribución *constitucional*, y no meramente legal, del derecho a la negociación colectiva a representantes de los trabajadores distintos a los sindicatos.

La STC 119/2014 ha dejado dicho que del texto constitucional no «se deduce que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores» [FJ 6.e)]. Dando un paso más en la argumentación, con un sesgo nada velado, la STC 8/2015 ha advertido que la atribución del derecho de negociación colectiva a los «representantes de los trabajadores» en el art. 37.1 revela la «clara intención» del constituyente de ampliar la lista de sus titulares, «depositando ese derecho, en consecuencia, no sólo en el sindicato, sino en cualquier sujeto u organización representativa de los trabajadores (como los delegados de personal y los comités de empresa), cuyo fundamento constitucional último no se encuentra en el art. 7 CE, como sucede con los representantes sindicales, sino en los arts. 9.2 y 129.2 CE»⁷⁷. Sin

⁷⁵ SSTC 173/1992, de 29 de octubre, FJ 6; 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 74/1996, de 30 de abril; 95/1996, de 29 de mayo, FJ 3; 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 7.

⁷⁶ RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva; Ley 3/2012.

⁷⁷ Con cita de las SSTC 98/1985, FJ 3, y 208/1989, de 14 de diciembre, FJ 3, ninguna de las cuales se ha referido al art. 9.2 de la Constitución, que ordena a los poderes públicos la promoción de la igualdad y de la libertad reales y efectivas y *la facilitación de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*, y que por vez primera es citado por la STC 8/2015 como fundamento constitucional de las instituciones unitarias de representación de los trabajadores en las empresas.

esconder nuevamente el sesgo, la STC 8/2015 ha concluido que el derecho a la negociación colectiva «ha sido atribuido *también* por la Constitución al sindicato» y que, en definitiva, la negociación colectiva está «*atribuida constitucionalmente a los sindicatos y a otras representaciones colectivas de los trabajadores*» [FJ 2.d)].

La argumentación se ha deslizado a considerar constitucionalmente obligado para el legislador reconocer el derecho de negociación colectiva a distintos representantes de los trabajadores. Si así fuese, en contra de la interpretación de la doctrina científica⁷⁸, que obviamente el Tribunal Constitucional no tiene por qué seguir, pues es el intérprete supremo de la Constitución, resultaría inconstitucional la reserva del derecho en exclusiva a los sindicatos, sin perjuicio de que el legislador, en su amplia libertad de configuración dentro de la Constitución, atribuyera una modalidad de negociación colectiva únicamente a los sindicatos (la negociación colectiva de eficacia general y normativa del título III del ET, lo que enlazaría con aquella primera jurisprudencia constitucional que hubo de justificar la constitucionalidad de la legitimación exclusiva de los sindicatos representativos para negociar convenios colectivos supraempresariales desde la perspectiva del derecho de libertad sindical, en su contenido de trato igual de los sindicatos, y de la libertad negativa de afiliación sindical)⁷⁹.

Sorprende el empeño en hacer equivalentes los sindicatos y las representaciones colectivas de los trabajadores en la titularidad constitucional del derecho a la negociación colectiva para dar respuesta a la impugnación de los recurrentes sobre la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa. Es una argumentación, sin duda, excesiva, que llega a cuestionar la, por otra parte, ensalzada libertad del legislador y el valor superior del pluralismo político para configurar el derecho, predeterminando un modelo de negociación colectiva dual en la empresa que la Constitución no ha fijado ¿Impediría su artículo 37.1 una operación legal de reordenación del doble canal de representación de los trabajadores en las empresas en que las representaciones unitarias no dispusiesen de la facultad de negociar convenios colectivos, o de negociar convenios colectivos dentro del título III del ET? Mas allá de la empresa no se sabe qué otras representaciones colectivas serían titulares del derecho fundamental, pues quedan desprovistas de identificación.

Sí se sabe, según jurisprudencia constitucional reiterada y ya citada, que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, el derecho de los sindicatos de participar en la determinación de las condiciones de

⁷⁸ J. LAHERA FORTEZA, La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios, CES, Madrid, 2000, pág. 117.

⁷⁹ SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 12/1983, de 22 de febrero, FJ 2; 73/1984, de 27 de junio, FJ 2; 98/1985, FJ 10.

trabajo, cuyo instrumento básico, según se desprende de la Constitución y de los convenios internacionales, es la negociación colectiva. El derecho a la negociación colectiva de eficacia limitada hace reconocible el derecho de libertad sindical, que lleva a su contenido esencial el derecho al trato igual entre los sindicatos, salvo causa objetiva y proporcional que justifique un diferente trato, como es la condición jurídica de representatividad, que justifica su legitimación legal para negociar convenios colectivos de eficacia general en el sistema de negociación y contratación colectiva del título III del ET.

7. RETOS DE FUTURO

La protección de la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos por el legislador constituye una tarea urgente. No es posible un futuro de trabajo digno y decente, como quiere la OIT⁸⁰, sin la gobernanza colectiva y sindical de ese trabajo y sin instrumentos eficaces de diálogo social y de negociación colectiva, que ha de ser garantizada ante los desafíos de las nuevas formas de trabajar y de los nuevos modelos de negocio y de organización empresarial, y no devaluada. Ese futuro de trabajo decente tampoco es posible sin el respeto de los derechos fundamentales basados en la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). A este respecto tampoco puede olvidarse que devaluar el derecho fundamental de negociación colectiva, y con él el de libertad sindical, es devaluar la capacidad normativa de la Constitución, que deja de sujetar, o lo hace en menor medida, al legislador democrático.

En un balance sintético de la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 37.1 de la Constitución, es fácilmente apreciable que de la consideración de la negociación colectiva como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas e instrumento de mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, y del bienestar social general⁸¹, se ha pasado a concebirla como un obstáculo a la realización de los objetivos del legislador reformador dirigidos a facilitar la libertad de empresa y la mejora de su productividad y competitividad, mediante mecanismos de adaptación flexible de las condiciones de trabajo a las necesidades empresariales, para crear empleo en una situación de grave crisis económica y de destrucción de empleo.

De ser la negociación colectiva un «instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo»⁸², es la ley la que ocupa esa esencialidad, en la configuración limitadora del derecho, pero también en el terreno de la

⁸⁰ Sobradamente conocida es su *Iniciativa relativa al futuro del trabajo* (Ginebra, 2015), su informe sobre el *Futuro del trabajo que queremos: un diálogo global* (Ginebra, 2017), y el informe de la Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro mas prometedor* (Ginebra, 2019).

⁸¹ STC 58/1985, FJ 6.

⁸² SSTC 208/1993, FJ 4.

ordenación material de las condiciones de trabajo, constriñendo la regulación convencional colectiva para evitar su oposición a los requerimientos de adaptación de las condiciones de trabajo al mercado y a los intereses empresariales, de nuevo en una coyuntura económica recesiva. Cabe añadir que, pese a la desautorización de la STC 58/1985, la ley se comporta en ocasiones como norma de delegación para ordenar, con significación resolutoria, la aplicación preferente de la negociación colectiva a la empresa, o su inaplicación.

Si la jurisprudencia constitucional había afirmado que nuestro sistema constitucional de relaciones laborales, de libre configuración y reforma por el legislador, se asienta en ciertas premisas constitucionales, entre las que se encuentra el derecho de negociación colectiva y la eficacia de sus acuerdos y el derecho de libertad sindical, que se cohonestan con la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado a partir de la divergencia de intereses protegidos en el sistema de unidad del orden constitucional, aquellos derechos no se cohonestan con esa libertad si no actúan en su beneficio ante el mal comportamiento de la economía y del empleo. El significado de la fuerza vinculante de los convenios colectivos como predominio de la voluntad colectiva, y de la libertad sindical, sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, sin excluir un espacio propio de la autonomía individual y del ejercicio de los poderes empresariales, ha invertido el orden de los factores, de modo que la autonomía individual y el espacio propio de los poderes empresariales han corregido aquel predominio y el espacio de la voluntad colectiva y de la acción sindical.

En fin, se recordarán expresiones terminantes de la jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de promoción por el legislador del hecho sindical y sobre la posición singular de los sindicatos en cuanto instituciones de relevancia constitucional, con las asociaciones empresariales, piezas básicas e insustituibles del Estado social y democrático de Derecho. El Tribunal Constitucional ha reconocido que «sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan hacen posible la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos, y que se traduce en su fuerza vinculante [...]»⁸³. Nada queda de esas declaraciones en la jurisprudencia constitucional que ha pasado a conferir la titularidad constitucional del derecho a la negociación colectiva a otras representaciones colectivas de los trabajadores no sindicales.

La ley como garantía del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos está llamada por el artículo 37.1 de la Constitución a desplegar tales fines. Sin embargo, en la jurisprudencia constitucional de la crisis económica y del empleo la garantía que ha

⁸³ SSTC 98/1985, FJ 7; 105/1992, FJ 6, por todas.

de desplegar el legislador se ha trastocado a fin de evitar que a través de la negociación colectiva se puedan reducir o eliminar los propósitos económicos del legislador. La garantía constitucional se ha dirigido a la opción política de la ley limitadora de la negociación colectiva, y no a la negociación colectiva dentro de las posibles opciones políticas sobre la garantía constitucional de la negociación colectiva.

De este sucinto balance de la jurisprudencia constitucional queda la concepción del derecho a la negociación colectiva como derecho «esencialmente» de configuración legal, que, en tanto la jurisprudencia constitucional no la modifique y vuelva a acomodar en la estructura del derecho fundamental a la negociación colectiva laboral sus contenidos constitucionales y la garantía específica por la ley de su poder de autorregulación y de la fuerza vinculante de los convenios, indica que la solución está en el designio político del legislador de garantizar el derecho y la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Protagonista y responsable de la regulación del derecho a la negociación colectiva, el legislador democrático está facultado para aprobar las normas reformadoras analizadas en una coyuntura de intensa crisis económica y de empleo cuyo enjuiciamiento constitucional ha dado lugar a una doctrina constitucional distinta —pese a tomar pie y no dejar de citar la doctrina constitucional precedente—. Igualmente lo está para modificar esas normas y adoptar otras.

Segunda Ponencia

**EL ART. 37 CE COMO MARCO PLURAL
PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO
DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
Presidente emérito del Tribunal Constitucional

Mis primeras palabras deben de ser para agradecer a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos la invitación que me han hecho para participar en esta jornada. Constituye un gran honor para mí estar esta mañana ante ustedes. Quisiera, además, felicitarles por la iniciativa de la celebración de esta conmemoración del 40 aniversario de la Constitución de 1978, que a todos los ciudadanos nos atañe. A menudo tengo la sensación de que el principal fallo en el que, como sociedad, hemos incurrido ha sido el tan español de no apreciar lo que tenemos, el de no poner valor lo que la Constitución de 1978 ha supuesto y supone para nuestra convivencia en paz y en libertad. Ojalá este aniversario y la celebración de actos como éste, contribuyan a escribir ese relato colectivo y compartido que tan necesario nos sería.

1. EL CONSENSO CONSTITUCIONAL Y LA CONSIDERACIÓN DEL PLURALISMO COMO VALOR SUPREMO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como bien demuestra el hecho de que estemos celebrando su cuarenta aniversario, la Constitución de 1978 constituye un punto de inflexión en nuestra atormentada historia política. Se trata del texto constitucional de más larga efectiva vigencia en la España contemporánea, lo que constituye ya todo un hito. «La mejor Constitución de nuestra Historia», la ha llamado Benigno Pendás en el Prólogo a la monumental obra «España constitucional (1978-2018)», recientemente publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales¹. El hecho mismo de que exista un debate social abierto sobre la necesidad de su reforma es, creo, buena prueba de que pese a los años transcurridos goza de buena salud, pues sólo se reforma lo que se quiere conservar.

El código genético de la Constitución del 78 —se ha repetido hasta la saciedad pero el rigor obliga a volver a hacerlo— hay que hallarlo en el

¹ B. PENDÁS, «Prólogo» en AA.VV. *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, CEPC, Madrid 2018, T.I, pág. 1.

consenso, que explica tanto su proceso de gestación como la morfología de su texto. Los constituyentes, en efecto, quisieron exorcizar el pasado y evitar una Constitución de bandería o de partido, para hacer un texto de todos y en el que todos pudieran reconocerse.

La gestación del texto constitucional durante el proceso constituyente fue un continuo ejercicio de transacción y compromiso². Por una vez —esperemos que no sea la última—, los constituyentes supieron entenderse y deponer, por encima de su ideología, de sus intereses particulares y de sus pasiones, el interés de todos que inteligentemente identificaron en un gran pacto integrador.

El resultado de la práctica del consenso fue el consenso mismo³: un amplio denominador común. Un texto en el que, si de una parte, se afirman un conjunto de valores y principios comunes y se reconoce y garantiza un amplio catálogo de derechos y libertades —derechos políticos pero también derechos económicos y sociales—, de otra, se sientan las bases institucionales de una democracia avanzada, en la que conforme al juego democrático los partidos políticos van a poder alternarse y sucederse en el ejercicio del poder, desarrollando sus diferentes programas. Por decirlo en palabras que constituyen ya un verdadero mantra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Constitución se configura como «un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». Afirmación rotunda de la STC de 8 de Abril de 1981, a la que el Alto Tribunal añade: «La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos, queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo» (F.J. 7).

Hasta veinte veces he encontrado repetida en la jurisprudencia constitucional, sobre los más variados temas, esta cita literal del Fundamento Jurídico

² Así lo atestiguan los ponentes constitucionales. Vid. J. P. PÉREZ LLORCA, «¿Balance o liquidación?», en AA.VV. *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, CEPC, Madrid 2018, T.I, págs. 58 y 59 y ALFONSO GUERRA, «La Constitución del consenso», *Ibidem*, pág. 94. Asimismo, M. HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *El valor de la Constitución*, Ed Crítica, Barcelona 2003, págs. 34 y ss.

³ De «consenso no sólo como acuerdo entre las fuerzas políticas sino también como pacto histórico» habla ARAGÓN REYES, para quien el consenso se previó «tanto en sentido horizontal como vertical: consenso en el presente, pero también consenso con el pasado y consenso exigido para el futuro» (Cfr. en M. ARAGÓN REYES, «El camino hacia la Constitución: La articulación jurídica de la transición», en sus *Estudios de Derecho Constitucional*, CEPC, 3ª edición, pág. 153).

dico 7 la sentencia 11/1981, de 8 de Abril, que no es, desde luego, la única formula con la que el Constitucional destaca la importancia que el pluralismo político tiene como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)⁴ pero sí, quizás, la más feliz.

Este empeño integrador, esta voluntad inclusiva, el constituyente la trasladó al texto constitucional, al tenor de sus preceptos, utilizando en la redacción de los mismos toda una serie de expedientes y técnicas, que han sido perfectamente identificadas y ponderadas por la doctrina constitucionalista, a saber:

- Cuidando la redacción de los preceptos y optando en general por enunciados de textura abierta.
- Estableciendo cuidadosos equilibrios en la formulación de los derechos que están llamados a interactuar y pueden entrar en colisión o conflicto.
- Diversificando la eficacia de los distintos derechos que reconoce, sin perjuicio de la eficacia normativa de todo el texto constitucional. Toda la Constitución tiene, en efecto, eficacia normativa, mas se trata de una eficacia diversificada que se traduce en intervenciones del legislador de geometría muy variable.
- Utilizando ampliamente, amplísimamente diría, las remisiones al legislador a lo largo de todo el texto.

Se trata todas ellas de técnicas que tienen una virtualidad política indiscutible: posibilitar una lectura abierta y plural de la Constitución, de suerte que al amparo del mismo texto fundamental y sobre la base de unos mismos preceptos, si bien que interpretados por cada legislador conforme a los amplios márgenes que la propia Constitución le reconoce, puedan las distintas mayorías y ejecutivos —«la democracia es un sistema competitivo»⁵— desarrollar su acción de gobierno. Como ha sido muy oportunamente observado, «la Constitución deja ancho campo a la confrontación política de distintas ideas y programas que, como en toda democracia, ha de ser resuelta mediante la regla de la mayoría para reconducir el pluralismo a la voluntad

⁴ La Constitución — vuelve a decir el TC en su ST 194/1989, de 16 de Noviembre— «suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquel puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad (...) El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a ese terreno es el Tribunal Constitucional» (F.J. 2).

⁵ M. HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «Espíritu de integración», en AA.VV., *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, CEPC, Madrid 2018, T.I, págs. 58 y 59.

del Estado y aprobar leyes, cambiantes o reversibles, cuando cambie la voluntad democrática que las alumbró. El ámbito de libertad del legislador es, pues amplio; su límite es la Constitución y su reforma»⁶.

Recientemente el Presidente González ponía en valor la Constitución del 78 y lo hacía en los siguientes términos: «Hay una cosa que está probada, la validez de la Constitución que nos rige desde hace 40 años... Estos 40 años han demostrado que es perfectamente posible convivir institucionalmente con esa Constitución, facilitando la alternancia entre propuestas que son completamente distintas» y animaba a renovar el consenso constitucional para abordar la reforma constitucional necesaria⁷.

2. LOS PRECEPTOS SOCIOLABORALES DE LA CONSTITUCIÓN COMO MARCO DE POLÍTICAS LABORALES PLURALES

Este carácter inclusivo e integrador que puede en general predicarse de la Constitución en su conjunto, creo que puede y debe asimismo predicarse del bloque sociolaboral de la Constitución, esto es, de los preceptos que en la Constitución reconocen los derechos fundamentales de los trabajadores (derecho de libertad sindical, derecho de huelga, derecho al trabajo, derecho de negociación colectiva, derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo) y de los que están llamados a orientar la actuación de los poderes públicos en el ámbito laboral (política orientada al pleno empleo, política que garantice la formación y readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo y el descanso necesario) y de la Seguridad Social (mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos).

Porque, en efecto, respecto de estos preceptos el constituyente utilizó las mismas técnicas de las que se sirvió con carácter general a la hora de redactar el resto del texto constitucional y que, como hemos visto, resultan instrumentales a la lectura plural e inclusiva de la Constitución, a saber:

1º) En primer lugar, al redactar los preceptos constitucionales, que reconocen los derechos laborales con importantes elementos de apertura. Como muestra, y a título meramente ejemplificativo, en el art. 28.2 CE el derecho de huelga de los trabajadores se reconoce para la defensa de «sus» intereses y el propio precepto contempla un límite expreso, formulado en términos particularmente laxos: se establecerán las garantías necesarias para asegurar «el mantenimiento — repárese en estos términos— de los servicios esenciales para la comunidad»; en el art. 37 se encomienda a la ley la función de garantizar la negociación colectiva,

⁶ M. E. CASAS BAAMONDE, «Constitución, Ley y Tribunal Constitucional. Cuarenta años después», en AA.VV., *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, CEPC, Madrid 2018, T.I, pág. 885.

⁷ Entrevista en «El País» del 14 de Octubre de 2018.

que se califica específicamente de «laboral», entre — de nuevo una formulación laxa— «los representantes de los trabajadores y empresarios», así como «la fuerza vinculante de los convenios», inciso no ciertamente concluyente a tenor del largo e intenso debate que ha suscitado y suscita; en el art. 35, en fin, el derecho al trabajo se reconoce «a todos los españoles» meramente enunciándolo y se dice que «la ley regulará un estatuto de los trabajadores».

2º) En segundo lugar, al reconocer en paralelo, junto a los derechos sociales, los derechos y principios que integran la llamada Constitución económica, que están llamados a interactuar con los primeros, pues la unidad del texto constitucional obliga a aspirar a la plenitud de todos ellos y exige su interpretación integrada⁸. En efecto, junto a los derechos laborales, en los arts. 33 y 38 se reconocen, respectivamente, el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y se asigna a los poderes públicos la función de «garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Estos derechos constitucionales, como es sabido, han sido en ocasiones invocados para justificar determinadas opciones laborales de política del Derecho.

A estos importantes preceptos ha venido recientemente a añadirse, integrando la llamada Constitución económica, el nuevo art. 135 de la Constitución, que, como es sabido, constituye una de las dos únicas reformas que ha experimentado el texto constitucional y es la respuesta que el constituyente español —no el legislador ordinario— dio a la llamada Gran Recesión, esto es, a la crisis económica mundial que comenzó en el 2008. El 135 constitucionaliza el principio de estabilidad presupuestaria y obliga a «todas las Administraciones Públicas a adecuar sus actuaciones a él».

3º) En tercer lugar, por la diversificación de las eficacias. Los preceptos socio-laborales de la Constitución han sido cuidadosamente ubicados por el constituyente, que a través de esta selección ha querido delimitar los espacios de juego de los distintos sujetos concernidos. Así los derechos de libertad sindical y huelga se ubican en la sección 1ª del Capítulo II del Título I, entre los «derechos fundamentales y libertades públicas»; el derecho de negociación colectiva, el derecho adoptar medidas de conflicto colectivo y el derecho al trabajo se reconocen como «derechos de los ciudadanos» en la Sección 2ª del mismo Capítulo, ubicación que comparten con el derecho de propiedad y con la libertad de empresa; y en el Capítulo III entre «los principios rectores de la política social y económica» se ubican, las grandes encomiendas a la actuación de los poderes públicos⁹:

⁸ Sobre la repercusión laboral de la Constitución económica, vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (dtor), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 2005.

⁹ La doctrina ha llegado a llamar a estos principios «derechos débiles», «derechos aparentes» o, en su caso, derechos legales (JIMÉNEZ CAMPO) (Cfr. M. ALONSO OLEA y M.E CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 22 ed., Madrid 2004, pág. 783).

protección social de la familia; política orientada al pleno empleo, que garantice la formación y readaptación profesionales, velar por la seguridad e higiene en el trabajo, garantizar el descanso necesario mediante la limitación de la jornada y las vacaciones periódicas retribuidas; mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos; derecho a la salud; tratamiento y amparo de los minusválidos, protección a la vejez¹⁰. Como apuntábamos, esta eficacia diversificada abre un complejo y sutil juego de roles, en el que los ciudadanos, el legislador —orgánico y ordinario—, los jueces ordinarios y el propio Tribunal Constitucional, en función del derecho de que se trate, tienen más o menos que hacer y que decir.

4º) En cuarto lugar, por el importante papel que corresponde a las remisiones al legislador¹¹, al que el constituyente atribuye «un relevantísimo papel en la ordenación de las relaciones laborales»¹². Al legislador orgánico se remite expresamente el constituyente para limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de libertad sindical a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y para regular las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos, y al mismo legislador encomienda la regulación de la huelga que «establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Al legislador ordinario atribuye la función de regular «un estatuto de los trabajadores», la de garantizar «el derecho a la negociación colectiva laboral» y «la fuerza vinculante de los convenios», y la de regular el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, que, «sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad». La regulación, en efecto, de todos estos derechos fundamentales, sólo puede llevarse a cabo por ley que, en todo caso «deberá respetar su contenido esencial»

¹⁰ La efectividad de los principios rectores — recordaba recientemente un padre de la Constitución— «pende en gran medida de las dotaciones presupuestarias disponibles, realidad que nada puede suplir, pero que, a su vez, pende de las opciones del Gobierno a la hora de elaborar y ejecutar los Presupuestos, de cómo ordena sus prioridades y con qué energía defiende la prevalencia de los valores afirmados en nuestra Constitución». Su eficacia provendrá, no de su redacción, ni de sus garantías formales, «sino de las políticas adoptadas por los poderes públicos, cuyo margen de discrecionalidad atendiendo a las circunstancias políticas, económicas y técnicas es imposible negar» (Cfr. M. HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Op. cit.*, pág. 47).

¹¹ «Hay que admitir — ha escrito DÍEZ PICAZO— que en muy buena parte la Constitución requiere de la remisión a otras normas, generalmente legales; que establece el orden del sistema normativo, pero no tiene pretensiones de una aplicación directa. En ocasiones es la propia Constitución la que lo deja perfectamente claro», tal acontece con los principios rectores de la política social y económica (L. DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, «Constitución, Ley y Juez», en AA.VV., *España constitucional (1978-2018)*, CEPC, Madrid 2018, pág. 3881).

¹² I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, *Ley y Autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, MTSS, Madrid 1987, pág. 132.

(art. 53.1 CE)¹³. Por su parte, los principios rectores de la política social y económica, que están llamados a inspirar la legislación positiva, sólo de acuerdo con su desarrollo legal podrán ser alegados ante los Tribunales.

Pese a que el texto constitucional, como hemos visto, contempla, también en la que cabría denominar la Constitución laboral todos los elementos de apertura que abonan en favor de una lectura plural e inclusiva de la Constitución, en general la doctrina laboralista española, cuando menos un sector muy mayoritario de la misma, desde la primera hora de vigencia de la Constitución, rechazó tal lectura. En parte por la lógica voluntad de afirmación máxima de los derechos colectivos de los trabajadores, unos derechos que habían sido ignorados y mortificados durante el régimen anterior; en parte por la ausencia de una tradición y cultura constitucionales y, específicamente, de un bagaje sobre la interpretación constitucional; y, en parte, también, por la excesiva influencia de un sector de la doctrina italiana que había respondido a su situación doméstica de bloqueo político haciendo una lectura beligerante de su texto constitucional, lo cierto es que cuando uno lee los primeros — y segundos comentarios— a los preceptos laborales de la Constitución, lo que le sorprende es no hallar en su lectura esos elementos de apertura y pluralidad que la génesis y la factura de la entera Constitución reclaman. La Constitución se lee —y la situación en buena medida perdura— en términos unívocos y cerrados, como si el constituyente, a diferencia de lo que había hecho con carácter general, sobre lo laboral hubiera tenido «in mente» toda una serie de modelos que el texto constitucional no habría hecho sino consagrar. Así se hablaba y se habla de un modelo constitucional de derecho de huelga, de un modelo constitucional de negociación colectiva, de un modelo constitucional de relaciones laborales...

No tengo que advertir de las consecuencias políticas que habría tenido esta lectura constitucional unívoca y excluyente de imponerse: todos los planteamientos de política del Derecho que no respondiesen al correspondiente modelo teórico-doctrinal, por más que pudieran ser factibles e incluso habituales en países de nuestro entorno, con textos constitucionales similares al nuestro, hubieran sido considerados aquí inconstitucionales y proscritos del espectro constitucional.

Por fortuna no ha ocurrido así y el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, a lo largo de su ya larga existencia ha hecho, creo, la lectura integradora e inclusiva que cabía esperar, defendiendo la vigencia y la fuerza normativa de la Constitución laboral, pero, precisamente por ello,

¹³ Como ha señalado L. DIEZ PICAZO, «el único campo posible de aplicación directa» de la Constitución «es el de los derechos fundamentales que disponen de un ámbito especial de protección», pero «para que la Constitución sea aplicable directamente será necesario además que el legislador no haya hecho uso de la potestad que se le reconoce en el art. 53.1CE para regular el ejercicio de tales derechos y libertades, respetando, por supuesto, su contenido esencial» (*Op. cit.* pág. 3883).

manifestando el respeto —la deferencia si se quiere— que en un sistema constitucional es debida al legislador democrático. No deja de ser significativo el que el mantra constitucional del que les hablaba al principio de mi intervención, el que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio en el que caben opciones políticas de muy diferente signo, fuera acuñado por el Tribunal Constitucional en una Sentencia laboral, la ST de 8 de Abril de 1981, que enjuició la constitucionalidad del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo y de la que fue ponente el magistrado y eminente civilista don Luis Díez Picazo. Una sentencia, por cierto, que fue recibida por la doctrina laboralista con críticas muy acervas, que causaron —me consta— gran desazón en su ponente; la misma doctrina que hoy reconoce la inteligencia, sabiduría jurídica y prudencia de aquel pronunciamiento constitucional.

No ha sido infrecuente que en el control de constitucionalidad de las normas y reformas laborales que ha conocido el Alto Tribunal haya invocado el pluralismo político en sus decisiones. Así lo hizo, por ejemplo, en su ST 6/1984, de 24 de Enero, en la que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura de Trabajo nº 18 de Madrid sobre el art. 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, que establecía para las pequeñas empresas un régimen indemnizatorio distinto y más favorable, en la que tras rechazar que dicha regulación fuera contraria al art. 14 de la CE, señaló: «La conclusión negativa a la que llegamos no significa que el legislador, sin vulnerar la Constitución, no puede modificarlo, dado que el pluralismo político, que es uno de los valores superiores del Ordenamiento (art. 1 de la Constitución), permite contemplar en el marco de la Constitución, diversas soluciones legales, siendo el Estatuto de los trabajadores la norma en la que en su caso habrá de plasmarse, de acuerdo con el art. 35.2 de la misma» (F.J.4). Así lo hizo en su ST 210/90, en la que el pleno del Tribunal enjuicia la constitucionalidad de la Disposición transitoria de la Ley 4/1983, que redujo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, donde sostuvo que resultaba «insostenible plantear la correspondencia de la norma cuestionada con un hipotético modelo constitucional de relaciones laborales, que la Constitución no diseña, aunque establece las premisas desde las cuales, tanto el legislador como la actuación de las partes sociales, permite configurar, de forma dinámica, cambiante y abierta, un sistema de relaciones laborales, de los varios que serían compatibles con el orden constitucional». Y lo ha vuelto a hacer con ocasión de su enjuiciamiento de la reforma laboral del 2012, en la ST 8/2015, cuyo fundamento jurídico 2 concluye afirmando que «la Constitución de 1978 no diseña un modelo cerrado de relaciones laborales, ni más concretamente, de negociación colectiva, correspondiéndole al legislador estatal, en ejercicio de las funciones que la propia Constitución le confiere, configurar el que considere más idóneo en cada momento (ST 11/1981, de 8 de abril, F.j. 7), eligiendo entre las distintas alternativas posibles la que estime más adecuada, no sólo para alcanzar los objetivos que aquella le impone, sino también para adoptar las medidas precisas que garanticen su realización. De todo ello se deduce la habilitación al legislador estatal para realizar su conceptualización

jurídica en cada momento, entre diferentes alternativas, en atención a las circunstancias económicas subyacentes y a las necesidades sociales a las que se pretenda dar cobertura. El constituyente no quiso definir el modelo de relaciones laborales aplicable, ni tampoco restringir la acción del legislador más allá de los límites explícitos que le ha impuesto, dejándole un importante ámbito de posibilidades para configurar el citado modelo y para articular cada institución que lo integre, no sólo como un instrumento de su desarrollo, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la Constitución le impone (en el mismo sentido, aunque con relación a la definición del modelo de sistema tributario aplicable, STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 c)».

Precisamente porque la Constitución garantiza este nivel de apertura, el enjuiciamiento constitucional de las reformas laborales que se han sucedido desde 1984 por parte del Tribunal Constitucional ha sido, en general, favorable a la constitucionalidad de las reformas, no hallando mayores contradicciones entre los textos legales reformadores y el constitucional¹⁴. Unas reformas entre las que, como ha señalado la mejor doctrina, se aprecian notables «conexiones y líneas de continuidad entre las operaciones promovidas sucesivamente por Gobiernos de una y otra adscripción ideológica, que no parecen haber encontrado, ni unos ni otros, barreras insuperables en la Constitución para estas nuevas tendencias reguladoras de signo flexibilizador y con finalidad de adaptación económica»¹⁵.

En efecto, como el propio Alto Tribunal ha podido concluir en su STC 8/2015, «de la evolución legislativa que ha experimentado el modelo de relaciones laborales a lo largo de estos últimos treinta años, se puede extraer una clara conclusión: cada norma que lo ha modulado representa una opción legislativa diferente como un instrumento al servicio de una concreta política económica y social del Gobierno y Parlamento de cada momento, respecto de la cual no es suficiente la mera discrepancia política para destruir su presunción de constitucionalidad (STC 19/2012, de 15 de Febrero, FJ 3).

3. LA INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN EJEMPLO DE LECTURA INCLUSIVA

Quisiera traer a colación un ejemplo, que creo bien elocuente, de esa lectura integradora e inclusiva por el Tribunal Constitucional a la que vengo

¹⁴ En el mismo sentido, J. GARCÍA MURCIA, «Presentación», en J. GARCÍA MURCIA (Director), en *El Control de Constitucionalidad de las Normas Laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona 2015, pág. 37.

¹⁵ J. GARCÍA MURCIA, «Crisis económica y Derecho del Trabajo: el proceso de reformas laborales», en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, CEPC 2015, pág. 59, nota 59.

aludiendo. Me refiero a su interpretación del art. 37.1 de la Constitución, precepto que reconoce el derecho de negociación colectiva en los siguientes términos: «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». Creo que se trata de un buen ejemplo a efectos de acreditar la tesis que vengo defendiendo en primer lugar, sin duda, por la importancia de la negociación colectiva en cualquier sistema de relaciones laborales y también en el nuestro, pero en segundo lugar porque creo que ningún otro precepto constitucional laboral fue como éste objeto de la lectura unívoca y cerrada que vengo criticando¹⁶. Se interpretó y aún se interpreta el art. 37 de la Constitución como si de un precepto legal se tratara y a cada una de los interrogantes que abre se le dio y continúa dándosele una respuesta cerrada. Así, por ejemplo, son tesis compartidas por importantes sectores de la doctrina que del art. 37 se deriva una prohibición general de cualquier injerencia del Estado en todos los momentos de la negociación colectiva, que cualesquiera representaciones de trabajadores y empresarios tienen derecho *ex Constitutione* a la negociación colectiva y que todos los convenios colectivos tienen también por imperativo constitucional eficacia jurídica normativa¹⁷.

No ha sido, sin embargo, ésta la clave de lectura del Tribunal Constitucional, como enseguida veremos. Antes al contrario, dando muestra de gran

¹⁶ ALONSO OLEA alertó ya en su día sobre la tentación de «manufacturar un lecho de Procasto» para el art. 37 CE y, la aún más grave, de «operar con una superestructura jurídica artificial» (Cfr. *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid 1982, pág. 113).

¹⁷ Tales han sido las tesis de Sala Franco en sus sucesivos e importantes trabajos. Vid. T. Sala et alrri, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, EDESA, Madrid 1981, pág. 546; *Los convenios colectivos extraestatutarios*, IES, Madrid 1981, o *La negociación colectiva y los convenios colectivos*, Deusto, Bilbao 1990, págs. 11 y ss. En parecidos términos, vid. en fecha más reciente J.L. MONEREO PÉREZ, «Modelo constitucional de negociación colectiva», en J.L. MONEREO PÉREZ y M^a. NIEVES MORENO VIDA (Dtores.), *El sistema de negociación colectiva en España*. Estudio de su régimen jurídico, Aranzadi, Pamplona 2013, págs. 77 y ss. Aún ampliamente mayoritarias, estas tesis no son hoy, sin embargo, unánimes en la doctrina. Vid. p. ej., F. DURÁN LÓPEZ, «Los convenios colectivos» en *El modelo social en la Constitución española de 1978* (A. SEMPERE NAVARRO (dtor.), MTASS, 2003, págs. 175 y ss. Para DURÁN, «no hay ningún argumento para sostener, con algo más de fundamento que la mera imaginación del intérprete, que del artículo 37. 1 de la Constitución deriva de manera necesaria y directa el carácter normativo del convenio colectivo, su consideración como fuente de Derecho. Pero tampoco de las exigencias constitucionales (garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio) se deriva la necesidad de configurar el convenio colectivo como algo distinto de lo que por su naturaleza es: un contrato entre sujetos privados, producto del libre acuerdo de voluntades entre los mismos» (*Ibidem*, pág. 177). En esta misma línea, aunque en términos, creo, no concluyentes Vid los sucesivos trabajos de J. LAHERA FORTEZA, *Normas laborales y contratos colectivos*, Ed Reus, Madrid 2008, págs. 27 y ss; «La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español», en *Relaciones Laborales 1/2008*, págs. 9 y ss; «Eficacia del convenio y crisis económica», en AA.VV., *Derecho del Trabajo, Constitución y Crisis económica*, RUCT, Valladolid 2014, págs. 446 y ss.

prudencia, el Tribunal se ha aproximado a los recursos de que ha conocido en clave tópico-jurídica, respondiendo a los problemas concretos que se le planteaban, pero evitando los pronunciamientos dogmáticos innecesarios —lo que le ha granjeado de nuevo algunas severas críticas— y haciendo una lectura abierta y plural de los principales elementos textuales del precepto, a saber: el papel de la ley en la regulación del derecho, la titularidad del mismo, la naturaleza de los convenios colectivos y su fuerza vinculante.

Como es evidente, no estoy en condiciones este momento, ni es mi propósito, repasar treinta y ocho años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre negociación colectiva¹⁸. Una entera jornada no bastaría para hacer este repaso, pues las resoluciones — sentencias y autos— son numerosas y riquísima la problemática abordada. Creo necesario, sin embargo, antes de detenerme mínimamente en ponderar la lectura del Tribunal sobre los elementos del precepto a los que aludía, señalar una clave de lectura que, al margen de la siempre necesaria distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, juzgo indispensable a la hora de aproximarse a esta jurisprudencia constitucional: hay que distinguir cuidadosamente cuando el Tribunal se refiere e interpreta la regulación legal de la negociación colectiva vigente y cuando nos habla del art. 37 de la Constitución, pues a menudo afirmaciones referidas a la primera han querido leerse como lecturas cerradas de la segunda.

Volviendo al tenor del precepto constitucional, y centrándonos en la jurisprudencia en la que se manifiesta esta apertura de la que venimos hablamos, veamos qué ha dicho la jurisprudencia constitucional sobre los elementos que he identificado:

1. En primer lugar, sobre la relación entre la Ley y el convenio colectivo

Como es sabido, el precepto constitucional se abre diciendo que «la ley garantizará la negociación colectiva laboral...» Pues bien, ¿cuál es el alcance del papel que corresponde desempeñar a la ley?

¹⁸ Los análisis de esta jurisprudencia son abundantes. Vid, por todos, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Coord), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid 1992, págs. 393 y ss.; I. ALZAGA RUÍZ, «La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n° 73, pág. 313 y ss.; J. GARCÍA MURCIA, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la negociación colectiva», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA, *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2013; A. MARTÍN VALVERDE, «La reforma del mercado laboral de 2012: puntos sometidos a control constitucional (Comentario al ATC 43/2014, Pleno, de 12 de febrero de 2014)», *Actualidad Laboral*, n° 6, Junio 2014; A. MARTÍN VALVERDE, «La reforma del mercado laboral de 2012 se ajusta a la Constitución» (Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio (BOE, 15 de agosto))», *Actualidad Laboral*, n°12, diciembre de 2014, págs. 1352 y ss.

Aunque desde los primeros momentos de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha defendido la eficacia inmediata del art. 37. 1 de la Constitución, por entender que «la facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios a regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva no es una facultad derivada de la ley sino que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional» (STC 58/1985, FJ 3), también ha reconocido a la ley, probablemente condicionado por un sistema legal muy formal e intervencionista, un trascendental papel en la conformación del sistema de negociación colectiva.

Por lo pronto, el Tribunal ha subrayado el amplio papel que la Constitución reserva al legislador en el ámbito laboral y, a tal efecto, recuerda que «el art. 35.2 CE remite a “la ley” la regulación de un estatuto de los trabajadores, por lo que la configuración de los aspectos relativos a las relaciones laborales se defiende al legislador», que «el art. 37.1 CE ordena a “la ley” garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral» atribuyéndole «un papel activo en la concreción y desarrollo de este derecho» y que, en fin, «en virtud del art. 53.1 CE es también la “ley” la habilitada para regular el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución» (STC 119/14, FJ 3). Para el Tribunal “el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva” — y su engarce, en su caso, con el derecho de libertad sindical— “no significa que el convenio colectivo resultado del ejercicio de tal derecho se convierta en fuente única de las condiciones de trabajo o excluya el legítimo ejercicio de su actividad por los distintos poderes normativos constitucionalmente reconocidos” (ATC 217/1984, de 4 de abril, FJ. 3), entre los que evidentemente se encuentra el legislador» (STC 119/2014, FJ 3).

En lo atañedor a la inserción del convenio en el sistema formal de fuentes del Derecho, «resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico», ésta comporta «el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, (...), en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa» (STC 58/1985, de 30 de Abril, FJ 6) . En los supuestos de concurrencia, por consiguiente, «resulta indiscutible la superioridad jerárquica de la ley sobre el convenio (art. 9.3 CE), razón por la que “éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquella” (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 2)». Este deber de respeto de la ley «alcanza obviamente a la naturaleza jurídica — dispositiva o imperativa, en sus distintos grados— que el legislador laboral haya atribuido a las normas legales en virtud de unos determinados criterios y objetivos de política social, de modo que dicha naturaleza resulta determinante en la delimitación del contenido regulador habilitado a la negociación colectiva» (STC 119/2014, FJ 3).

Por lo que se refiere a la capacidad de incidencia del legislador en el diseño del sistema, para el Tribunal «el reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el art. 37.1 CE supone la superación

de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias; asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo. Al legislador le corresponde cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho de negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3), sin perjuicio de que asimismo el legislador pueda establecer restricciones a la fuerza vinculante de los convenios colectivos en aras a la protección preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente relevantes (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 24), del mismo modo que puede excluir determinadas materias de negociación colectiva y establecer la sujeción de la negociación colectiva a las normas legales imperativas... El convenio colectivo ha de respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario en la Ley; esta puede incluso afectar legítimamente a los convenios colectivos vigentes a su entrada en vigor, sin que por ello resulte vulnerado el principio de seguridad jurídica (por todas, SSTC 58/1985, FJ 3; 177/1988, FJ 4; 210/1990, FJ 2 y 62/2001, FJ. 3) (STC119/2014, FJ 4)» » (STC 119/2014, FJ 4).

2. En segundo lugar, el derecho se reconoce a los representantes de los trabajadores y de los empresarios ¿Quiénes son los titulares del derecho constitucional?

En lo relativo a la titularidad del derecho, la apertura en la interpretación constitucional se manifiesta por dos vías. En primer lugar, haciendo una lectura literal de los titulares del derecho constitucional, «representantes de los trabajadores y empresarios», pero reconociendo, asimismo, al legislador ordinario un significativo espacio de juego en la regulación de este aspecto, pues salvo la representación sindical, las otras vías de representación posibles son creaciones del legislador. Para el Tribunal, en efecto, «la Constitución Española ha partido, en la institucionalización de los derechos colectivos laborales, de un amplio reconocimiento de los titulares de aquéllos, eludiendo la consagración de un monopolio de los sindicatos, de forma que... el derecho a la negociación colectiva se reconoce a los representantes» de trabajadores y empresarios; de donde se deduce que «la representación y defensa de los intereses de los trabajadores puede ser ejercida, sin entrar ahora en otras posibilidades», tanto por el sindicato como por los representantes unitarios (STC 118/1983, FJ 4). En segundo lugar, excluyendo la negociación colectiva de los funcionarios públicos del ámbito de aplicación del art. 37.1, referido a la negociación colectiva laboral, y reconduciéndola al 103.3 CE y, eventualmente, al contenido adicional de la libertad sindical, cuando se desarrolla el art. 28.1 CE. En efecto, si para el Tribunal, inicialmente las previsiones legales de participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo no suponen una verdadera negociación colectiva «tal y como está prevista en el art. 37.1 de la Constitución y regulada en el Título III del Estatuto de los Trabajadores de 10 de Marzo de 1980, como

facultad de concertar convenios entre los trabajadores y los empresarios sobre la regulación de las condiciones de empleo, con fuerza vinculante de lo establecido en tales instrumentos» (STC 57/1982, de 27 de Julio), porque la Constitución preveía para trabajadores y funcionarios estatutos jurídicos distintos, el de los trabajadores en el art. 35.2 CE y el de los funcionarios públicos en el art. 103.3, cuando el legislador opta por regular expresamente la negociación colectiva en el ámbito de la función pública y la que concibe como un derecho del sindicato, el Tribunal entiende que este derecho se ha integrado en el contenido adicional de la libertad sindical, con la posibilidad siempre de establecer regulaciones diferenciadas pues al cabo estamos ante un derecho de configuración legal (STC 80/2000)¹⁹.

3. En tercer lugar, la Constitución garantiza el derecho de negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio ¿Estas garantías permiten identificar un modelo constitucional de convenio?

En este punto creo que el principal elemento de apertura viene dado por lo que honestamente creo son incoherencias o, incluso, contradicciones de la jurisprudencia constitucional. Porque, sin duda, contradictorio es afirmar, de una parte, que los convenios colectivos gozan *ex Constitutione* y, como consecuencia de su fuerza vinculante, de los atributos propios de una eficacia normativa, y, de otra, sostener que los convenios colectivos extraestatutarios dimanen directamente de la Constitución pero que para estos la fuerza vinculante se reduce a su eficacia contractual.

La primera tesis es verdad que el Tribunal normalmente la ha mantenido con ocasión de asuntos referidos a convenios colectivos estatutarios, cuya eficacia normativa y *erga omnes* es en la Ley inequívoca, pero no faltan en la jurisprudencia constitucional afirmaciones rotundas de carácter general que interpretan el art. 37. 1 de la Constitución²⁰. «La garantía constitucional de

¹⁹ J. GARCÍA MURCIA, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la negociación colectiva», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA, *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2013, págs. 245 y 246. Expresivamente para Monereo, que deduce la titularidad del derecho de negociación colectiva de los funcionarios del reconocimiento de la libertad, «el margen de discrecionalidad del legislador infraconstitucional es mínimo» en éste ámbito y considera superada la jurisprudencia constitucional «restrictiva y muy disfuncional» inicial (Cfr. «Modelo constitucional de negociación colectiva» cit., pág. 91).

²⁰ En línea con la interpretación doctrinal cerrada del art. 37 de la Constitución a la que aludíamos, para MONEREO la fuerza vinculante debe unívocamente interpretarse como eficacia normativa de cualesquiera pactos colectivos suscritos al amparo de la Constitución, de suerte que la «apertura relativa» del precepto constitucional al legislador infraconstitucional se reduciría a la opción de insertar o no el convenio colectivo en el sistema formal de fuentes del Derecho del Estado (Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ, «Modelo constitucional de derecho a la negociación colectiva», págs. 107 y 113). No obstante, a la luz de la última jurisprudencia constitucional, este mismo autor ha escrito: «La concepción «normativista» del convenio colectivo en el Texto Constitucional puede verse cuestionada de manera subyacente por la doctrina establecida en la STC de 16 de julio de 2014 (señaladamente, los f.j. 4 y 5)» (J.L. MONEREO PÉREZ, CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE y M.N. MORENO VIDA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 13ª ed, Ed. Comares, Granada 2015, pág. 204).

la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial — ha dicho el Tribunal en su STC 58/85, de 30 de Abril—, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. Por ello, resulta del todo ajeno a la configuración constitucional de la negociación colectiva la exigencia de una aceptación individual de lo pactado» (FJ 3). «Los Convenios colectivos, expresión del derecho de negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y empresarios en el art. 37.1 CE, constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde dicho precepto constitucional, una «fuerza vinculante» que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas, sometidas al principio de publicidad» (STC 151/1994, de 23 de Mayo, FJ 2).

La segunda, por su parte, la ha sostenido cuando ha reconocido la figura de los convenios extraestatutarios remitiendo al Derecho común y cuando ha enjuiciado la constitucionalidad de la regulación que, por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, permite modificar condiciones previstas en aquellos. El reconocimiento de los convenios extraestatutarios es resultado del reconocimiento constitucional de la libertad sindical, de cuyo contenido esencial forma parte el de negociación colectiva (STC 98/1985). Si todo sindicato por su mera existencia tiene derecho a la negociación colectiva, la regulación de la negociación colectiva contenida en el Estatuto, con sus estrictas reglas de legitimación negocial, no puede agotar «la virtualidad del precepto constitucional» (STC 73/1984) : hay, por tanto que reconocer, junto a la negociación colectiva estatutaria, otra de carácter extraestatutario. ¿Cuál es la eficacia de estos convenios? Tras afirmar su alcance personal limitado, por contraposición a lo que acontece con los convenios estatutarios, el Alto Tribunal ha dicho que «se rigen, por tanto, por la regla del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil)» (STC 121/2001, de 4 de Junio, FJ 5). Esta lógica contractual es la que ha conducido al Tribunal, a mi juicio, a avalar la constitucionalidad del art. 41 en cuanto que expediente mediante el cual modificar las condiciones de trabajo previstas en un convenio extraestatutario, pues es claro, creo, que reconducido el descuelgue al art. 82.3 del Estatuto, las condiciones que pueden modificarse por la vía del art. 41 son las de naturaleza contractual, como muy claramente se expresa en el inicio del apartado segundo de este precepto (STC. 8/2015, de 22 de Enero, FJ. 4).

Estos elementos son los que están, a mi juicio, propiciando una relectura del término constitucional de la fuerza vinculante en el sentido de entender, «atendiendo a nuestra tradición y a nuestros modos más habituales de entender la negociación colectiva», que «la fuerza vinculante del convenio no sig-

nifica otra cosa que dotar al convenio colectivo de eficacia jurídica respecto de las relaciones individuales de trabajo y, en consecuencia, que no limite su función institucional a un mero «acuerdo entre caballeros»²¹.

4. Por último, garantizada la fuerza vinculante ¿qué atributos son predicables de la misma?

Por último, quisiera referirme brevemente a la intangibilidad o inalterabilidad como atributo de la fuerza vinculante del convenio colectivo. Como es sabido, en tales términos ha sido interpretado, a menudo, el término fuerza vinculante. Pues bien, la jurisprudencia constitucional ha conocido en los últimos años de varios supuestos de tangibilidad o afectación a la fuerza vinculante del convenio. El primero fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad y se refirió a sendos preceptos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en la redacción que les dio el RDL 8/2010, de 20 de Mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Como se recordará, este RDL previó una minoración de la masa salarial del personal laboral del sector público, con efectos 1 de Junio del 2010, del 5 por ciento de las cuantías de los conceptos retributivos que integraban la nómina y que les correspondía percibir según los convenios colectivos aplicables. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional planteó cuestión de inconstitucionalidad contra estos preceptos por entender que el RDL transgredía el límite material constitucionalmente previsto para la legislación de urgencia por cuanto afectaba a la intangibilidad y a la fuerza vinculante de un convenio colectivo en vigor y, por tanto, incidía directamente en el derecho de negociación colectiva. El Tribunal Constitucional resolvió la cuestión por auto, considerándola notoriamente infundada afirmando, primero, que «la intangibilidad o inalterabilidad no puede identificarse, ni, en consecuencia confundirse, con la fuerza del convenio», segundo, que la intangibilidad del convenio colectivo no se configura como uno de los elementos esenciales del derecho de negociación colectiva, y que, en todo caso, «del art. 37 1 no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio frente a la norma legal», pues en virtud del principio de jerarquía normativa es el convenio el que debe someterse a la Ley (ATC 85/2011 de 7 de Julio). Con posterioridad, el Tribunal ha conocido de la constitucionalidad de sendas instituciones que vienen a afectar a esa intangibilidad que se predica del convenio y a incidir sobre su fuerza vinculante, mas, tras llevar a cabo el correspondiente juicio de ponderación, atendiendo a su finalidad legítima, a su engarce con otros derechos y bienes constitucionales y a las cautelas y limitaciones con que tales intervenciones fueron formuladas, avaló su constitucionalidad²². Tal fue el caso de la ins-

²¹ J. GARCÍA MURCIA, «Crisis económica y Derecho del Trabajo: el proceso de reformas laborales», en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, CEPC 2015, pág. 67.

²² Sobre este Auto, Vid. el interesante comentario de J. GARCÍA MURCIA, «Fuerza vinculante e intangibilidad del convenio colectivo: a propósito del Auto TC 85/2011», en RETD, n. 157, 2013.

titución del art. 41 del Estatuto respecto de los convenios extraestatutarios, supuesto al que ya me he referido, y de la intervención final de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en los supuestos de descuelgue respecto de los convenios estatutarios. En ambos casos el Tribunal entiende que ha habido incidencia sobre la fuerza vinculante del convenio, pero, hecho el correspondiente juicio de proporcionalidad, salva su regulación.

Repárese en que todos estos elementos de apertura se refieren a los principales elementos normativos del precepto, lo que indica, a mi juicio, que la pluralidad y la apertura son elementos estructurales del derecho constitucional de negociación colectiva. El propio Tribunal Constitucional, creo, ha extraído las consecuencias de ésta su aproximación cuando ha dicho «sería erróneo afirmar que cuando el art. 37. 1 CE establece que «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», el constituyente se ha decantado por un determinado modelo de negociación colectiva al que quedaría sujeto al legislador (estatal, ex art. 149.1.7 CE), que no podría considerar otras opciones políticas en la regulación de la negociación colectiva. La Constitución, como ya se dijo, no contiene un «modelo» cerrado de relaciones laborales ni, en particular, de ninguno de los elementos del derecho a la negociación colectiva; se limita en su art. 37.1 a reconocer el derecho, cuya garantía encomienda al legislador, a señalar quienes son sus titulares (los representantes de los trabajadores y empresarios) y a establecer la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios). El legislador dispone, en consecuencia, de un amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta» (ST 119/2014, F.J 4)²³.

²³ La mejor doctrina recientemente ha recordado que «el modelo que atribuye al convenio colectivo eficacia normativa y, a la vez, eficacia personal general, que es el tradicional español por obra y gracia del Régimen Autoritario no está vigente, por ejemplo, en Alemania, en Francia y en otros muchos países europeos, pese a su condición de países socialmente avanzados. Y puede — y debe, posiblemente— ser un tema vivo en la búsqueda de una forma responsable del régimen jurídico laboral y sindical en este primer tercio del siglo XXI» (las cursivas son del autor citado) (E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 23ª ed. Tecnos, Madrid 2014, pág. 365).

Tercera Ponencia

**EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO:
BALANCE Y RETOS DE FUTURO***

MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos Madrid

* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-095398-B-100 concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades sobre «Ser Mujer en el Mercado de Trabajo», cuya investigadora principal es MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN.

SUMARIO

1. DELIMITACIÓN Y ENFOQUE DE LA TEMATICA OBJETO DE ESTUDIO
2. CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES PARA UN CAMBIO SUSTANCIAL EN LAS POLITICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO
3. EL DEBER CONVENCIONAL DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD
 - 3.1. El alcance del cumplimiento de la obligación legal en los convenios colectivos y planes de igualdad
 - 3.2. Propuestas de reforma para el cumplimiento más efectivo de la obligación legal de negociar medidas de igualdad
4. BRECHA SALARIAL DE GÉNERO
 - 4.1. La desigualdad retributiva como una realidad incontestable
 - 4.2. La dificultad comprobada de detectar las discriminaciones retributivas: avances legales y propuestas de mejora para lograr una mayor transparencia salarial
 - 4.3. La grave ausencia de una implicación legal más efectiva de la negociación colectiva en el logro del principio de igualdad de retribuciones
 - 4.4. Combatir la segregación ocupacional en los sectores feminizados
5. DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD Y TIEMPO DE TRABAJO
 - 5.1. La necesidad de un nuevo enfoque de la conciliación a la vista del fracaso de las políticas en igualdad de género
 - 5.2. La trascendencia de la negociación colectiva en la ordenación del tiempo de trabajo en aras de la consecución de una mayor igualdad real de género
 - 5.3. Propuestas necesarias para la mejora de la conciliación en términos de corresponsabilidad
6. UNAS ULTIMAS CONCLUSIONES FINALES

1. DELIMITACIÓN Y ENFOQUE DE LA TEMÁTICA OBJETO DE ESTUDIO

El análisis del derecho de negociación colectiva desde su concreta repercusión en el mundo de la mujer a raíz de su integración laboral resulta una reflexión más que necesaria a día de hoy, donde se percibe como una realidad cotidiana su desigual posición en el mercado de trabajo, reglamentado y condicionado de forma esencial por la fuente colectiva, más próxima y adaptable a las relaciones de trabajo que se desenvuelven bajo su manto protector. Al igual que el resto de variables normativas, el convenio colectivo tiene una responsabilidad en la marcada posición de debilidad en que se encuentra el sexo femenino sobre la que es preciso detenerse para determinar el alcance que se le ha de atribuir. No obstante, abordar el derecho de negociación colectiva desde la perspectiva de género puede comprender prácticamente la integridad de las condiciones de trabajo y empleo sobre las que incide un convenio colectivo, puesto que la igualdad de género tiene una *dimensión transversal*; por ello, resulta obligado acotar el análisis, al ser una problemática de tal envergadura que exige una limitación material de sus contenidos.

La primera limitación que queremos fijar es su *dimensión temporal*, puesto que, pese a que en las Jornadas en la que se difunde dicha ponencia, se conmemora los 40 años de la Constitución Española, nuestro estudio se va a contraer fundamentalmente a la última década. En concreto, desde la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI), puesto que dicha norma legal supone un punto de inflexión en el papel que el Estado va a atribuir a la negociación colectiva en el ámbito de la igualdad de género [art. 85.1 ET]¹. De esta forma, el artículo 43 LOI preceptúa que la negociación colectiva como fuente de derechos y obligaciones resulta especialmente adecuada para «la aplicación

¹ Vid. por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «El complejo juego entre la ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: Significación general y manifestaciones concretas (I) y (II)», *Relaciones Laborales* (2007), nº 8 y 9, y VALDÉS DAL-RÉ, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid (Reus), 2010, pp. 61 y ss.

efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo de mujeres y hombres». En efecto, la fuente colectiva por su propia configuración pactada y dinámica es un instrumento normativo naturalmente idóneo para avanzar en la igualdad entre hombres y mujeres, cuando reglamenta las condiciones laborales, aunque la norma legal no le hubiera habilitado para ello; ahora bien, dicha Ley quiso conferirle un papel estelar en el cumplimiento de dicho objetivo.

Como se ha expuesto, la igualdad tiene una dimensión transversal, pudiendo incidir prácticamente en la totalidad de las condiciones que regula el convenio colectivo, pero nos vamos a restringir a las condiciones más emblemáticas, que, a nuestro entender, son más decisivas en el avance de la igualdad de género, y donde el convenio colectivo puede cumplir una función determinante. En particular, nos referimos a las relativas al régimen de retribuciones, a la ordenación del tiempo de trabajo y a los derechos de conciliación, contrayéndonos al sector privado, con alguna referencia al sector público pero aislada, donde el problema de la igualdad de género tiene connotaciones propias [arts. 51 a 68 LOI]. Asimismo, también se excluye al trabajo autónomo cada vez más extendido en nuestro tejido productivo, puesto que el centro de atención neurálgico de nuestro estudio es la negociación colectiva².

De otra parte, en estas consideraciones previas queremos destacar la revitalización que ha sufrido dicha temática en los últimos tiempos a nivel nacional e internacional. Sin duda exponente de ello, es el Programa del Trabajo Decente de la OIT que declara a la igualdad de género como tema transversal, incluyéndose como objetivo específico de desarrollo sostenible (5) en la Agenda 2030, sin perjuicio de destacar la labor tan esencial que viene desarrollando en este marco la Unión Europea a través de sus Directivas (entre otras, 2006/54, 2010/41; 92/85 y 2010/18), o de disposiciones tan relevantes, como el Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011 a 2020, o el Compromiso Estratégico de Igualdad 2016 a 2019 y la Estrategia Europea 2020, así como, más recientemente, el Pilar europeo de Derecho sociales, con la propuesta de Directiva sobre Conciliación de la vida profesional y familiar y personal. No se puede obviar que la igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental de la Unión Europea, y un objetivo fundamental de la misma [art. 3.3 TUE], determinando que la Unión en todas sus acciones se fijara en el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la

² En relación al sector público, resulta esencial las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público [arts. 48 y 49], y en el marco de la Administración General del Estado, el IV Convenio Único para el personal laboral y, y en el trabajo autónomo habría que llamar la atención, sobre la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, que dedica el Capítulo III a Medidas para favorecer la Conciliación de la vida laboral y familiar, así como en ambos casos la reforma realizada por el RDL 6/2019 que incide en ambas clases de colectivos.

mujer, y promover su igualdad [art. 8 TFUE], reconociéndose en la Carta de los Derechos Fundamentales de manera específica la igualdad entre mujeres y hombres y la conciliación de la vida familiar y profesional [arts. 23 y 33].

Asimismo, dentro de nuestras fronteras en los últimos tiempos cabe destacar un cambio de signo, pero sobre todo de mayor conciencia social a raíz de las manifestaciones del 8 de marzo de 2018, y la más reciente de 2019, que han encontrado su reflejo en tímidos indicios en la legislación española como la ampliación del permiso de paternidad a cinco semanas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 [Disp. Final 38 Ley 6/2018], o las continuas referencias realizadas a la Igualdad de Género en el Plan Director por un Trabajo Digno 2018 a 2020³, así como en el ambicioso Plan Estratégico de Igualdad de oportunidades 2018-2021⁴. Dicho cambio de tendencia se confirma de forma más decidida, justo cuando se está cerrando este estudio, con la aprobación del tan relevante RDL 6/2019, de 1 de marzo, «de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación». Dicha nueva norma supone un avance muy significativo en la progresión de la igualdad de género, en la que el legislador se posiciona de forma mucho más decidida con el fin de garantizarlo, al comprobar que «persisten unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres» [EM RDL 6/2019], y que las medidas de naturaleza promocional de la Ley de Igualdad no han dado los resultados esperados, siendo necesario una intervención legislativa que recoge algunas de las propuestas que se formularon en las XXI Jornadas celebradas en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de las que daremos cuenta en los apartados correspondientes.

Finalmente, nuestro análisis no puede aislar el tema de la igualdad de género de dos variables y una conclusión inicial de las que se han de partir para poder realizar un balance general, e intentar vislumbrar los retos de futuro que permitan avanzar en dicho objetivo. La primera es la situación en la que se encuentra el mercado de trabajo a raíz de la crisis económica y de la reforma laboral 2012 que ha conducido a un debilitamiento en la posición de los trabajadores y sus representaciones, y a un reforzamiento de los poderes empresariales. La segunda se refiere a la reformulación sufrida en el derecho de negociación colectiva que se ha visto afectado en su línea de flotación por la Ley 3/2012, debilitándose la eficacia del convenio al facilitarse las posibilidades de su modificación [art. 41.2 y 82.3 ET], en detrimento de la negociación colectiva sectorial y de las organizaciones sindicales, favoreciendo sin paliativos a la negociación de ámbito «empresarial» [art. 84.2 ET]. Desde este enfoque, no se puede obviar que la empresa precisamente se califica como el principal actor en políticas de igualdad (PEI), y el ámbito empresarial se reconoce como la unidad de negociación preferente en el artí-

³ BOE, de 28 de julio de 2018.

⁴ Versión del 19 de enero de 2018.

culo 84.2 ET, atribuyéndose al convenio de empresa la prioridad aplicativa precisamente en el régimen salarial y en el marco del tiempo de trabajo en aspectos medulares para la igualdad como son el horario y su distribución, así como en las medidas para favorecer la conciliación [art. 84.2 a), b), c) y f) ET]⁵. Como se verá, el problema que se producirá es que nuestro tejido productivo se apoya de forma nuclear en la pequeña empresa.

A partir de ambas premisas, no se puede obviar la conclusión principal de la que ha de partirse en este estudio, es la de que las mujeres se han visto más afectadas por la crisis económica en sus condiciones de trabajo y de empleo que los hombres, ampliándose la brecha de género, y lo que es más preocupante dicha diferencia se está manteniendo en un escenario de recuperación. En tal sentido, y según los datos de la EPA del año 2018, la tasa de desempleo femenina ha alcanzado la cifra de 17,8, superando en casi cuatro puntos la del sexo masculino que ha llegado a la tasa de 12,78 (EPA), y la tasa de actividad está 11,2 puntos por debajo de la masculina (mujeres, 70 % y los hombres 80,16 %), y finalmente, la tasa de ocupación en las mujeres alcanza un 59,97 %, muy por debajo de las de los hombres que asciende al 69,1 %⁶.

Asimismo, la precariedad de sus contratos se ha intensificado, al ser las protagonistas de la contratación a tiempo parcial, que en su mayoría es involuntaria, poniéndose de relieve la brecha de género, puesto que representa un 24,2 % del empleo femenino frente al 7,3 % del masculino en 2017 (INE, 24 mayo 2018), que se amplía todavía más, cuando se trata de la parcialidad voluntaria, para atender menores, personas dependientes y enfermos, en cuyo caso el porcentaje alcanza el 93,19 % de la contratación frente al sexo masculino, por cuidado de menores, y el 97,2 % por personas dependientes. En suma, la reducción del tiempo de trabajo en sus contratos de trabajo es un rasgo que identifica su perfil profesional, con las repercusiones que supone en sus salarios, y en su disminuida protección social. Adicionalmente, la tasa de temporalidad femenina frente a la masculina es más elevada pero más reducida, que en el caso de la parcialidad. En particular, representa el 27,8 % en mujeres y 25,9 % en hombres según datos del segundo trimestre de 2018 (EPA), siendo el dato más llamativo, el que un 25,9 % de las contrataciones sean de una semana o menos, y un 68,4 % de menos de un mes, cuya estadística revela una elevadísima rotación en el mercado laboral.

⁵ Vid. AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.), *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes (2016), pp. 37 y ss, y MERCADER UGUINA, J., «La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa y el devenir de la regla de concurrencia de convenios», en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J. Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid (Tecnos) 2015, págs. 918 y ss.

⁶ Según la Encuesta de Población Activa del segundo trimestre de 2018 (Datos del Plan Director por un Trabajo Digno). Cifras que se confirman con la EPA del último trimestre de 2018.

Por último, con respecto a la brecha salarial, según la última Encuesta de Estructura Salarial de 2016, la diferencia hombre/mujer se sitúa en el 22,4 %, cinco décimas inferior respecto a 2015 y solo 3,2 puntos porcentuales inferior a la existente en 2007, cifra que oscila para 2017 entre 17,3 hasta el 20 % en la estadística de mercado de trabajo y pensiones según fuentes tributarias. Entre los factores que explicarían esas desigualdades en salarios medios y distribución salarial se encontrarían la mayor proporción de mujeres que trabajan a tiempo parcial, con contratos temporales y sobre todo por concentrarse en actividades con remuneraciones más bajas en relación con los hombres (segregación ocupacional). El último de los datos que se han de destacar es que pese a su elevado nivel de formación que supera hoy en día a los hombres —37,5 % de las mujeres poseen estudios superiores frente al 32,7 %—, y en los jóvenes, la diferencia es sustancialmente mayor, llegando a alzarse al 47 % frente al 34,9 %, los puestos de trabajo que ocupan no se corresponden con su creciente cualificación profesional (Informe OCDE, 2017). Y es que las mujeres acceden en mucha menor medida que los hombres a puestos de responsabilidad y a los órganos de decisión, habiendo una absoluta infrarrepresentación de las mujeres en las esferas de poder, siendo un lugar común el techo de cristal que parece encontrarse plenamente interiorizado en la sociedad española.

2. CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES PARA UN CAMBIO SUSTANCIAL EN LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

Frente a dicha realidad, y a tenor del título de la XXXI Jornada de estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenio Colectivos: «La negociación colectiva: Balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución», lo primero que se ha de recordar es que desde una perspectiva constitucional, la situación que vive la mujer en nuestro mercado de trabajo no es acorde con la apuesta del preámbulo de la Carta Magna en el que se alude a «un orden económico y social justo», ni se corresponde con las exigencias de «una sociedad democrática avanzada». Desde esta perspectiva, su desigualdad no se compadece con la proclamación efectuada en el art. 1.1 CE relativa a que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», que propugna, expresamente, entre otros valores superiores de su ordenamiento jurídico, la justicia y «la igualdad», así como con los mandatos de los art. 14 y 35.1 CE, que se refieren, a la no discriminación por razón de sexo, en el primer caso de modo general y, en el segundo, respecto de las retribuciones [SSTC 145/1991 y 119/2002].

La amplitud de efectos de la igualdad se refuerza en nuestro sistema constitucional, porque el artículo 14 CE no sólo reconoce la igualdad como principio, sino también como derecho fundamental de la persona; y dicho carácter de derecho subjetivo se corresponde con su vinculación a la igual

dignidad de los seres humanos, que es su base y punto de partida⁷. Y es que desde un enfoque constitucional, el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres no se conforma con un principio de igualdad formal en o ante la ley y en su aplicación, sino que debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y especialmente, las derivadas del embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil [SSTC 128/87, 182/2005, 162/2016], cuyas premisas han implicado que nuestro Tribunal Constitucional haya sido especialmente exigente en el enjuiciamiento de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas diferenciadoras basadas en el criterio del sexo⁸.

No obstante, la efectividad del derecho fundamental no se agota ahí; el art. 9.2 CE obliga a los poderes públicos a implicarse activamente en la adopción de medidas tendentes a conseguir una «igualdad real y efectiva», promoviendo las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva. Dicho de otro modo, «el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material» [STC 12/2008]. Asimismo, también los poderes públicos tienen el deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia [art. 39.2 CE].

Consecuentemente, el texto constitucional está imponiendo a los poderes públicos la obligación de remover los obstáculos que dificultan la igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones laborales a través de medidas de acción positiva: resulta, por tanto, crucial que dichos poderes intervengan, adoptando medidas específicas a favor de las mujeres, cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, así como a adoptar una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones de discriminación, directa o indirecta por razón de sexo. Pese a la transversalidad de la igualdad, la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y las españolas en el ejercicio de los derechos constitucionales, se reconoce de forma más vigorosa en aquellos ámbitos de competencia que el Estado asume de forma plena [art. 149.1 7ª CE].

Dicha perspectiva constituye la premisa esencial de la LOI, imbuyendo todo su contenido, siendo recientemente revisada en algunos de sus déficits por el RDL 6/2019, que ha tomado el pulso a la situación de falta de igualdad

⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., «La igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley», *Comentarios a la Constitución española XXX Aniversario* (Fundación Wolters Kluwer), 2009, pp. 276-277.

⁸ CASAS BAAMONDE, M^a.E., ¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?, *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales* (2017), nº 1, p. 9.

que padece el sexo femenino, introduciendo modificaciones de hondo calado. Ahora bien, en estas consideraciones iniciales se ha de destacar el papel que la LOI atribuyo a la negociación colectiva en el avance de la igualdad de género. Desde este enfoque, no se puede obviar como en los convenios colectivos la exigencia del derecho a la igualdad y no discriminación no ha tenido el mismo alcance que en otros ámbitos, «pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tiene su origen en el principio de autonomía de la voluntad» [STC 2/1998]. En este sentido, ni la autonomía colectiva puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin una justificación objetiva y con la debida proporcionalidad para estar conforme con el artículo 14 CE, «ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores siempre que resulten constitucionalmente admisibles» [STC 27/2004].

No obstante, desde que se aprueba la Ley de Igualdad, la función que la negociación colectiva debía jugar resultaba crucial; no obstante, también es una realidad conocida, en un balance general que, pese a los avances habidos en los últimos diez años en nuestros convenios y planes, el objetivo de igualdad no ha sido la preocupación principal de los interlocutores sociales, siendo el empleo y su mantenimiento el *leit motive* de un escenario negocial debilitado en el banco social. Por ello, consideramos, que, a día de hoy, si efectivamente se quiere que la negociación colectiva adquiera una función de mayor calado, resulta fundamental replantearse el papel que debe jugar la Ley y las administraciones en el control y en la efectividad de dicho objetivo, puesto que, como se verá a lo largo del estudio, la negociación colectiva *per se* no puede solventar el problema de la desigualdad que radica en nuestro mercado de trabajo. La fuente colectiva no es una especie de burbuja con autonomía completa, sino que se ve condicionada por un cúmulo de variables de índole económica, social y política y, entre estos últimos, destaca, en gran medida, la concreta forma en la que el legislador haya concebido y regulado el papel de la negociación colectiva en general, y en materia de igualdad, en particular.

En cualquier caso, todo lo anterior quiere solamente poner al descubierto que la igualdad de género no está suficientemente garantizada en la sociedad española tras cuatro décadas de vigencia de la CE; el derecho a la igualdad de la mujer no acaba de implantarse en la sociedad española. Estamos ante una asignatura pendiente de nuestro sistema democrático que da la impresión a veces de que se ha normalizado, pero ante la cual ni los poderes públicos, ni los interlocutores sociales, pueden permanecer pasivos o indiferentes, puesto que afecta a cerca del 50 por 100 de la población activa que vive en nuestro país⁹. El 40 aniversario de la Constitución Española debe de ser una magnífi-

⁹ En particular, según la EPA (2017), de los 22.741,7 que integra la población activa, 12.172 son varones, y 10.564 son mujeres.

ca ocasión para repensar el modelo vigente en la materia que no es, ni mucho menos, satisfactorio, como demuestra, con creces, la realidad social que ha sido la gran promotora del avance del conjunto normativo antidiscriminatorio e igualitario de la mujer, y que debe continuar siéndolo ante la posición vulnerable en que permanece el sexo femenino, intensificado por la crisis económica y la postcrisis. Dada la envergadura del problema en cuestión y la situación manifiestamente frustrante que vive la mujer en el mercado de trabajo español, es necesaria la actuación combinada e interdependiente de todos los actores públicos y privados para conseguir la igualdad en el plano laboral, puesto que existe una corresponsabilidad de todos ellos, debiendo plantearse retos a cada uno de los sujetos implicados.

3. EL DEBER CONVENCIONAL DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD

3.1. El alcance del cumplimiento de la obligación legal en convenios colectivos y planes de igualdad

La LOI impuso un deber de negociar medidas de igualdad en todo convenio colectivo [consagrado en los art. 45.1 LO 3/2007 y 85.1 ET]; suponiendo un verdadero hito en el papel que tenía que jugar la negociación colectiva en el objetivo de la igualdad de género. Dicha obligación de negociar medidas o planes de igualdad se inscribe en las esencias y objetivos recogidos en el art. 9.2 CE para los poderes públicos. Y ello porque la razón de ser de tales instrumentos es la remoción de obstáculos que dificultan la igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones laborales a través de medidas de acción positiva¹⁰. Es cierto que su aprobación se produjo en un momento de cierto optimismo, siendo que al poco tiempo de su entrada en vigor la realidad se transformó en profundidad, quedándose en entredicho las finalidades diseñadas en la Ley al hacer su aparición la crisis económica. No obstante, el deber de negociar impuesto en el art. 85.2 ET se concibió como una norma imperativa que, sin perjuicio de reconocer la libertad de los negociadores a la hora de fijar el contenido de los convenios, impone «en todo caso» una específica obligación de negociar medidas con tal finalidad, que afecta a todos los convenios colectivos de eficacia general, independientemente de sus concretos ámbitos funcionales, territoriales, y personales de aplicación.

En definitiva, se configuró como un deber de alcance transversal que ha de impregnar toda la negociación colectiva, tal y como se refleja en los sucesivos Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva suscritos desde la fecha y con anterioridad, incluido el actual IV Acuerdo para el Empleo

¹⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Planes de igualdad en la Ley 3/2007, de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres (II), cit., p. 19.

y la Negociación Colectiva 2018-2020 que prorroga el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, en el que el impuso del «empleo con calidad y derechos» (Cap. III) pasa por promover el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, adoptando asimismo el IV Acuerdo una serie de acuerdos en relación a la Igualdad (IX). Desde esta perspectiva, cabe destacar la función que han asumido los Acuerdos Interconfederales, como guías que han de informar la práctica de la negociación colectiva, incluso con anterioridad de la Ley de Igualdad, incluyendo desde el AINC del año 2002 el objetivo de fomentar la igualdad de oportunidades y contribuir a la eliminación de discriminaciones en el empleo y la ocupación por razón de género, como materia a tratar en los convenios colectivos¹¹. De entre ellos cabe destacar, el Anexo II de la prórroga del AINC de 2007 para 2008, en el que ya se deja sentir la influencia directa de la LOI, sin perjuicio de reconocer el carácter más declarativo de estas cláusulas convencionales, que realmente constituyen declaraciones de principios, pero sin establecer mandatos de carácter vinculante¹². Ahora bien, en esta primera etapa cabe mencionar como la negociación colectiva no solamente se concibe como instrumento promocional de la igualdad, sino que se reconoce como fuente de discriminaciones directas, y sobre todo indirectas (AINC 2003, capítulo VI).

En cualquier caso, desde la LOI, las manifestaciones en que se puede concretar la obligación de adoptar medidas de igualdad son alternativas, pudiendo consistir en la negociación de medidas en los convenios, o bien en los específicos planes de igualdad, que desde la jurisprudencia reciente no cabe la menor duda que pueden ser manifestación del derecho de negociación colectiva [art. 37.1 CE], cuya lesión puede provocar simultáneamente la vulneración del Derecho de libertad sindical [art. 28.1 CE]. En definitiva, dicha actividad sindical de negociación forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, al constituirse como se sabe la negociación colectiva como instrumento principal y básico de la actividad sindical¹³. Conforme prescribe el Alto Tribunal, la elaboración del plan, según indica la Ley Orgánica de Igualdad remite a la negociación colectiva como procedimiento para adoptarlo [art. 45 LOI], bajo el principio de transparencia en su elaboración, y conforme a las reglas que en su caso se establezcan en los convenios

¹¹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, pp. 46 a 53. Más recientemente, sobre el vigente IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, VALDÉS DAL-RÉ, F., «El IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2018, 2019, 2020)», *Derecho de Relaciones Laborales* (2018), nº 7, pp. 661 y ss.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L. y DEL MAR LÓPEZ INSUA, B., «El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos», en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., Dirs), *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, Navarra (Aranzadi), 2016, p. 212.

¹³ STS 13 septiembre 2018, Rec. 213/2017. Vid. también, STS de 14 de febrero de 2017, Rec. 104/2016.

colectivos para cumplimentar dicho deber a través de las correspondientes relaciones de complementariedad. Ahora bien, en todo caso, la empresa es el sujeto obligado de adoptar el plan de igualdad, y por tanto, tiene el deber de negociar de buena fe con la representación de los trabajadores, impulsando el proceso negociador, y sin llevar a cabo comportamientos que impidan u obstaculicen un desarrollo regular de la negociación, debiendo resultar bien excepcional la adopción unilateral del plan por parte del empresario, con riesgo de nulidad en el caso de que el convenio colectivo aplicable exija el acuerdo.

En hipótesis, ya se negocien medidas de igualdad en convenios, como en planes, el contenido de unos y otros puede ser similar o coincidente; no obstante, es claro que la disciplina legal que afecta a los planes de igualdad es mucho más exigente y elaborada [art. 46 LOI], revelando que la Ley de Igualdad fue mucho más incisiva e intervencionista con ocasión de los planes de igualdad que con el genérico deber de negociar, al afectar, en principio, a un número muy limitado de empresas. Conclusión que queda reforzada, si tenemos en cuenta que el incumplimiento de la obligación de elaborar o de aplicar los planes de igualdad se configuró como una infracción administrativa muy grave [art. 8.17 LISOS], y, por el contrario, en la LISOS se obvió la posible catalogación de la contravención del deber de negociar tales medidas en *pro* de la igualdad en los convenios como infracción, dejándolo al puro juego de la voluntad de las partes, sin que su transgresión llevará aparejada una eventual responsabilidad administrativa.

En efecto, la inclusión de la nueva infracción administrativa grave realizada por el RDL 6/2019 corrige dicha omisión (art. 6), puesto que se tipifica como tal el incumplimiento de «las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad se haya impuesto por la LOI, el ET o el convenio colectivo que sea de aplicación» [art. 7.13 LISOS]¹⁴. Por tanto, a la luz del nuevo texto la transgresión del deber de negociar medidas de igualdad impuesto por ET [art. 85.1 ET] deberá ser sancionable, no pudiendo admitirse la negativa de la representación empresarial al deber de negociar sin motivación, implicando un comportamiento «proactivo» por ambas partes para conseguir el acuerdo, justificando las resistencias a adoptar las medidas de igualdad que en cada caso se propongan por la representación de los trabajadores, haciendo efectivo el deber de buena fe en la negociación¹⁵. Desde esta perspectiva, consideramos extensible todo el cuerpo de doctrina jurisprudencial configurada con ocasión del deber de negociar en los procesos de reestructuración

¹⁴ El antiguo art. 7.13 LISOS calificaba como una infracción administrativa de carácter grave «no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación».

¹⁵ Por ejemplo, «no puede entenderse que ha habido negociación de buena fe, cuando quien tiene la obligación de tener un plan de igualdad y, por tanto, debe asumir el impulso negociador, no solo no lo asume, sino que adopta una actitud impeditiva del mismo, ralentizando la negociación y retrasando al límite la entrega de documentación» (STS 13 septiembre 2018, Rec. 213/2017).

empresarial (particularmente en el despido colectivo), que ha aquilatado el concreto alcance que implica en dichos procesos de negociación¹⁶. Como se sabe, el legislador no puede imponer un deber de convenir o alcanzar un acuerdo sobre medidas de igualdad, pero sí el deber de negociar que no atenta a la autonomía y libertad de las partes a la hora de dar contenido al derecho constitucional de negociación colectiva. No obstante, hasta el año 2019, su transgresión no tenía consecuencia jurídica sancionadora alguna, debilitando el mandato legal que quedaba en los márgenes de libertad de la negociación colectiva.

Al margen de la posible sanción, es preciso hacer notar que dicha diferencia de cauces negociadores que estableció la LOI provocó en su momento que el objetivo de igualdad se articulara de forma más efectiva en la gran empresa que en la pequeña y mediana empresa predominante en nuestro tejido productivo. En tal sentido, es preciso llamar la atención de que, según los últimos datos de empresas inscritas en la Seguridad Social a diciembre de 2018, tan sólo 4.697 empresas son de más de 250 trabajadores, de las 1.346.629 empresas (es decir, el 0,35 % del total), que emplean a casi 5,5 millones de trabajadores (5.427.071), porcentaje que equivale a un 38,95 % de la población trabajadora. Como se sabe, la estructura productiva que descansa en este tipo de empresas de menor tamaño se encuentra sometida habitualmente a la negociación colectiva sectorial, que, con la reforma laboral 2012, ha salido intensamente devaluada, con mayor repercusión en actividades más feminizadas.

Todo lo anterior ha conducido a que, a día de hoy, el avance de la igualdad de género en la negociación colectiva se haya concentrado modo particular en la gran empresa a través de los planes de igualdad, siendo dicho objetivo claramente secundario en las pymes. Y es que se ha de tener en cuenta que la materialización de las medidas de igualdad en la pequeña y mediana empresa tropieza con serias dificultades de carácter económico por el coste que pueden suponer, así como de naturaleza organizativa al existir mucho menor margen de maniobra en la reorganización de los recursos humanos, cuando son reducidos el número de trabajadores. Consecuentemente, el objetivo de igualdad ha pasado a ocupar un claro segundo plano en sectores claramente feminizados que descansan en actividades descentralizadas y en la proliferación de empresas multiservicios, que no se han visto favorecidos por la debilidad de la regla legal que hace referencia a un genérico deber de negociar — que no de acordar—, que, hasta fechas muy recientes, no tenían consecuencias jurídicas frente a su incumplimiento.

¹⁶ Me permito remitir a mi estudio sobre «La aplicación judicial de los derechos de información y consulta en los procesos de reestructuración empresarial», en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Coord.), *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*, Madrid (Cinca), 2016, pp. 341 y ss.

Desde esta perspectiva, en los estudios que se han ocupado de evaluar la efectividad del deber de implantar medidas de igualdad en los convenios colectivos, las conclusiones alcanzadas son decepcionantes, sin que se haya producido una transformación sustancial en los contenidos de la negociación colectiva tras la Ley de Igualdad. En efecto, se aprecia en una perspectiva de conjunto que la negociación colectiva incluye con habitualidad previsiones en materia de igualdad, pero más en términos de proclamación y de referencias genéricas, que de verdaderas garantías efectivas, predominando las cláusulas que reproducen los textos legales, o mejoran muy tímidamente sus contenidos, incidiendo más en la creación de órganos paritarios *ad hoc* —comisiones de igualdad de oportunidades, observatorios sectoriales de igualdad—, descuidando, por el contrario, la activación de políticas promocionales que se traduzcan en acciones positivas, con una importante desestructuración de la negociación colectiva¹⁷. Junto a ello, hay que hacer notar que la incipiente trascendencia que ocupó dicha materia dentro del contenido de los convenios se vio afectada por la crisis económica, que la postergó dentro de las prioridades de la negociación colectiva, sin que parece haya remontado el vuelo a día de hoy.

A este respecto, sería deseable que imitando al modelo francés recientemente reformado se modificara nuestra ordenación normativa. De esta forma, en el país vecino la igualdad profesional se ha confiado a la negociación colectiva, pero sin que el Estado se haya retirado, habiéndose establecido un «deber mucho más coercitivo» para los interlocutores sociales, forzando desde el texto legal a que se negocie «sí o sí» sobre la igualdad profesional¹⁸. A nuestro juicio, en España se debería reformular la regla legal del deber de negociar [art. 85.2 ET], que impusiera de una manera más efectiva la negociación de medidas de igualdad en los convenios colectivos, una vez valorado el impacto de género del convenio colectivo en cuestión [Disp. Final quinta LOI]. En tal sentido, en Francia se ha establecido para las empresas de más

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y DEL MAR LÓPEZ INSUA, B., «El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos», cit., p. 213. Resulta generalizado el discreto papel de la negociación colectiva que se pone de manifiesto, a nivel general, y a nivel particular, entre otros, en materia de acceso MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R., «El inicio de la igualdad entre mujeres y hombres: mecanismo de acceso al empleo en la negociación colectiva», en *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, cit., p. 253, o, se llega a calificar de «tradicional desatención de la negociación colectiva», respecto al artículo 34.8 ET, por BLASCO PELLICER, A., «El tratamiento convencional del derecho de adaptación y distribución de la jornada por conciliación de la vida personal, familiar y laboral», en *Propuestas para la igualdad de género...cit.*, p. 383, o.

¹⁸ Capítulo IV relativo a la «Igualdad salarial para mujeres y hombres y la lucha contra la violencia sexual y el comportamiento sexista en el trabajo» de la Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. Vid. sobre el sistema francés, seguimos en la exposición a TRICLIN, A., «Igualdad de género y no discriminación en el desarrollo de la negociación colectiva: La experiencia francesa», VI Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, «Igualdad de género y no discriminación: Análisis transversal e interdisciplinar», Granada, noviembre 2018.

de 50 empleados un plazo de 3 años para evaluar el convenio colectivo en clave de igualdad de género, y acordar durante ese plazo las medidas necesarias para erradicar las discriminaciones de carácter salarial y avanzar en la igualdad retributiva. Ahora bien, cabe destacar que pese al papel protagonista que se le ha otorgado a la negociación colectiva, se le ha dado un papel decisivo a la Inspección de Trabajo que va a controlar en todo momento el proceso de negociación. La novedad fundamental es que la Inspección no sólo ejercerá funciones de control y sanción, sino de acompañamiento y asistencia durante el proceso de negociación de los acuerdos relativos a la igualdad profesional, supervisando la legalidad de lo pactado e impulsando la negociación, habiéndose, además, agravado las sanciones que puede imponer por el incumplimiento del objetivo de la igualdad retributiva en el plazo fijado, que pueden llegar alcanzar un 1 por 100 de la masa salarial de la empresa como multa [Art. L. 1142-10 Código de Trabajo].

Con relación a los Planes de Igualdad, analizados tras más de diez años desde su aprobación, cabe expresar una profunda preocupación por la existencia de disparidades entre la concepción de la LOI sobre los Planes de Igualdad y la realidad de los mismos, pues hay serias dudas acerca de hasta qué punto estamos ante verdaderos Planes o ante meros documentos «pro forma»¹⁹. Indudablemente, los propósitos de la LOI se han quedado a medio camino por obra del impacto negativo de la crisis económica. Las dificultades de muchas empresas y la fortísima competitividad entre ellas alteraron las prioridades ante la necesidad de preservar el empleo y evitar una degradación de las condiciones laborales, y la reforma laboral 2012 hizo el resto, al afectar las reglas de juego de la dinámica negociadora ante el robustecimiento del poder empresarial y la debilidad de los representantes de los trabajadores que atenuó su fuerza negociadora. En suma, las propuestas sobre medidas y planes de igualdad fueron arrinconadas en el ranking de las preocupaciones empresariales, y también en las reivindicaciones sindicales, pues no siempre los representantes de los trabajadores han tenido —ni tienen—, entre sus prioridades, la consecución de los objetivos que implica el avance en igualdad de género.

En todo caso, cabe destacar como el análisis del contenido de diferentes planes de igualdad decepciona en demasiados casos, pues, salvo contadas excepciones, no parecen responder plenamente a las exigencias legales de lo que debería ser un auténtico plan de igualdad²⁰. De esta forma, hay un buen número de planes

¹⁹ Vid. sobre el concepto de un genuino Plan de Igualdad, el estudio de ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «El complejo juego entre la ley y la negociación colectiva...», cit., pp. 16 a 40.

²⁰ Vid. las observaciones realizadas por FABREGAT MONFORT, G., «La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia» en Instituto de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, *Negociación colectiva y registro de planes de igualdad*, Boletín Igualdad en la empresa XLVII, septiembre 2018, pp. 18 y ss, y, también, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., «La igualdad por razón de género en los planes de igualdad», en *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, cit., pp. 103 a 115.

demasiado «generalistas» que se mueven en una línea de declaraciones de principios y de propósitos, bienintencionados, pero insuficientes. En demasiados casos, hay una gran diferencia entre los objetivos generales de los Planes de Igualdad, numerosos y extensos, y las medidas adoptadas para alcanzarlos que adolecen de un alto grado de inconcreción, y lo que es más grave, en ocasiones las acciones planteadas no responden al diagnóstico de situación.

Como se sabe, un buen diagnóstico resulta esencial para que el plan pueda ser efectivo, y en tal sentido las organizaciones sindicales se quejan de la falta de información empresarial para elaborar un diagnóstico adecuado, en el que es necesario que las representaciones de los trabajadores participen y puedan debatir su contenido, al ser el pilar sobre el que se soporta el contenido del plan. En este sentido, como indica el Alto Tribunal, «resulta clave el denominado por la ley «diagnóstico de situación», en la medida en que siendo el plan de igualdad un instrumento específico en cada empresa para operar sobre la realidad de la misma, resulta absolutamente necesario —para que el plan acometa las necesidades reales que existan en cada empresa en orden a lograr la igualdad real y sustancial entre todos los trabajadores con independencia de su sexo— contar con una descripción real de la situación sobre la que deben operar las medidas concretas que el plan recoja, a fin de establecer aquéllas que se adecuen directamente a las necesidades de cada entorno laboral en orden a la consecución de la exigible igualdad»²¹.

De otro lado, hay una tendencia empresarial a incorporar en los Planes un planteamiento de mínimos que deja un amplio margen de maniobra a los empresarios a la hora de adoptar las concretas medidas, resistiéndose a pactar medidas más exigentes que condicionen su libre iniciativa. También, se ha podido percibir una práctica en la que se suelen incluir en los Planes muchas cláusulas meramente obligacionales, mientras que la presencia de las de carácter normativo es menor, habiendo una marcada diferencia en el tratamiento de las materias. Se pone mucho más énfasis en la formación para la igualdad, protocolos frente al acoso, medidas en *pro* de la conciliación, y acciones a favor de las víctimas de violencia de género, que contrasta con la escasa adopción de las medidas adoptadas en el régimen de retribuciones, tiempo de trabajo, clasificación profesional, promoción o medidas de acceso²². De esta forma, se devalúa la efectividad del plan en aras de una verdadera igualdad de género, resultando formalmente un plan lícito al no haber un contenido mínimo obligatorio que deba cubrir, fallando, además, los sistemas de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados, surgiendo serias dudas sobre la suficiencia y eficacia de los mecanismos de verificación y control de la aplicación de las medidas contenidas en los Planes de Igualdad²³.

²¹ STS 13 septiembre 2018, Rec. 213/2017.

²² FABREGAT MONFORT, G., «La negociación colectiva de los planes de igualdad...», cit., pp. 22-23.

²³ QUINTANILLA NAVARRO, B., «Evaluación y seguimiento de los planes de igualdad», en *Temas Laborales, Monografía sobre Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo* (2015), nº 55, p. 204 y ss.

3.2. Propuestas de reforma para el cumplimiento más efectivo de la obligación legal de negociar medidas de igualdad

Tras el análisis anterior, en la XXXI Jornada celebrada a instancias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos tuvimos la oportunidad de realizar una serie de propuestas para que el deber de negociar impuesto por la Ley de Igualdad resultara más eficaz en la práctica negocial. La experiencia de los convenios colectivos y los planes de igualdad ha puesto al descubierto que dicho objetivo está muy lejos de ser alcanzado, necesitando reformas concretas que lo impulsen, una vez superada la crisis económica, y estando en un escenario social y productivo muy distinto que invita a lograr su consecución. De entre las reformas mencionadas, algunas han sido acogidas por el reciente RDL 6/2019, de 1 de marzo, puesto que se trata de aspiraciones ya esbozadas por la doctrina y por los agentes sociales en distintos foros, quedando todavía a la espera de la aprobación de un futuro desarrollo reglamentario que concrete algunos de los mandatos legales.

1. Una de acciones tradicionalmente reivindicadas por las organizaciones sindicales que constituye una medida nuclear para impulsar la negociación colectiva en el ámbito de las empresas ha sido la de rebajar el umbral exigido de la plantilla de trabajadores circunscrito a las empresas de más de 250 trabajadores que fijó en su momento la LOI [art. 45.2 LOI]. Dicha opción legal resultaba excesivamente selectiva, dejando fuera al ingente volumen de empresas de pequeño y mediano tamaño que caracterizan al tejido productivo nacional. Asimismo, se ha reclamado la intensificación de las acciones dirigidas a fomentar la elaboración voluntaria de Planes de Igualdad, atendiendo a las necesidades de las PYMEs, mediante apoyo económico, y prestando asistencia técnica a dichas empresas mediante un servicio de asesoramiento y apoyo integral, en el diseño, elaboración, seguimiento y evaluación de las medidas y planes de igualdad²⁴.

Frente a dichas propuestas, el RDL 6/2019 ha apostado por reducir sustancialmente el número de empleados exigible para que nazca la obligación empresarial de formular un plan de igualdad, reduciendo el umbral a 50 trabajadores, siendo dicha cifra la que determina la exigencia preceptiva de un Plan de Igualdad. Se refuerza así la exigencia de las medidas de igualdad en el nivel de la empresa, pero de forma progresiva, de tal modo que las empresas de más de 150 y hasta 250 trabajadores contarán con un año para la aprobación del plan de igualdad; las de más de 100 hasta 150 trabajadores dispondrán de un período de dos años, y las de 50 a 100 personas trabajadoras dispondrán de un período de tres años para la aprobación del plan de igualdad, computados desde el 7 de marzo de 2019, fecha de publicación del RDL 6/2019 en el BOE [Disp. Tr. 12^a LOI]. Consecuentemente, a medida

²⁴ Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2018-2021, Objetivo Específico 1.2. Fomentar la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres en las empresas.

que se imponga la obligación del Plan de Igualdad, la virtualidad de las medidas de igualdad de los convenios sectoriales irán reduciendo su ámbito de aplicación, al aplicarse sólo a las empresas de menos de 50 asalariados, salvo que tuvieran un convenio de empresa o un plan de igualdad negociado voluntariamente.

Aun así, es preciso tener en cuenta que la reducción adoptada deja fuera al conjunto de las microempresas (de 1 a 9 empleados), y a las pequeñas empresas (de 10 a 49), que representan respectivamente al 86, 23 % en el primer caso del tejido empresarial, siendo empleados por dichas entidades 3.085.156 trabajadores, o, lo que es lo mismo, el 22,14 % de los trabajadores, y al 11,60 % empresas en el segundo que emplean a 3.014.168 trabajadores que representan al 21,64 % del total de trabajadores contratados. Es decir, siguen quedando al margen de la obligación del Plan de Igualdad el 97.83 % de empresas inscritas que emplean a 6.099.324 trabajadores, cuya cifra representa al 43,78 % de la población trabajadora en nuestro país²⁵. Consecuentemente, y aunque sin duda el avance puede ser sustancial, puesto que el plan de igualdad frente al convenio colectivo sólo tiene el objetivo del cumplimiento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, el hecho de que, como se muestra en las cifras, la estructura empresarial española sea básicamente minifundista hace que haya muchísimas empresas que queden fuera del radio de acción de tal deber y, para ellas, las medidas contenidas en los convenios colectivos sectoriales seguirán siendo decisivas.

En cualquier caso, no se puede obviar que su incumplimiento constituye una infracción administrativa muy grave, puesto que se tipifica como tal, la falta de elaboración del plan de igualdad [art. 8.17 LISOS], cuya sanción administrativa consiste en multa, en su grado mínimo de 6251 a 25.000 euros, en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros, y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros [art. 40 c) LISOS]. En tal sentido, es muy relevante el importe de la multa con el objetivo de disuadir de su incumplimiento a las empresas afectadas.

2. Transcurrido más de diez años de la regulación legal de los planes de igualdad resulta cada vez más necesario tener un respaldo reglamentario que desarrolle las referencias legales, que se han mostrado con la práctica demasiado genéricas [arts. 45 a 49 LOI]. En particular, han surgido especiales dificultades a la hora de elaborar un buen diagnóstico que resulta clave para que el plan se encuentre correctamente adoptado en las estrategias y prácticas a implementar. Desde esta dimensión es esencial que se reglamente la información y documentación necesaria para llevarlo a cabo, que deberá ser puesta a disposición a la representación de los trabajadores, al modo en que se realiza para los despidos colectivos y demás medidas de reestructuración

²⁵ Informe de Empresas inscritas en la Seguridad Social a diciembre de 2018 (enero 2019).

empresarial [RD 1483/2012]. Asimismo, resulta prioritario que se regule un contenido mínimo obligatorio que deberá incluirse dentro de todo plan de igualdad, así como las previsiones necesarias para articular eficaces sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad.

Desde esta perspectiva, ha de recibirse con satisfacción las modificaciones introducidas por el RDL 6/2019, sobre los planes de igualdad que han incidido sobre aspectos esenciales del contenido del plan, y de modo particular en el diagnóstico de situación que resulta sustancialmente reforzado. En tal sentido, se precisa más el momento de su realización, los sujetos que han de adoptarlo, la información necesaria para cumplimentarlo, y finalmente, las materias sobre las que se ha de pronunciar. De esta forma, se exige de forma adecuada que el diagnóstico se realice previamente al contenido del plan integrado por las medidas posibles, siendo un análisis negociado con la representación legal de las personas trabajadoras, en consonancia con la doctrina jurisprudencial más arriba referida, requiriéndose que se acuerde en la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad. En buena lógica, la norma establece que se elaborará, «en su caso con la representación legal de las personas trabajadoras»; puesto que puede ser que ello no sea posible, por carecer de representantes, o porque haya serias dificultades en el acuerdo, en cuyo caso, a nuestro juicio, la norma posibilita la adopción unilateral del diagnóstico del plan de igualdad.

De otro lado, se establece un contenido tasado del diagnóstico que tiene carácter de mínimo, y que no coincide con exactitud con las materias fijadas para la delimitación del concepto de plan de igualdad en su versión anterior [art. 46.2 LOI]. En concreto, se efectúa una revisión de la norma que actualiza los contenidos, como en el caso de los derechos de conciliación que integran en su seno la corresponsabilidad, o adapta los mismos a las reformas producidas en el ámbito de la igualdad retributiva [art. 28 ET], ampliando la materia, en exceso, cuando hace referencia a las condiciones de trabajo sin más, excluyendo, a mi juicio, negativamente, la ordenación del tiempo de trabajo, que, como se verá, resulta esencial para la igualdad de oportunidades, y que debería haberse mencionado expresamente. En particular, el diagnóstico deberá versar, al menos, sobre las siguientes materias: «proceso de selección y contratación, clasificación profesional, formación, promoción profesional, condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial, ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, infrarrepresentación femenina, retribuciones, y prevención del acoso sexual, y por razón de sexo». Además, con el objetivo de adoptar dicho diagnóstico, la dirección de la empresa deberá aportar la información necesaria en cada una de las materias, concibiéndose como una obligación que pesa sobre el empresario, y que entendemos será especificada en el futuro desarrollo reglamentario, que se prevé en la propia norma para completar las previsiones que afectan al propio plan de igualdad [art. 46.6 LOI].

De este modo, la norma legal deja también para el reglamento la regulación de los contenidos, materias, auditorías salariales, así como los sistemas

de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad, y todo lo relativo al Registro de planes que se trata más adelante [art. 46.6 LOI]. A nuestro entender, dicha remisión del contenido y de las materias que ha de integrar el plan de igualdad, que, por su propia naturaleza, serán correlativas al diagnóstico, deberían haber recibido una ordenación legal, no limitándose al diagnóstico, debiendo haber fijado un contenido mínimo obligatorio que determine la posibilidad del registro previsto. En efecto, su contenido puede ser muy variable en función del diagnóstico, pero vista la experiencia negocial de mínimos, los problemas de efectividad del plan de igualdad no sólo vienen condicionados por un diagnóstico deficiente, sino también por el carácter muchas veces muy limitado de las medidas que se arbitran, debiendo el legislador haber establecido un contenido mínimo, imprescindible, correlativo a las materias que en el diagnóstico revelen una desigualdad, si se quiere que el Plan de Igualdad suponga un avance en el ámbito de la empresa.

3. Una de las acciones fundamentales para impulsar la igualdad de género puede provenir de su valoración en el seno de la *contratación pública*, implicando a las administraciones públicas con el fin de que sigan profundizando en los incentivos que se adopten, cuando las empresas que concurren acrediten medidas en *pro* de la igualdad y planes de igualdad eficaces. Desde esta perspectiva, es importante destacar las previsiones articuladas en la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que dispone que la adjudicación de los contratos habrá de efectuarse, utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad/precio, evaluándose diversos criterios, entre los que se mencionan, las características sociales, entendiéndose, entre otras, como tales, «los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato, y en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar» [art. 145.2.1º LCSP]. Asimismo, dicho texto legal establece, como criterio de adjudicación de desempate, las proposiciones presentadas por las empresas, que al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres [art. 147 LCSP].

Desde esta misma perspectiva, y tal como indica el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2018-2021, es fundamental promover el distintivo «Igualdad en la Empresa» e incrementar su difusión, dinamizando la Red de empresas con distintivo «Igualdad en la Empresa» (Red DIE), para visibilizar las buenas prácticas en materia de igualdad de oportunidades, puesto que su concesión está supeditada a un conjunto elevado de indicadores de calidad en medidas de igualdad²⁶. La posesión del distintivo DIE debería considerarse

²⁶ Vid. al respecto, la Orden PCI/120/2019, de 31 de enero, por la que se convoca la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa» correspondiente al año 2018, y se establecen sus bases reguladoras.

un criterio de adjudicación específico para el desempate en la contratación pública, o factor a tener en cuenta en los criterios de evaluación de las convocatorias de subvenciones, promoviendo su publicidad y su eficacia para el tráfico jurídico, adoptando medidas concretas que pusieran en valor su titularidad.

4. Finalmente, de la experiencia convencional expuesta durante más de una década parece claro que resulta fundamental incrementar el control de los poderes públicos sobre la obligación de negociación de las medidas de igualdad en los convenios colectivos y planes de igualdad. A este respecto, hasta fechas recientes no ha habido un equivalente al control de legalidad, ni de idoneidad de los planes de igualdad, al modo en que sucede en los convenios colectivos [art. 90.5 ET]. Y ello es así, porque no había un registro público de Planes de Igualdad, cuya inexistencia dificultaba el conocimiento de los planes adoptados y su valoración y daba lugar a mucha opacidad, cuando se hacía referencia a los planes, puesto que no había una obligación legal de registro de los planes de igualdad, tal y como sucede con los convenios estatutarios. A tal fin, se articuló en la XXXI Jornada de Estudio sobre negociación colectiva, la propuesta de que se impusiera legalmente la obligación de registro de todos los planes de igualdad para su depósito y publicación, puesto que al no ser obligatorio para todos ellos, se carece de la información necesaria para poder evaluar el cumplimiento de la obligación de implantar planes de igualdad en nuestro país, así como la publicación del contenido de sus medidas en aras de una mayor transparencia y seguridad jurídica para los afectados.

Pues bien, es importante destacar que el RDL 6/2019 ha suplido dicha omisión normativa, estableciendo la obligación de las empresas de inscribir sus planes de igualdad [art. 46.5 LOI], creándose un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, o en su caso de las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas [art. 46.4 LOI]. Por tanto, a partir de la aprobación de la norma de urgencia, entendemos que será requisito constitutivo de validez del Plan de Igualdad la inscripción en el registro correspondiente, desarrollándose reglamentariamente dicho Registro en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso de los planes [art. 46.6 LOI], cuyo incumplimiento se constituye, además, como infracción administrativa muy grave [art. 8.17 LISOS].

Asimismo, la última de las herramientas imprescindibles de refuerzo en el control de poder público se refiere a las importantes funciones que puede realizar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este terreno, cuya labor de control, como se ha expuesto, ha sido incrementada por vía indirecta por la reciente reforma del RDL 6/2019, que ha ampliado el campo de acción de la infracción administrativa, mejorando, sin duda el tipo infractor referido al incumplimiento de las obligaciones empresariales relativas a los planes y medidas de igualdad de los convenios colectivos [art. 7.13 LISOS]. En tal

sentido, tanto en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018-2020, como en el Plan Director por un trabajo digno 2018 a 2020, se hace referencia al reforzamiento de su función en el ámbito de la *igualdad de género*, poniendo especial énfasis en la dimensión de control del cumplimiento de la normativa, y en su caso de exigencia de las correspondientes responsabilidades administrativas. A los efectos que ahora interesa, el Plan Director, junto con la creación de la Unidad de Lucha contra la discriminación que presta especial atención a la igualdad de género, considera que la Inspección deberá operar, de modo particular, en los ámbitos en los que se genera mayor precariedad laboral relativos a la discriminación retributiva, discriminaciones en el acceso al empleo, y acoso sexual y por razón de sexo, y en el Plan Estratégico de la Inspección se fija como uno de los objetivos estratégicos, «Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de igualdad y no discriminación» (objetivo 7). Correlativamente, se establece la realización de campañas específicas con relación a los planes de igualdad que abarquen, tanto la vigilancia del cumplimiento de la obligación empresarial de su elaboración, como la aplicación efectiva de las medidas derivadas del mismo, y con respecto a los convenios colectivos se prevé la realización de campañas específicas, en colaboración con las Comunidades Autónomas y la Dirección General de Empleo, con la finalidad de detectar con carácter previo a la publicación de convenios colectivos, posibles cláusulas discriminatorias existentes en los mismos.

Al margen de lo anterior, resultaría bien relevante que la Inspección de Trabajo se implicará en el cumplimiento del objetivo de igualdad de género en la negociación colectiva; máxime en el contexto vigente, en el que las empresas que ocupen desde 50 trabajadores de plantilla van a tener que adoptar, negociando, su plan de igualdad. Desde esta orientación, y desde una perspectiva más preventiva o asistencial, la autoridad pública podría cumplir funciones de asistencia técnica, y en su caso de mediación, con el fin de hacer efectivo el cumplimiento del deber de negociar medidas efectivas en *pro* de la igualdad en los convenios y en los Planes de Igualdad (art. 12.2 LOITSS). A este respecto, y adoptando como referencia el modelo francés, y siempre con el respeto a la autonomía colectiva, la inspección podría llevar a cabo una función de asistencia y seguimiento del proceso negociador, de modo particular, en la mediana empresa, ejerciendo facultades de asesoramiento e información en el cumplimiento de esta normativa. La intensificación de dicha tipología de funciones es uno de los ejes (4) y de los objetivos estratégicos del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo (objetivo 12), y de las medidas arbitrada del Plan Director para el objetivo de promoción de la igualdad (Medida 19), resultando crucial la especialización de la formación de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en materia de igualdad de género, tal y como prevé el Plan Director. Dicha clase de intervención debería impulsarse en un futuro próximo, máxime si se tiene en cuenta que con el régimen vigente todas las empresas a partir de 50 empleados van a tener que negociar su Plan de Igualdad, siendo muy relevante la asistencia que pueden

llevar a cabo tanto a la dirección de las empresas como a la representación de los trabajadores, posibilitando la erradicación de cláusulas que pueden generar discriminaciones directas como indirectas (difíciles de detectar), como promoviendo o sugiriendo cláusulas que avancen de forma efectiva en la igualdad entre ambos géneros.

4. BRECHA SALARIAL DE GÉNERO

4.1. La desigualdad retributiva como una realidad incontestable

Según el Plan Director por un Trabajo digno 2018 a 2020, y de conformidad con la Encuesta de la Estructura Salarial 2016, la diferencia salarial entre hombres y mujeres se sitúa en el 22,4 %, cinco décimas inferior respecto a 2015, y sólo 3,2 puntos porcentuales inferior a la existente en 2007. Las diferencias se agudizan en las edades adultas de 50 a 59 años, donde supera el 25 %, mientras que son menores en las edades más jóvenes, de 25 a 34 años, inferiores al 18 %. La tendencia hacia la reducción paulatina de las diferencias de salario por razón de género es muy lenta. En este sentido, en 2016 la mujer percibió un salario medio inferior en un 20 % al percibido por el hombre mientras que en 2007 esa diferencia era más marcada, fijándose en el 21,7 %. Asimismo, se observa que las mujeres tienen una mayor presencia en los niveles salariales bajos, el 40,3 % de las mujeres tuvo en 2016 un salario inferior a 1.229 euros frente al 20,7 % de los hombres, siendo, por el contrario, más elevada la presencia de los hombres en los niveles salariales altos. Por encima de los 2.137 euros, el 34,6 % que los ingresaron fueron hombres, frente al 24,9 % de las mujeres, siendo que la devaluación salarial ha repercutido en mayor medida en las personas con menores rentas, es decir, las mujeres²⁷. Dicha realidad persistente es así, a pesar del cumulo de iniciativas normativas de las instituciones internacionales (Convenio nº 100 OIT, Agenda 2030- ODS 5º), comunitarias (art. 157.1 TFUE, art. 4 Directiva 2006/54) y nacionales (arts. 28 y 23.2 ET) y de los interlocutores sociales (IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2018 a 2020)²⁸.

Indudablemente, sobre dicho fenómeno incide una pluralidad de causas, unas de carácter visible, como son las relativas a la precariedad de su contratación, que se distingue por su creciente parcialidad —las mujeres trabajadoras tienen una tasa del 24,5 % frente al 7 %—, y en menor medida por su

²⁷ Datos todos ellos extraídos del Informe de diagnóstico del mercado de trabajo del Plan Director por un trabajo digno 2018-2020 (BOE, 28 de julio de 2018).

²⁸ Vid. al respecto, los estudios de LOUSADA AROCHENA, J.F., «La igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo», *Documentación Laboral* (2018), nº 115, pp. 33 y ss y BALLESTER PASTOR, M^a. A., «La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea», ambos en *Documentación Laboral* (2018), nº 115, pp. 13 y ss.

temporalidad —las mujeres tienen una tasa del 27,8 % frente al 25,9 % de los hombres—, así como por la segregación vertical y horizontal de los puestos de trabajo que ocupan, junto con las serias dificultades de conciliación y la falta de corresponsabilidad, así como por otras causas más invisibles que conectan más con factores de carácter social y cultural que resultan más difíciles de percibir, pero que dañan sin duda la deseable aspiración a la igualdad retributiva. Dicha realidad compleja marcada por dicha multiplicidad de motivos coexiste en la sociedad actual, no sólo española, sino europea, dando lugar a una brecha salarial de género que resulta inadmisibles en los regímenes democráticos del siglo XXI.

En buena lógica, no se puede abordar en este estudio de forma exhaustiva la diversidad de las causas que la generan, sino que de forma limitada, y en coherencia con el análisis global del estudio, nos vamos a centrar en la negociación colectiva que, a día hoy, es fuente de un gran volumen de discriminaciones indirectas, más que directas, debiendo ser una acción principal la de combatir la brecha salarial en los convenios colectivos. Desde la Ley de Igualdad, la negociación colectiva se configura como una herramienta esencial para reducir las diferencias salariales entre ambos géneros (art. 45 LOI); no obstante, sólo el 24,4 % de los convenios negociados en 2017 incluyen medidas de igualdad retributiva, y únicamente el 25 por 100 de las empresas cuentan con un plan de igualdad que puede contener potestativamente acciones de esta índole²⁹, siendo una de las cuestiones menos tratadas por los planes³⁰. Centrándonos en la fuente colectiva, se detectan varios problemas para la superación de la desigualdad retributiva que en este caso desglosaremos de forma individualizada, articulando la propuesta correspondiente, teniendo en cuenta las importantes reformas introducidas por el RDL 6/2019.

4.2. La dificultad comprobada de detectar las discriminaciones retributivas: avances legales y propuestas de mejora para lograr una mayor transparencia salarial

Frente a dicha realidad incontrovertida, llama la atención el escaso número de reclamaciones judiciales y denuncias y sanciones adoptadas por la Inspección de Trabajo por causa de la discriminación retributiva, indicándose en el diagnóstico del Plan Director por un trabajo digno 2018-2020, que no es fácil detectarlas en el ámbito de la empresa, y que en muchas ocasiones obedecen a causas que no constituyen una discriminación, que son los compor-

²⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución», *Documentación Laboral* (2018), n.º 113, p. 9.

³⁰ SÁEZ LARA, C., ¿Es posible eliminar la brecha salarial de género?, en AA. VV. (SÁEZ LARA, C., Coord.), *Igualdad de género en el trabajo: Estrategias y propuestas*, Murcia (Laborum), 2016, p. 114.

tamientos que únicamente pueden sancionar. Los estudios de la negociación colectiva denuncian que las estructuras salariales diseñadas son muchas veces opacas, faltando en muchas ocasiones información disponible sobre los niveles salariales de las personas trabajadoras que realizan el mismo trabajo o un «trabajo de igual valor», que es precisamente el problema mayor en el avance de la igualdad retributiva³¹. A este respecto, se comprueba en los convenios colectivos una excesiva diversidad de partidas en las que en muchos casos no se conoce la causa real del complemento, ni los criterios de atribución retributiva. Desde esta perspectiva, resultaría más que conveniente la revisión del contenido de los convenios colectivos para unificar la regulación de los aspectos retributivos, siendo exigible que todos y cada uno de los pluses o complementos aparezcan definidos cualitativamente, y detallados cuantitativamente. Se debería reclamar un mayor rigor jurídico, no escondiéndose detrás de dichos pluses de convenio, brechas de género por percibirse sólo para los trabajadores a tiempo completo o fijos, reconocimiento que perjudica claramente al sexo femenino que concentra una mayor parcialidad o temporalidad en nuestro país.

En este sentido, la reivindicación más intensamente esgrimida es que hay que garantizar la transparencia de los criterios de atribución retributiva. Un sistema retributivo transparente, complementado por un sistema de acceso a la información adecuado, y por una correcta definición de los aspectos relevantes en la conceptualización del «trabajo de igual valor», que, hasta fechas recientes está falto de claridad y de seguridad jurídica, son elementos esenciales para combatir la discriminación retributiva. Desde esta dimensión, es fundamental atender a lo dispuesto por la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, que estableció la transparencia salarial como instrumento esencial para la consecución de la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, fijando toda una serie de orientaciones para los Estados miembros para garantizar el principio de igualdad de retribuciones, erradicando las discriminaciones retributivas, y haciendo frente a la persistente diferencia que reside entre ambos sexos³². En tal sentido, la recomendación indica que los Estados miembros deberán precisar en su legislación el concepto de «trabajo de igual valor», dando una serie de indicaciones para poder evaluar y comparar los trabajos, utilizando en todo caso criterios objetivos, como los educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión. Asimismo, establece el deber de que los Estados opten por, al menos, una o varias de las siguientes medidas con el fin de facilitar la evalua-

³¹ CASAS BAAMONDE, M^a.E., QUINTANILLA NAVARRO, B., MENÉNDEZ CALVO, R., y SERRANO, J., *Herramientas para combatir la brecha salarial. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial*, cit., UGT Informes, septiembre 2015, p. 103.

³² Vid. las valoraciones que realiza de la Recomendación de 2014, BALLESTER PASTOR, M^a.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, cit., pp. 77 a 81.

ción de la diferencias retributivas: (i) Formulación del derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género (promedios) a requerimiento del trabajador/a; (ii) Atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio del trabajador/a y de sus representantes, en las empresas de más de 50 trabajadores; (iii) Obligación de que las empresas con más de 250 trabajadores/-as elaboren auditorías salariales (con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de puestos) que deben ponerse a disposición de los/as representantes; (iv) Garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.

Con la aprobación del RDL 6/2019, y siguiendo las indicaciones de esta Recomendación, se ha incorporado en el propio ET la noción de «trabajo de igual valor» [art. 28.1 ET], incluyendo criterios objetivos que colaboren a discernir la presencia de una discriminación retributiva, mejorando asimismo la definición de los grupos profesionales, con el objetivo de garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta [art. 22.3 ET], teniendo en cuenta que ambos sistemas están interrelacionados, siendo la fuente colectiva crucial en este terreno. De este modo, y en una primera aproximación resultará esencial que se especifique en los grupos profesionales, las funciones principales, y las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, así como cualesquiera de los factores relacionados para su desempeño, junto con las condiciones laborales en que se lleven a cabo, con el fin de poder discernir si nos encontramos ante trabajos de igual valor. A partir de dicha descripción, se podrá realizar una posible comparación entre las retribuciones acordadas, que, en todo caso, no podrá dar lugar a discriminación alguna en ninguno de los elementos o condiciones de las percepciones recibidas, cualquiera que sea su naturaleza.

Asimismo, es muy relevante la incorporación de la obligación del registro de los salarios a que se somete al empresario [art. 28.2 ET], con independencia de los trabajadores de su plantilla, debiendo llevar a cabo un registro con los valores medios de los salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales, desagregados por sexo y «distribuidos por grupos profesionales, categorías salariales o puestos de trabajos iguales o de igual valor» [art. 28.2 ET]. Sin poder entrar en detalle en el análisis del precepto, parece claro que el registro habrá de incluir todas las retribuciones percibidas en su sentido más amplio, y con independencia de la fuente jurídica de su atribución, incluyendo las que tienen origen en la negociación colectiva, pero también las fruto de la concesión unilateral del empresario, las retribuciones fijas y las variables, así como los salarios en especie³³. En todo

³³ De acuerdo con la noción que ha defendido el Tribunal de Justicia Europeo a estos efectos: vid. el estudio RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La discriminación retributiva por causa del sexo y del género...», *cit.*, pp. 11-12.

caso, hubiera resultado deseable que se fijara un plazo para llevarlo a cabo, y una obligación empresarial periódica de actualización. Al margen de la propia terminología que puede ser mejorable, resulta fundamental dicha obligación empresarial que pondrá de manifiesto las posibles diferencias de retribución entre ambos sexos, que, a día de hoy, pueden ser resultado de la aplicación de los convenios colectivos que no han prestado la atención debida a dichas diferencias retributivas, o, en su caso, a la aplicación llevada a efecto por el empresario. En cualquier caso, el texto legal exige al empresario en el caso de que emplee, al menos a cincuenta trabajadores, que si la diferencia entre sexos supera a un 25 por 100 o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfecha, deberá ofrecer «una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras» [art. 28.3 ET]. Dicha última norma resulta desafortunada por la elevada diferencia que indirectamente legitima entre ambos sexos —hasta el 24 por 100—, así como por la exclusión de la justificación, cuando la empresa es menor de 50 trabajadores, que, como se expuso, deja fuera a más del 40 por 100 de la población trabajadora, cuando se ha optado por el registro salarial en toda empresa.

De otro lado, se prevé la obligación de realizar una auditoria salarial en las empresas de más de 50 trabajadores —a diferencia de los 250 que fija la Recomendación de 2014— que deberá incluirse en el Plan de Igualdad dentro del diagnóstico, y como tal se deberá negociar con la representación de los trabajadores, obligando a la modificación de la LOI [art. 46.2 LOI], y que se realizara a partir de la información suministrada en el Registro salarial. Según dicha Recomendación, «dichas auditorias deberían incluir un análisis de la proporción de mujeres y hombres en cada categoría de trabajadores o puestos, un análisis del sistema de evaluación y clasificación de empleos e información detallada sobre los salarios y diferencias salariales por razón de género».

Finalmente, y de acuerdo a la Recomendación de 7 de marzo de 2014, se han incrementado las *obligaciones informativas* que pesan sobre el empresario sobre las retribuciones percibidas por la plantilla, reconociéndose el derecho al acceso de la información del registro salarial a favor de todos los trabajadores sin distinción, que son quienes se encuentran en la mayoría de los casos con serias dificultades para dilucidar si efectivamente están siendo susceptibles de un tratamiento retributivo discriminatorio. Ahora bien, dicho derecho de información del registro salarial no se articula por la Ley de forma directa, como insta la propia Recomendación, sino que se realiza a través de la intermediación de la representación de los trabajadores [art. 28.2 ET]. A este respecto, se echa en falta que la norma legal hubiera también establecido el derecho de información *directo* a favor de los asalariados, al menos en defecto de representación de los trabajadores, puesto que disponer de la información adecuada es el presupuesto esencial que le legitima en su caso a plantear una reclamación individual.

Por otro lado, y como no podía ser de otro modo, se ha reglamentado igualmente el derecho de información del registro salarial a favor de la representación de los trabajadores, así como una previsión esencial que incide de forma directa en la valoración de la discriminación retributiva indirecta, como es la relativas a los datos sobre proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como se ha incorporado también el derecho de información de las medidas adoptadas en aplicación del plan, que, por supuesto, también pueden afectar a la equiparación retributiva. Dichas obligaciones informativas se incluyen expresamente en el propio artículo 64.3 ET, en el que se atribuye a dichas representaciones una función de especial vigilancia en el respeto del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia salarial [art. 64.3. 3º ET]. Como se sabe, las denuncias y reclamaciones judiciales colectivas sobre las prácticas discriminatorias retributivas han sido muy escasas hasta la fecha, por la falta de información y transparencia al respecto, y porque en ocasiones son muy difíciles de detectar. Por ello, resulta esencial la atribución de este derecho que se deberá llevar a cabo anualmente, siendo dicha obligación actualizada cada año, puesto que las representaciones de los trabajadores han de asumir como esencial el control y vigilancia del cumplimiento de la igualdad entre ambos sexos en las empresas. En tal sentido, y dado la creciente importancia que van adquirir los planes de igualdad será necesario que la representación realice asimismo un seguimiento y evaluación del plan, puesto que en ocasiones el problema que se produce es que las medidas adoptadas no se llevan a efecto, debiendo ser más estrictos en la fijación de plazos para su cumplimiento y en el ejercicio del control de su efectividad. No se puede obviar que la contravención del deber de información conlleva una infracción administrativa grave [art. 7.7 LISOS], y la falta de aplicación del plan de igualdad una infracción muy grave [art. 8 17 LISOS].

4.3. La grave ausencia de una implicación legal más efectiva de la negociación colectiva en el logro del principio de igualdad de retribuciones

Una vez expuestas las importantes novedades del RDL 6/2019, llama la atención la omisión de unas previsiones más específicas dirigidas a la negociación colectiva. Como es sabido, son los convenios colectivos la fuente principal de fijación, tanto de los sistemas de clasificación profesional, como de las estructuras salariales, siendo corresponsables los interlocutores sociales de las discriminaciones generadas por lo común de forma indirecta por la valoración de los puestos de trabajo³⁴. Y es que las diferencias salariales

³⁴ Cfr. BALLESTER PASTOR, M^a.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral...cit.*, p. 84. En extenso, POQUET CATALÁ, R., «El tratamiento legal de la discriminación salarial por razón de sexo en los momentos actuales», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* (2015), nº 116, p. 147.

por razón de género tienen como causa ordinaria dicha incorrecta valoración, que surge, indirectamente, en la descripción del sistema de clasificación profesional establecido en el convenio colectivo, o bien a partir del diseño de la estructura retributiva, o, en última instancia, por la valoración realizada por la empresa para la aplicación de complementos o mejoras contractuales. Por mencionar exponentes significativos, tradicionalmente, ha resultado habitual en la práctica negocial que en materia de pluses y complementos se hayan valorado características que dominan más en el trabajo masculino, regulando complementos de peligrosidad o penosidad, primando el esfuerzo físico, o la disponibilidad horaria con los pluses de festivos, o el trabajo en sábado y domingo (dificultad de conciliar), o los inherentes a la presencia o a la permanencia (antigüedad) en la empresa (carreras más cortas e interrumpidas), en detrimento de cualidades de precisión o destreza, organización, responsabilidad, polivalencia, o gestión de recursos humanos que dominan más en el trabajo de las mujeres, y que con carácter general son minusvalorados en su cuantificación retributiva. Igualmente, ha sido una práctica habitual que las tablas de clasificación profesional asignen a los grupos profesionales más feminizados salarios más bajos, pese a que realizan trabajos de igual valor que otros grupos profesionales masculinizados, o igualmente se ha atribuido un menor valor a las horas de trabajo realizadas bajo contratos a tiempo parcial que a las que desempeñan los fijos o indefinidos, tal y como consta en el Plan Director por un trabajo digno 2018-2020.

Y es que determinar cuándo dos trabajos que no son idénticos merecen idéntica valoración no resulta en ocasiones tarea fácil, al depender de la confrontación de un conjunto de factores, cuyo enjuiciamiento es difícil de evaluar, produciéndose diferencias sutiles que obedecen a circunstancias que son de difícil justificación, y cuya persistencia responde en ocasiones únicamente a la vigencia de prejuicios sociales de los que derivan un tratamiento injusto para las mujeres. La reciente reforma de igualdad de 2019 ha incidido fundamentalmente en el escenario empresarial y en las obligaciones del sujeto empresarial, pero es de suma trascendencia que la autonomía colectiva asuma su cuota de responsabilidad en la fijación de las condiciones de trabajo que inciden en la desigualdad retributiva. Tal y como indica la Recomendación de 7 de marzo de 2014, sus mandatos también están dirigidos a los interlocutores sociales; consecuentemente, fomentar u obligar a dichos sujetos a debatir y prestar especial atención a las cuestiones de igualdad de retribución en la negociación colectiva es otra manera de aumentar la transparencia salarial y de abordar las diferencias entre hombres y mujeres.

A este respecto, desde la Ley hubiera sido deseable intensificar el papel de los interlocutores sociales para reforzar el principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres, en el marco de la mesa del diálogo social (Plan Director), y con el respaldo y apoyo de las administraciones públicas, y de modo particular de la Inspección de Trabajo, y de los organismos de fomento de la igualdad, como el Instituto para la Mujer y la Igualdad de Oportuni-

dades. De este modo, resultaría fundamental realizar un Plan de Análisis y Evaluación de la aplicación del principio de igualdad de retribuciones en la negociación colectiva en clave de igualdad de género, con un plazo tasado al modo francés. En tal sentido, el IV Acuerdo para la Negociación colectiva y el Empleo 2018-2020 parece apostar por dicha orientación, cuando acuerda «un estudio cualitativo del sistema de pluses y complementos salariales, midiendo su impacto de género, informando adecuadamente a las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, para la adaptación de los mismos a criterios que no conlleven un impacto de género.» No obstante, a nuestro juicio, parece claro que el objeto del estudio se queda corto, puesto que la incorrecta valoración de los puestos de trabajo tiene alcance transversal, debiéndose delimitar con un alcance más amplio el objeto del análisis, los sujetos que lo han de realizar, y las fechas de ejecución, si efectivamente se pretende adoptar medidas efectivas de mejora en la negociación colectiva.

Desde esta perspectiva, se deberían establecer plazos concretos para que las comisiones negociadoras o la comisión de igualdad realizaran un estudio de evaluación, revisando la integridad de la estructura retributiva junto con los sistemas de clasificación profesional, determinando si son objetivos los criterios para la fijación del salario base, los complementos salariales, las mejoras o beneficios sociales, y las percepciones extrasalariales, o si, por el contrario, su modo de fijación está contribuyendo a la brecha salarial de género. Desde esta perspectiva, se debería promover entre las comisiones negociadoras de los convenios y planes, la difusión y el uso de herramientas que permitan una mejor detección de la brecha salarial de género, como la «Herramienta autodiagnóstico de brecha salarial de género» o el «Sistema de valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género», disponibles en la web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Finalmente, y tras este estudio, es urgente que el legislador impusiera desde el texto legal la obligación de mejorar la transparencia retributiva en los convenios colectivos, que facilitaría la determinación de la desigualdad injustificada que ha sido legitimada en mayor medida por el principio de autonomía colectiva, que justifica la diferencias de regulación o de trato que consideren adecuadas representaciones de trabajadores y empresarios en función de sus respectivos intereses, siempre dentro del respeto al marco legal y constitucional. En efecto, es cierto que el nuevo artículo 22.3 ET establece que «la definición de los grupos profesionales se deberá ajustar a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tenga por objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres», y que dichos criterios y sistemas han de cumplir lo fijado en el artículo 28 ET. O lo que es lo mismo, en el sistema de clasificación deberá especificarse las funciones o tareas, requisitos de formación, factores de desempeño y las condiciones de trabajo, concretándose así la prohibición legal de discriminación contenida en la legislación anterior, que, sin

embargo, no había impedido la significativa tendencia a mantener tratamientos diferenciales entre hombres y mujeres en los sistemas de clasificación por vías ocultas que constituían una auténtica discriminación³⁵.

Del mismo modo, se debería haber reformado también el precepto relativo a la fijación del salario y la estructura retributiva [art. 26 ET], y haber exigido a los convenios colectivos una obligación de transparencia retributiva que imponga la fijación de los criterios de atribución de cada una de las percepciones salariales y extrasalariales que reciben los trabajadores, sin admitirse partidas de definición vaga o confusa, o percepciones de vencimiento superiores al mes cuya concreta justificación resulta excesivamente compleja. Y es que con cierta frecuencia, los convenios colectivos recogen pluses o complementos sin especificar a qué concepto responden, cuál es su cuantía, y criterios de cálculo, y quienes lo pueden percibir³⁶. A tal fin, resultaría muy relevante analizar el estado de la negociación colectiva a día de hoy, con el fin de corregir la práctica negocial en los supuestos en que sea necesaria, realizando un autodiagnóstico en clave de impacto de género. La negociación colectiva puede reducir, pero también cronificar, o incluso aumentar la desigualdad, debiendo revisar y repensar nuestros convenios colectivos, introduciendo pautas y estrategias en favor de la igualdad de género. Las normas legales aplicables deben ser más exigentes que hasta la fecha, fijando mandatos concretos que involucren de manera más decisiva a la negociación colectiva, puesto que resulta un instrumento con un potencial enorme para prevenir, corregir o perpetuar la brecha salarial de género.

4.4. Combatir la segregación ocupacional en los sectores feminizados

La brecha salarial de género está provocada, entre otros factores, por la concentración de las mujeres en los sectores peor retribuidos, y en las categorías o grupos profesionales con una remuneración más baja. La participación de las mujeres en el mercado de trabajo se ha concentrado en un número reducido de ramas de actividad u ocupaciones, de forma que no hay un reparto equilibrado entre ambos sexos en los diferentes segmentos del mercado laboral³⁷. El sexo femenino se aglutina en un número más limitado de trabajos que los hombres, y

³⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La discriminación retributiva por causa del sexo...», cit., p. 19.

³⁶ CASAS BAAMONDE, M^a.E., QUINTANILLA NAVARRO, B., MENÉNDEZ CALVO, R., y SERRANO, J., *Herramientas para combatir la brecha salarial. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial*, cit., UGT, septiembre 2015, p. 106. En la misma dirección, POQUET CATALÁ, R., que indica que «El convenio colectivo es el instrumento por excelencia que más discriminación conlleva» [«El tratamiento legal de la discriminación salarial por razón de sexo en los momentos actuales», cit., pp. 152-153].

³⁷ Vid. al respecto, el estudio de PÉREZ GARCÍA, A., «Empleo y salarios de las mujeres: discriminación laboral por razón de sexo», *Revista de Derecho de Relaciones Laborales* (2018), nº 5, pp. 539 y ss.

en sectores considerados de baja calidad en el empleo, por sus menores salarios, y por aportar un escaso valor añadido a la organización, como las tradicionales actividades de limpieza. La segregación ocupacional, lejos de ir desvaneciéndose con la mayor presencia de mujeres en el mercado de trabajo, se mantiene de forma persistente, perjudicando seriamente el abanico de las oportunidades laborales que no alcanzan a los trabajos mejor valorados económicamente³⁸. Se trata de un fenómeno que se da en la mayoría de los países de la Unión Europea, y que tiene consecuencias decisivas en la brecha salarial de género³⁹, puesto que su principal consecuencia es que en las ocupaciones de dominación masculina se perciben mayores remuneraciones. El ámbito laboral asume una concepción socialmente aceptada que desvaloriza el trabajo de las mujeres en relación al de los hombres y, a su vez, las segrega⁴⁰. La todavía persistente segregación profesional que se continúa registrando en el contexto laboral español, tanto por sectores, como por actividades, grupos profesionales, secciones o puestos de trabajo se produce, bajo diferentes fórmulas, y criterios que vienen a mantener el «menor valor» de los trabajos, en los que tradicionalmente las mujeres han estado más presentes, con el consecuente impacto adverso sobre las diferencias en las retribuciones actuales de mujeres y hombres.

Y es que la valoración de los puestos de trabajo, clasificaciones profesionales y ocupaciones entronca directamente con las percepciones de los sujetos en torno a la valoración del trabajo realizado por ambos sexos, interiorizada en el aprendizaje social. Su aplicación, por tanto, se enfrenta no solo a obstáculos puramente económicos, sino también a estereotipos que históricamente han infravalorado y muchas veces despreciado, tanto los trabajos desarrollados fundamentalmente por mujeres, como las supuestas habilidades típicamente femeninas. Es fundamental que la negociación colectiva combata dicha segregación ocupacional, y que no siga contribuyendo a la misma, comprobándose continuamente como los convenios colectivos de sectores feminizados, o determinadas ocupaciones normalmente desempeñadas por mujeres, son las que están menos valoradas y retribuidas. Por citar exponentes significativos, se retribuye menos al personal de limpieza que al vigilante u ordenanza, pese a estar en el mismo grupo profesional, o la retribución más baja de la Tabla es la de «Telefonista», por debajo en ocasiones de la de «Mozo de taller». Resulta esencial que al determinar el salario base por grupos profesionales se ponga especial interés en no infravalorar económicamente las tareas que se realicen fundamentalmente por mujeres o los rasgos supuestamente femeninos, teniendo en cuenta que dicha diferencia, además, se propaga a otros complementos fijados en función del salario base.

³⁸ AGUADO, E., «Segregación ocupacional: una mirada crítica a las participaciones tamizadas de las mujeres en el empleo», *Gaceta Sindical CC.OO* (2018), nº 31, p. 295.

³⁹ BETT, F. y VERASHAGINA, A., *Gender segregation in the labour market. Root causes, implications and policy responses in the EU*, Comisión Europea (2009).

⁴⁰ UGT publicaciones, Reducir la brecha salarial, la prioridad. 22 Febrero 2019 Día por la Igualdad salarial, versión on line.

Desde esta perspectiva, como se sabe, las mujeres son amplia mayoría entre las personas empleadas en las actividades que derivan del Estado del Bienestar —salud, educación y servicios sociales—. En particular, y con las estadísticas de contratación del año 2018 que reproducen básicamente las de los años anteriores, las mujeres representan la mayoría absoluta en los contratos de trabajo registrados en actividades sanitarias y servicios sociales (78,03 %), y educación (66,07 %)⁴¹. Dicha presencia abrumadora del sexo femenino se ha visto afectada por la reducción de sus salarios por la disminución del gasto por el poder público en aras del objetivo de reducción de déficit, que no ha sido compensado suficientemente tras la crisis económica, y que ha afectado más gravemente a las mujeres. En particular, las mujeres que trabajan en actividades sanitarias y servicios sociales han visto que ha aumentado la brecha salarial que las separa de sus compañeros varones, pese al aumento extraordinario que han ganado en el empleo en la última década: Si en el año 2015 la brecha era del 27,23 %, en el año 2016 alcanzó el 29,85 %⁴². A este respecto, queda claro que las políticas del estado del bienestar condicionan de forma mucho más decisiva el empleo de las mujeres que el masculinizado, con una importante presencia en este caso del sector público.

Asimismo, dicha disminución de la inversión pública ha incidido también, y de forma decisiva en un sector en el que las mujeres son las protagonistas absolutas. Me refiero a la actividad del cuidado y de la economía doméstica, donde en un reciente informe en base la estadística de contratos de trabajo publicada por el Ministerio de Trabajo se ha cifrado la presencia femenina en el 88,02 %⁴³. La reducción de la financiación pública en servicios de cuidado ha tenido un doble efecto, bien ha devuelto a las mujeres a los hogares para atender a las personas dependientes, o bien las trabajadoras de dichos sectores han resistido en el mercado laboral en condiciones de trabajo cada vez más devaluadas. A este respecto, se ha de llamar la atención como hay una falta de inversión pública en servicios, pero también hay una escasa preocupación tanto del legislador, como de los agentes sociales sobre las condiciones de empleo de estas asalariadas, pese a ser un nicho que representa casi el 30 por 100 del empleo feminizado⁴⁴. Dicha indiferencia se revela por la falta de ratificación del Convenio n° 189 sobre trabajo doméstico, que pone el acento sobre la importancia de los derechos colectivos y de la nego-

⁴¹ Cifras extraídas de la Estadística de Contratos. Datos acumulados. Diciembre 2018, publicada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, y valorados en el «Informe Contratos de trabajo registrados en 2018», Fundación Altedia, *Revista de Derecho de Relaciones Laborales* (2019), n°2, p. 204.

⁴² UGT publicaciones, *Reducir la brecha salarial, la prioridad*. 22 Febrero 2019 *Día por la Igualdad salarial*, versión on line.

⁴³ «Informe Contratos de trabajo registrados en 2018», Fundación Altedia, *cit.*, p. 204.

⁴⁴ En España, 3,8 millones (2,9 millones de mujeres y 936 mil hombres) se dedican al trabajo de cuidados remunerados. Esto representa el 20,8 por ciento del empleo total en España, o el 34,4 por ciento del empleo femenino en España: OIT, «Hallazgos y mensajes clave: El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente», 2018.

ciación colectiva en este sector que está inédita en nuestro país, pese a afectar a más de 700.000 empleadas; debiendo mencionar como excepción relevante de clara justicia social, la reciente recuperación de los convenios especiales de seguridad social a favor de las cuidadoras no profesionales con cargo a la Administración General del Estado por el RDL 6/2019, que podrán permitir que dichas mujeres puedan tener en un futuro derechos de protección social [Disp. Adicional decimocuarta y Disp. Transitoria Trigésima primera].

No obstante, a los efectos que ahora interesa, y por citar un exponente bien significativo de negociación colectiva, se ha de mencionar el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal (BOE, 21 septiembre 2018), que ha estado sin lograrse un acuerdo de renovación durante varios años, y en el que, como se sabe, el personal femenino es abrumador. Pues bien, si se atiende a sus tablas salariales, se comprueba con facilidad como el trabajo de cuidados se encuentra absolutamente infravalorado económicamente respecto a otros trabajos, cuya trascendencia en la atención de las personas dependientes no resulta ni de lejos comparable: no es que sean trabajos de igual valor, sino que son trabajos de un valor sustancialmente mayor en atención a criterios objetivos. De este modo, las trabajadoras de ayuda a domicilio que son un recurso esencial en el cuidado de personas mayores, han tenido una subida de 25,75 euros en los últimos 4 años, sin superar en 2018 los 1000 euros (972,97 euros), cobrando el mismo importe que un telefonista o un receptionista (972,79 euros), y menos que ocupaciones como el tele operador (1.058,46 euros) o en su caso 4 euros más que el portero o receptionista. La minusvaloración que revela la fijación de sus retribuciones es patente, unida a la reducción de horas que ha sufrido dicho colectivo por obra de la disminución del precio de los conciertos, cuando dicho recurso es uno de los servicios esenciales para que nuestros mayores puedan permanecer en el hogar familiar, exigiéndose una progresiva profesionalización. Ahora bien, los salarios fijados no revelan ni de lejos la trascendente función que realizan, que supera con creces a la de las ocupaciones objeto de contraste, de acuerdo a criterios objetivos, tanto por las tareas que desempeñan, como por las duras condiciones en que se realizan, como conforme a los requisitos de esfuerzo y responsabilidad que les exigen⁴⁵. A nuestro juicio, sus retribuciones son un exponente paradigmático de que en la valoración de su trabajo está pesando sin duda un estereotipo de género, que no sólo ha provocado un descenso de sus retribuciones en la crisis, sino que ha sufrido un tratamiento discriminatorio respecto a trabajos realizados habitualmente por el sexo masculino que son mejor retribuidos económicamente, y por tanto mejor valorados.

Finalmente, el último de los sectores en los que queremos fijar la atención es el de hostelería y comercio que aglutina al 29,7 % del total de las mujeres

⁴⁵ En consonancia con las recomendaciones europeas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea sobre los criterios que deben informar los trabajos de igual valor.

ocupadas, aun cuando en ambos sectores la composición entre ambos sexos es más equilibrada que en los anteriores. No obstante, según el informe de la organización sindical UGT, los salarios más bajos en hostelería corresponden a las trabajadoras que perciben de media 12.608,92 euros anuales, produciéndose una diferencia de 3.298,98 euros anuales menos que sus compañeros, realizando trabajos del mismo valor⁴⁶. Y es que tanto en este sector como en el del comercio, hay una importante presencia de la mano de obra femenina en puestos de baja cualificación, en la crisis y tras la misma, y ha habido un aumento sustancial de contratos de horas y de corta duración con salarios cada vez más bajos, generalizándose la realización de horas extras no pagadas, con numerosas reclamaciones a la Inspección de Trabajo, tal y como consta en el Plan Director por un trabajo digno. Como se sabe, muchas de estas actividades son prestadas en régimen de subcontratación a través de empresas multiservicios (actividades feminizadas), que, unidas a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, han determinado una bajada de condiciones salariales para colectivos claramente feminizados (por ejemplo, camareras de pisos). La casuística es muy variada pero es claro que redundan en situaciones que han perjudicado netamente a las mujeres trabajadoras.

A tal efecto, parece claro que dicha problemática no puede ser solventada sólo desde la negociación colectiva, con el marco legal que desde la reforma 2012 prioriza de forma incondicionada al convenio de empresa, y no pone coto a la estrategia empresarial de descentralización productiva. En tal sentido, y como apunto el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018-2020 es necesario reformar el artículo 42.2 del ET para configurar el principio de igualdad retributiva entre trabajadores/as que prestan servicios para la misma empresa, independientemente de si forman parte de la plantilla de la empresa principal, o si han sido contratados por una contratista. Las mujeres tienen una gran participación en las empresas de servicios y de multiservicios, por lo que el reconocimiento de la igualdad retributiva respecto a lo percibido por los trabajadores/as de la empresa principal, sin duda, contribuiría a la lucha contra la discriminación retributiva por razón de sexo, ampliándose el concepto de trabajo de igual valor, al que se desarrolla en la empresa principal.

En conclusión, resultaría fundamental comenzar examinando los sectores en donde se concentra la mano de obra femenina, adoptando medidas de acción positiva. En torno al 72 % de las mujeres que trabajan en nuestro país se agrupan en los sectores de actividad más arriba mencionados. Por tanto, se tendría que actuar mucho más «decisivamente» en la negociación colectiva de dichas actividades feminizadas que son conocidas por todos, y en los que se pactan condiciones de trabajo altamente preocupantes para las mujeres que predominan en ellos (empleo doméstico, cuidados, educación, sanidad, servicios sociales y dependencia, comercio, y restauración). Todo ello está

⁴⁶ UGT publicaciones, *Reducir la brecha salarial, la prioridad*. 22 Febrero 2019 Día por la Igualdad salarial, versión on line.

produciendo una cierta desvinculación del sexo femenino de las organizaciones sindicales, habiéndose producido importantes movimientos importantes asociativos de mujeres —asociación Las Kellys, asociación de auxiliares de ayuda a domicilio y dependencia o la asociación de trabajadoras del hogar de Bizkaia (ATH/ELE)—, que se están constituyendo como agente sociales del cambio, al tener la percepción de que los órganos tradicionales de representación acuerdan condiciones en los convenios que perjudican claramente el valor de estos trabajos feminizados.

5. DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD Y TIEMPO DE TRABAJO

5.1. La necesidad de un nuevo enfoque de la conciliación a la vista del fracaso de las políticas en igualdad de género

El análisis de este apartado no puede obviar las estadísticas del mercado de trabajo y las encuestas del uso del tiempo que revelan las grandes diferencias que afectan a los hombres y mujeres en la plasmación de sus prioridades vitales. Así, en el mercado de trabajo español hay 1.997.800 mujeres que no tienen empleo, ni lo buscan por razones familiares, frente a tan solo 130.800 hombres. La razón principal esgrimida por el sexo femenino es que han de cuidar a niños, adultos enfermos, incapacitados y mayores, mereciendo el calificativo de personas inactivas por la Encuesta de Población Activa. Consecuentemente, cada año 380.000 mujeres abandonan el mercado de trabajo frente a 14.000 hombres.

Asimismo, con respecto a los derechos de conciliación, las cifras son igualmente elocuentes: 318.598 mujeres hacen uso del permiso de maternidad frente a 5.807 hombres (98 % de los casos); 32.012 mujeres piden una excedencia por cuidado de hijos/as frente a 2.116 hombres⁴⁷, resultando que el 94 por 100 de las excedencias familiares son solicitadas por mujeres⁴⁸. Igualmente, la *parcialidad* que es otro mecanismo de conciliación está protagonizada por las mujeres: en el período 2012-2017, la participación de trabajadores hombres a tiempo parcial en el empleo total masculino se ha elevado de un 6,6 % en 2012 a un 7,3 % en 2017, y la participación de mujeres con este tipo de jornada en el empleo total femenino también se ha incrementado, de un 23,9 % en 2012 a un 24,2 % en 2017⁴⁹. En 2017, las mujeres repre-

⁴⁷ Datos proporcionados por la *web* del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en la sección corresponsabilidad y conciliación de la vida personal, familiar y laboral (14 diciembre 2018).

⁴⁸ <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm> (2 julio 2018).

⁴⁹ INE, Estadísticas, Empleo (actualizado a 24 de mayo 2018). En concreto, en 2017, de los 10.266,3 hombres, 752 son trabajadores a tiempo parcial, y de las 8.558,5 mujeres, 2.066,9 son a tiempo parcial.

sentaban un 72,2 % del total de personas ocupadas a tiempo parcial, siendo la mayoría involuntario, pero en la cifra de «voluntario» la brecha de género se dispara, puesto que alcanza el 93,19 de la contratación frente al sexo masculino para el cuidado de menores, y el 97,2 % con personas dependientes (EPA, 2016), siendo el motivo esencial la atención de menores, personas dependientes y enfermos. Según la EPA de 2018, dicha cifra va en aumento, el número de españolas que trabajan a tiempo parcial por cuidar a familiares dependientes se incrementó el pasado año en un 30,7 % respecto al ejercicio anterior, sumando ya 344.800 mujeres⁵⁰.

Finalmente, según la última encuesta del uso del tiempo (INE), las mujeres dedican 4 horas y 29 minutos al trabajo doméstico (actividades de mantenimiento del hogar) frente a 2 horas y 32 minutos que dedican los hombres. Por tanto, el sexo femenino emplea, diariamente, más del doble de tiempo que los hombres a tareas vinculadas con el hogar y la familia. Cerca del medio millón de mujeres emplean para la atención de familiares dependientes el equivalente a una jornada laboral (40 horas semanales) durante 4-8 años. Ahora bien, pese a su trascendencia para el bienestar personal, dicho trabajo no remunerado resulta invisibilizado en el ámbito laboral y de protección social, con escasas excepciones, cuando se desarrolla en el seno de los hogares y por razón de un vínculo de parentesco, siendo por el contrario, aflorado con un deficiente estatus, si se contrata a una trabajadora del servicio del hogar.

Dicha situación de invisibilidad que se produce en el campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ni tan siquiera se da en el marco del Derecho civil donde se valora como una contribución a las cargas, «el trabajo que se aporta a la casa» que será compensado económicamente, en caso de extinción del régimen de separación de bienes [art. 1438 Ccv]. En el campo del derecho social, dicho tiempo de «trabajo», al no ser retribuido económicamente no se tiene en cuenta, ni tan siquiera, como se debiera, para modular la adaptación del tiempo de actividad laboral. Es más su ejecución por parte de las mujeres en la mayoría de las ocasiones les va a suponer un coste económico su realización, puesto que lo llevan a cabo a costa de reducir sus retribuciones, bien de forma directa a través de la parcialidad o de los derechos de conciliación, bien de forma indirecta a través de la contratación de una trabajadora del servicio doméstico. Por tanto, en el ordenamiento laboral la conciliación por lo general es pagada bien por las mujeres en exclusiva, bien por la unidad familiar en su conjunto.

Y es que como demuestran todos los datos reseñados, la responsabilidad de cuidado y tareas domésticas pesa sobre las mujeres, condicionando, seguramente, como ninguna otra causa, la posición devaluada que ocupan en el mercado de trabajo. Como sucede tanto dentro de nuestras fronteras, como en el marco de la Unión Europea, las mujeres, cuando tienen hijos, tienden a

⁵⁰ El País, 27 marzo 2019.

trabajar menos horas en empleos retribuidos y pasan más tiempo ocupándose de responsabilidades familiares por las que no reciben remuneración; al igual que si tienen un familiar enfermo o dependiente, que les repercute negativamente en su empleo, pudiendo llegar a abandonar por completo el mercado de trabajo⁵¹. Consecuentemente, la dificultad para lograr una conciliación efectiva entre la vida personal, familiar y laboral y la falta de *corresponsabilidad* siguen siendo las causas que mejor explican la menor participación laboral de las mujeres, al ser sobre ellas sobre quienes sigue recayendo la mayor parte de las responsabilidades domésticas y de cuidado, condicionando decisivamente su carrera laboral. Y es que la conciliación en nuestro país y en la mayoría de los de la Unión se ha construido sobre los *derechos de ausencia* —excedencias, suspensiones de contrato, derechos de reducción, excedencias, permisos— que lanzan el mensaje de que para conciliar hay que trabajar menos, desplazando parte del tiempo de trabajo al tiempo de cuidado y actividades domésticas⁵². Como se ha dicho con razón, las figuras centrales sobre las que gira la conciliación en nuestro país son principalmente, «el contrato de trabajo a tiempo parcial, la reducción de jornada por razones de guarda legal y la excedencia por motivos familiares que son los recursos más utilizados de la legislación laboral para conciliar», que conllevan inexorablemente el deterioro del estatus laboral de la posición de la mujer en el mercado de trabajo⁵³.

Todo este arsenal de instrumentos legales que ha ido mejorando con el tiempo (¿o empeorando?) perpetúan indirectamente los roles o estereotipos de género, si se tiene en cuenta que son utilizados masivamente por las mujeres, provocando que su ejercicio ahonde en la desigualdad de género, al conllevar salarios más bajos, interrupciones en su carrera profesional, frenando su promoción, y en los casos más graves, conduciendo a un desapego al mercado de trabajo que desemboca en su expulsión definitiva. Por tanto, el ejercicio de los derechos de conciliación no ha funcionado en términos de corresponsabilidad, puesto que la conciliación continua viéndose como una problemática propia de mujeres que se soluciona a través de un variado panel de fórmulas, en las que la solución es siempre y en todo caso declinada en femenino⁵⁴. O bien, la mujer reduce sus tiempos de trabajo y sus retribuciones económicas, o de forma simultánea o alternativa, descentraliza el trabajo del cuidado y la responsabilidad doméstica a través del recurso gratuito de las

⁵¹ Considerandos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la «Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores» (abril 2017).

⁵² Vid. BALLESTER PASTOR, M^a. A. y CABEZA PEREIRO, J., «Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades», *Monografías de Temas Laborales. Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo* (2015), n^o 55, pp. 103 y ss.

⁵³ CASAS BAAMONDE, M^a.E., «Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez», *Derecho de las Relaciones Laborales* (2018), n^o 10, p. 1080.

⁵⁴ En detalle, CASAS BAAMONDE, M^a.E., «Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», cit., p. 15.

mujeres de la generación anterior, o con la contratación de mujeres del servicio del hogar, siendo los servicios de cuidado no tan utilizados como en otros países, por el coste económico de los privados, y por la notoria insuficiencia de los servicios públicos en intensidad.

En suma, el objetivo de conciliación, tal y como está planteado en nuestro ordenamiento actual, lejos de funcionar como mecanismo de equilibrio y reparto de las responsabilidades familiares entre ambos sexos, ha contribuido al mantenimiento de la desigualdad de género, siendo que dicha cuestión está siendo debatida bajo nuevos presupuestos en la Unión Europea que reconoce el fracaso de las políticas de conciliación en términos de igualdad de género, reclamando un marco normativo renovado⁵⁵. De este modo, y con ocasión de la aprobación de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la «conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores» presentada en abril de 2017 por la Comisión Europea⁵⁶, se ha reclamado un nuevo enfoque, que trascienda claramente el derecho a los permisos parentales, debiendo situarse en un contexto más extenso y más complejo, en el que los interlocutores sociales pueden jugar un papel relevante. La Unión Europea está tratando el tema de la conciliación con una nueva perspectiva. Por una parte, promueve la participación y el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo, y por otra, pretende incentivar la utilización de los instrumentos de conciliación por parte de los hombres, fijando medidas que propicien la utilización de los permisos parentales por el sexo masculino, como la intrasferibilidad y la compensación económica, configurando políticas de conciliación que contribuyan a reequilibrar el reparto de responsabilidades en el hogar⁵⁷. En tal sentido, la disposición apuesta por *fórmulas de trabajo flexible* con el fin de impulsar la permanencia en el mercado laboral, adaptándose el calendario de trabajo a través de mecanismos que puedan ajustar sus modelos de trabajo para que se puedan ocupar de sus obligaciones familiares, acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducciones del horario laboral (art. 9).

⁵⁵ Como ya se pondría de manifiesto en la Estrategia 2020, y se anticiparía, de modo particular en la Estrategia para la Igualdad entre Hombres y Mujeres 2016-2019 que sigue la Estrategia 2010-2015. De esta forma, la propia Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre conciliación declara lo siguiente: «Ha quedado demostrado que el desequilibrio en el diseño de permisos para hombres y mujeres, la falta de incentivos suficientes para que los hombres disfruten de permisos que les permitan ocuparse de sus hijos u otros familiares a cargo, las posibilidades limitadas para acogerse a fórmulas de trabajo flexible, la cantidad insuficiente de servicios asistenciales formales y los desincentivos económicos han agravado los problemas del empleo femenino». Vid. sobre dicha Directiva, BALLESTER PASTOR, M^a. A., «La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017», *Revista de Relaciones Laborales* (2017), n^o 38, pp. 67 y ss.

⁵⁶ El Parlamento Europeo y el Consejo han alcanzado un acuerdo provisional sobre la propuesta de la Comisión Europea de una nueva Directiva sobre conciliación, en enero de 2019.

⁵⁷ Vid. en detalle, BALLESTER PASTOR, M^a. A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, cit., pp. 129 a 166.

Si nos trasladamos a España, no se puede obviar que la dificultad de conciliación se ha intensificado a raíz de la reforma de la Ley 3/2012, motivado por una variable esencial relativa al fortalecimiento de la flexibilidad en la determinación de las condiciones de trabajo en favor del interés empresarial y en perjuicio de los trabajadores, y de manera especial, en una de las condiciones que resulta más sensible para las mujeres referida a la *reglamentación del tiempo de trabajo*⁵⁸. Los cambios normativos que se han producido en la ordenación de los tiempos de vida laboral ha conducido a reforzar el poder empresarial en la fijación del número de horas que se trabaja diariamente, y en el horario en que se trabaja, ampliándose la disponibilidad del empleado, a través de la distribución irregular de la jornada, la utilización de las horas complementarias, o de la facilitación de las vías de modificación de horario y jornada [art. 41 y 82.3 ET], sin contar con la complicidad de las nuevas tecnologías de la comunicación que permiten «formalmente» el cierre de la jornada, pero la continuidad en el domicilio.

A este respecto, debe ser recibido con satisfacción, pero con cautela, el reconocimiento legal del *derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, con ocasión de la aprobación de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, que tiene una finalidad esencial que es la de garantizar «el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar» [art. 88.1 LPD]. A nuestro juicio, y en una primera aproximación, por la propia estructura del texto normativo que separa en dos disposiciones las referencias a este derecho se ha de considerar que la nueva Ley está reconociendo un nuevo derecho subjetivo a favor de los trabajadores en su primer apartado, al estar garantizando derechos fundamentales para el trabajador, como el relativo a la intimidad personal y familiar [art. 18.1 CE], y el descanso que salvaguarda la salud del trabajador [art. 43 CE], pudiendo resultar afectado también el derecho a la conciliación con trascendencia constitucional [arts. 14 y 39 CE]. Consecuentemente, la referencia a la reglamentación de sus modalidades de ejercicio por la negociación colectiva, en aras de potenciar los derechos de conciliación [art. 88.2 LPD], reconoce un papel relevante a la fuente colectiva, pero no debe implicar que, en defecto de convenio, nos encontremos ante una norma vacía de contenido que realmente no confiera un derecho autónomo de desconexión⁵⁹.

⁵⁸ Sobre la trascendencia del tiempo de trabajo en la perspectiva de género, PERÁN QUESADA, S.: «Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española», en AA.VV., *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, (Comares), Granada 2014, p. 170 y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, (Comares), Granada 2016, p. 281.

⁵⁹ Indudablemente, dicha Ley se inspira en la norma francesa que fue la que reconoció por primera vez el derecho a la desconexión digital; no obstante, guarda diferencias con dicha norma, precisamente, en el reconocimiento del derecho autónomo a la desconexión (Vid. Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016: Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels). Dicha ley introdujo ciertas medidas en el Código de Trabajo francés de adaptación del mundo laboral al entorno digital, entre ellas el denominado «derecho a la desconexión» [artículo 55]. Vid. CIALTI, P.H., «El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece?», *Temas Laborales* (2017), n° 137, pp. 163 a 181.

En tal sentido, y al margen de que el convenio colectivo regule este derecho, su invocación no puede supeditarse a que la regulación convencional, o en su defecto el acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, lo reconozca, sino que su concreción en la fuente convencional solamente implicara que deberá ejercitarse conforme a sus propios términos que en todo caso deberán respetar el ejercicio de este derecho [art. 88.2 LPD]. La Ley confiere un importante papel al convenio colectivo para la concreción del derecho, pero ello no implica un vaciamiento del primer apartado de la norma que tiene entidad propia, remitiendo igualmente al empresario a elaborar una política interna para los trabajadores, con audiencia de la representación de los trabajadores. Dentro de la libertad que se le concede al empresario para el diseño de su política interna, se le impone desde la Ley el que preserve de modo especial el derecho a la desconexión digital «en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas» [art. 88.3 LPD].

Al margen del avance que puede suponer el reconocimiento de este derecho, se ha de llamar la atención como los cambios legales provocados en el régimen del tiempo de trabajo por la reforma 2012 se han producido sin resguardar de ningún modo y manera a los trabajadores con responsabilidades familiares. De este modo, se ha de llamar la atención como la imprevisibilidad en los cambios de horario son los mayores enemigos de la conciliación: una adecuada conciliación exige la posibilidad de una planificación por parte del trabajador que permita tener cierta seguridad en la fijación de su tiempo de trabajo para organizar su tiempo de cuidados. Las posibilidades de alteración en manos del empresario del horario y de la jornada que se le abren con la reforma 2012, sin duda, constituyen una política contraria al objetivo de conciliación, o desde luego poco sensible con la misma. Y es que la ordenación legal sobre la duración de la prestación laboral y el régimen de descansos ha sacrificado las necesidades de los trabajadores para atender necesidades de primer orden, como son las responsabilidades de cuidado de los familiares que se encuentran a su cargo, obviándose las demandas de los asalariados en este terreno, puesto que el interés empresarial es el que manda y prevalece⁶⁰. Resulta llamativo como el derecho de conciliación no aparece expresamente mencionado en ninguna de las normas que configuran las prerrogativas organizativas empresariales en este campo de aplicación.

⁶⁰ Acerca del efecto de la reforma 2012 sobre los derechos de conciliación, vease BALLESTER PASTOR, M.A.: «De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades», *Revista de Derecho Social* n° 57 (2012), p. 112. VELASCO PORTERO, T.: «El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 41 (2015), op. cit., p. 75; HERRAIZ MARTÍN, M.S.: «El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral», *Relaciones Laborales* n° 12 de 2014, p. 61.

En conclusión, dicha promoción en el cambio de los tiempos de trabajo sumado a su imprevisibilidad, produce un serio obstáculo a la propia permanencia de las mujeres en la organización laboral, así como al desarrollo de su carrera profesional, precisamente por la dificultad de conciliar, sin olvidar que su exigencia opera en un importante número de casos en mujeres con contratos temporales y a tiempo parcial donde la vulnerabilidad es extrema, quedando neutralizado el derecho de resistencia a cualquier orden de cambio o alargamiento.

5.2. La trascendencia de la negociación colectiva en la ordenación del tiempo de trabajo en aras de la consecución de una mayor igualdad real de género

Como se sabe, desde la Ley de Igualdad se atribuyó un papel estelar a la negociación colectiva para promocionar la conciliación, tanto en su dimensión tradicional, que supone normalmente una reducción de su salario, como en materia de ordenación del tiempo de trabajo, incorporando el importantísimo *derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada* en aras de hacer efectivos estos derechos [art. 34.8 ET], que, sin duda, siempre la he concebido como una medida nuclear para un nuevo enfoque de la conciliación en términos de corresponsabilidad⁶¹. De modo particular, el ejercicio del derecho de adaptación de la distribución de la jornada no implica un coste salarial para el trabajador que lo ejercita, promoviendo su presencia, en lugar de su ausencia, pero con la novedad de que de ordinario la organización empresarial y el resto de la plantilla realiza un esfuerzo posibilitando el ajuste para que el trabajador pueda atender sus responsabilidades familiares. No obstante, lo cierto es que su trascendencia se ha diluido, al quedar en su formulación remitido a lo fijado por la negociación colectiva o al acuerdo entre empresario y trabajador, resultando que la negociación colectiva apenas ha hecho concreción de este derecho, siendo sin duda una asignatura pendiente en nuestros convenios colectivos⁶².

En consecuencia, y en defecto de convenio, la aceptación de dichas solicitudes de cambio quedan en la esfera de la autonomía individual, donde los asalariados instan dichas peticiones, de modo especial de cambio de turno, o adaptación de horario, que tropiezan con la dificultad de un tejido productivo

⁶¹ A este respecto, me permito remitir a mi estudio, MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., «Derechos de conciliación y tiempo de trabajo», *Documentación Laboral* (2008), n^o 82, pp. 60 y ss.

⁶² CORREA CARRASCO, M., «Tiempo de trabajo e igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva», *Revista de Derecho social* (2010), n^o 49, p. 210. Más recientemente, VELASCO PORTERO, M^a.T., «El tiempo de trabajo y su organización», en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Madrid (MEYSS), 2016, p. 230. BLASCO PELLICER, A., «El tratamiento convencional del derecho de adaptación y distribución de la jornada por conciliación de la vida personal, familiar y laboral», cit., p. 374.

plagado de pequeña y mediana empresa, donde el problema de la reorganización de los recursos humanos tiene escaso margen de maniobra. Dicho esto, a la luz de su trascendencia constitucional, los empresarios no podrán denegar sin más el derecho de adaptación, sino que deberán justificar las razones organizativas o productivas que le llevan al rechazo, y en su caso el órgano judicial estará obligado a ponderar las necesidades de conciliación con las necesidades empresariales, teniendo en cuenta la dimensión constitucional de este derecho como medida de conciliación [arts. 14 y 39 CE]⁶³.

No obstante, dicha indiferencia de la fuente colectiva a la reglamentación de este derecho ha provocado un parcial vaciamiento de una medida esencial, puesto que el propio Tribunal Constitucional estableció que la norma estatutaria no configura realmente un derecho de adaptación en beneficio del trabajador, en caso de ausencia de previsión en convenio o en pacto [STC 24/2011, de 14 de marzo], interpretación que ya había anticipado el Tribunal Supremo. Dicho Alto Tribunal considero que «la trabajadora no tiene derecho de elección de horario, sino ha solicitado previamente la reducción de jornada» [STS 13 junio 2008, Ar. 4227, posteriormente confirmada por la STC 26/2011]. De esta forma, indirectamente, dicha doctrina jurisprudencial va a promover que la medida nuclear de la conciliación gire en torno al derecho de reducción de jornada, que permite la elección horaria, y que el derecho de adaptación horaria que podía haber jugado un papel más relevante, siempre que el trabajador demostrara su dificultad de conciliación, quede en un claro segundo plano, puesto que no se reconoce un genuino derecho, sino que su efectividad va a depender sustancialmente de lo establecido en la negociación colectiva que no ha dado una respuesta adecuada al envite que el legislador le estaba pidiendo.

Pese a dicho déficit de los convenios colectivos en este terreno, la reforma laboral de 2012 siguió dicha tendencia de utilizar las normas laborales con una función meramente pedagógica, diseñando normas huecas, al continuar dejando la plena responsabilidad a los interlocutores sociales, al asignar importantes competencias al convenio colectivo en el campo de la conciliación. O dicho de otra forma, el legislador no reconoce derechos plenos que tengan eficacia directa, sino formula continuamente *mandatos dirigidos a la negociación colectiva*. Las normas estatutarias remiten de forma sistemática al convenio colectivo para que regule o tenga en consideración a los derechos de conciliación. Entre otras disposiciones, se prevé que el convenio establezca criterios para la concreción horaria de la reducción de la jornada en atención a los derechos de conciliación, pero también en atención a las necesidades productivas y organizativas de la empresa [art. 37.7 ET]. Asimismo, el convenio colectivo es la fuente que podrá establecer las condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada y el permiso de lactancia se

⁶³ BALLESTER PASTOR, M^a. A., *Retos y perspectivas de las discriminación laboral...*, cit., pp. 173-174. Desde una perspectiva general, CASAS BAAMONDE, M^a.E., «Conciliación de la vida familiar y laboral...», cit., pp. 1073-1074.

podrán acumular en jornadas completas [art. 37.6 ET], o, llegando a su punto álgido, se amplían las posibilidades del convenio con el fin de hacer efectivo el derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada por razón de conciliación. En concreto, el precepto estatutario indicaba, antes de la reforma del RDL 6/2019, que «la negociación colectiva promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organizar el trabajo y también los descansos que permitan de forma simultánea una mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación y la mejora de la productividad de las empresas» [art. 34.8 ET].

Enunciadas dichas alternativas es importante destacar dos rasgos que han identificado al legislador en este campo material de aplicación, con respecto a la relación que plantea con el convenio colectivo. En primera instancia, resulta destacable como se atribuye a la negociación colectiva una función que, en lugar de mejorar los mandatos legales, puede ser utilizada para *empeorar el ejercicio de los derechos de conciliación*. Desde esta perspectiva, parece claro en el caso del aumento de las horas complementarias que se puede realizar en el contrato a tiempo parcial [art 12.5 c) ET], pero también se abre dicha posibilidad, cuando se refiere a la fijación de los criterios para la concreción horaria de los distintos derechos de reducción de jornada, que pueden legitimar al convenio a condicionar el derecho legal preferente atribuido al trabajador en función de las necesidades productivas de la empresa [art. 37.7 ET]. Consecuentemente, el legislador facilita a los convenios que regulen verdaderas limitaciones al ejercicio del derecho a la conciliación, pudiendo incluso eliminarse la prioridad del trabajador al especificarse la reducción horaria⁶⁴. No obstante, a pesar del evidente peligro para la reducción del derecho a la concreción, que puede plantear esta posibilidad, hemos de reconocer que la negociación colectiva puede ser un instrumento tremendamente adecuado para impulsar una mayor eficacia de los derechos de conciliación, pues también puede plantearse a través de la misma una regulación que desborde los estrictos límites legales del art. 37.4 a 6 ET, facilitando la acumulación de las reducciones, y la superación del módulo diario para la reducción de la jornada⁶⁵. Ahora bien, hasta la fecha, una vez más, se ha de poner al descubierto que la remisión legal no ha tenido apenas eco en las cláusulas de los convenios⁶⁶.

Asimismo, el segundo de los rasgos que identifica al mandato legal, resulta absolutamente revelador de la posición que ocupa la Ley en este ámbito, si se atiende a la distinta redacción que emplea el legislador, cuando reglamenta dos

⁶⁴ BALLESTER PASTOR, M^a. A., «De como la reforma operada por el RDL 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación...», cit., p. 112.

⁶⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Trabajo y necesidades familiares: La reducción y adaptación del tiempo de trabajo», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (2018), n^o 48, p. 25.

⁶⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Trabajo y necesidades familiares...», cit., p. 29. ARGUELLES BLANCO, A.R., «Tiempo de trabajo, flexibilidad interna e igualdad por razón de género en los convenios colectivos», en AA. VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs), *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, cit., pp. 352-354.

derechos de marcada trascendencia en la armonización de la vida profesional y familiar, frente a los que afectan a la ordenación del tiempo de trabajo (págs. 157 y ss.). Nos referimos al ya mencionado derecho de adaptación del tiempo de trabajo en atención a la conciliación antes de la reforma 2019 [art. 34.8 ET], y al derecho de distribución irregular de la jornada [art. 34.4 ET]. En ambos casos, la Ley aboga por que sea la negociación colectiva la fuente que reglamente dichas condiciones temporales; ahora bien, si el convenio no establece previsión alguna, la disciplina del art. 34.8 ET contrasta significativamente con la del art. 34.2 ET. Con respecto al derecho de adaptación de jornada, la Ley no establece mandato alguno, y por tanto, la posibilidad de invocación de este derecho sin reducción de horas a la luz de la jurisprudencia se vuelve difícil de conseguir [SSTC 3/2007 y 26/2011]⁶⁷. Por el contrario, en el caso de la distribución irregular, la Ley le otorga directamente al empresario la posibilidad de distribuir hasta un 10 por 100 de la jornada en el año sin justificación alguna, y con un simple preaviso de cinco días para conocer el día y la hora de la prestación de trabajo; alternativa intensificada por el RDL 16/2013 que permite que las diferencias de jornada, por exceso o por defecto, se compensen al año siguiente al momento en que se produzcan [art. 34.8 ET].

Indudablemente, dicha diferencia retrata al legislador, siendo el contexto actual momento oportuno para replantearse el papel que tiene que jugar la Ley en la ordenación del tiempo de trabajo de cara a la igualdad de género, debiendo incorporar el derecho a la conciliación del trabajador de forma transversal en su reglamentación, sin dejar una responsabilidad tan decisiva en manos exclusivas de la negociación colectiva. Han pasado más de 7 años sin resultados efectivos en los convenios desde la reforma laboral 2012, debiendo el legislador, si de verdad está comprometido en el avance de la igualdad, entrar de forma más decisiva en el reconocimiento de los derechos de conciliación, ordenando al menos una norma dispositiva que entre en juego en defecto de previsión en el convenio en el propio artículo 34.8 ET, que, sin duda, sería un buen estímulo para su negociación en los convenios colectivos. Como se sabe, dicha propuesta es recogida por el RDL 6/2019, formulando un mandato legal que inexorablemente estimulará la negociación de este derecho que sale muy revalorizado con la nueva redacción legal.

En tal sentido, la nueva redacción normativa de forma muy acertada reconoce a favor de los trabajadores un derecho subjetivo de adaptación de la jornada de trabajo, en términos cualitativos y cuantitativos, incluyendo de forma innovadora la posibilidad de solicitar al amparo de este derecho la prestación del trabajo a distancia, con el objetivo principal de hacer efectivo el derecho a la conciliación. La atribución de este derecho pasa por la ponderación razonable —no necesaria— y proporcionada de la medida solicitada por el trabajador, y de las necesidades organizativas y productivas de la empresa que exigirá un esfuerzo en la búsqueda de soluciones que propicien la efectividad del derecho. Pero lo que es más relevante, a estos efectos, es que la atribución de este dere-

⁶⁷ BALLESTER PASTOR, M^a A., y CABEZA PEREIRO, J., «Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación...», *cit.*, pp. 131-132.

cho ya no queda fundamentalmente supeditada a la negociación colectiva, con los efectos descritos, sino que desde la reforma 2019 se puede afirmar que en la legislación laboral ha hecho acto de presencia un *derecho autónomo de adaptación de jornada y horario en aras de la conciliación*, cuya dimensión constitucional [arts. 14 y 39 CE] no puede ser obviada en la valoración realizada primero por el empresario, y con posterioridad por el órgano judicial [art. 139 LRJS]. Consecuentemente, la función de la negociación colectiva se reduce a regular los «términos de su ejercicio», pero sin que pueda vaciar de contenido el derecho de reconocimiento legal. Es más, en defecto de convenio, o de su regulación por éste, la norma legal estipula un procedimiento de negociación individual entre trabajador y empresa, en el que dentro de un plazo máximo de 30 días se deberá dar una respuesta fundada al asalariado que tendrá tres alternativas. La primera, como no podía ser de otro modo, acceder a la petición; la segunda plantear una propuesta alternativa que en buena lógica deberá satisfacer al trabajador, y en última instancia, denegar la petición, en cuyo caso se indicarán las razones objetivas que sustentan la decisión. Ahora bien, dicho procedimiento sí resulta plenamente dispositivo para la negociación colectiva.

Al margen de esta novedad esencial en el campo de la conciliación, parece claro que la negociación colectiva debería jugar un importante papel en este ámbito, como fuente que puede ajustarse a las distintas circunstancias del sector productivo o de la empresa, debiendo en línea con lo preconizado por las instancias comunitarias, acordar como prácticas habituales la formulación de horarios flexibles, jornadas continuadas o intensivas, preferencias de elección de turno, acumulación de horas en bolsas para la conciliación, o derechos de atención de corta duración, etc. como medidas esenciales para poder compatibilizar la vida familiar con la profesional. Dicho tipo de acciones deberían ser un caldo de cultivo común dentro de nuestros convenios colectivos, debiendo tener presente las necesidades de los trabajadores con responsabilidades de cuidado, sin que dicha reivindicación deba ser cubierta a su propio coste, sino que dicha necesidad de conciliación debe ser redistribuida dentro de la organización empresarial. En todo caso, todo lo anterior refleja la inestimable labor que podrían asumir los interlocutores sociales en la ordenación del tiempo de trabajo, si, en efecto, hubiera una mayor conciencia que debe ser una prioridad en la organización de las empresas de cara a un avance significativo en la igualdad de género, que puede tener consecuencias positivas en la productividad empresarial, representando sin duda una de las acciones fundamentales para que las mujeres puedan acceder y *permanecer* en el mercado de trabajo en condiciones igualitarias.

5.3. Propuestas necesarias para la mejora de la conciliación en términos de corresponsabilidad

1. Con respecto a los derechos de conciliación es preciso que el texto legal evolucione y se adapte al cambio que está sufriendo la estructura familiar tradicional, puesto que tanto las situaciones de los titulares del derecho,

como de los sujetos protegidos, han variado con el tiempo, permaneciendo la norma legal muy apegada en sus líneas esenciales a un esquema único. Es necesario la revisión de dichas previsiones legales que están quedando obsoletas, puesto que la noción de familia ha evolucionado a un concepto amplio y heterogéneo que no encuentra su reflejo en las normas legales dedicadas a articular los clásicos derechos de conciliación. En tal sentido, es importante que sea la Ley la que recoja dichos nuevos postulados, puesto que como se ha tenido la oportunidad de comprobar en la experiencia negociadora, las cláusulas de los convenios siguen la inercia de las previsiones legales en lo que afecta al supuesto de hecho que ampara estos derechos⁶⁸.

La formulación de estos derechos no puede seguir reglamentándose en función de un modelo de familia única, sino que ha de contemplarse la diversidad de situaciones familiares del titular del derecho que están plenamente extendidas en nuestro tejido social, y que deberían modalizar el ejercicio de estos derechos, al presentar mayores dificultades para conciliar. No sólo nos referimos a la necesidad de inclusión del cónyuge y de las uniones de hecho en el concepto en que descansa los derechos de reducción, excedencias o permisos [arts. 37.3, 6 y 46 ET], o de la inclusión de las parejas homosexuales que se contemplan puntualmente en las reglas jurídicas [art. 48 ET], sino que la laguna esencial gira de modo especial en la ausencia de las familias monoparentales y numerosas. En ambas situaciones, la necesidad de los derechos de conciliación se intensifica frente a una familia con dos progenitores, o con dos descendientes o menos, debiendo el legislador prever medidas adicionales, y no reglamentar las medidas de armonización de la vida profesional con la familiar, como si se tratara de una necesidad unívoca⁶⁹.

De otra parte, a la vista del cambio demográfico que está sufriendo nuestra sociedad es muy relevante que en el seno de los derechos de conciliación se incorporen con la misma intensidad que los menores, las personas dependientes, mayores, enfermos o con discapacidad, no pudiendo atribuirse a los titulares de estos derechos una conciliación de segundo grado, como

⁶⁸ Como tuvimos ocasión de comprobar en el Observatorio de Igualdad de UGT en convenios colectivos y planes de igualdad 2011 y 2013, en el que en este terreno la negociación colectiva se mostraba muy apegada al texto legal y escasamente innovadora. Vid. MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., «La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva», *Relaciones Laborales* (2011), n^o 19 pp. 24 y ss. Y más recientemente, FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B., «Negociación colectiva sobre adaptación de la jornada por razones personales o familiares», en *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, AA.VV., (Lex Nova/ Thomson Reuters), Navarra, 2016, p. 180.

⁶⁹ A este respecto, resulta muy limitada la referencia a las familias numerosas que solamente se contempla en las excedencias familiares [art. 46.3 ET], recientemente modificado por el RDL 6/2019, para extender su ejercicio a los 18 meses, cuando se ejerce por ambos progenitores, sin que haya ninguna alusión adicional a la misma en el resto de la regulación de los derechos de conciliación. Dicha reglamentación contrasta con la regulación de las prestaciones familiares no contributivas que prevé una prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad [art. 357 LGSS].

se manifiesta como botón de muestra en la regulación de las excedencias familiares [art. 46 ET]⁷⁰. No se está afrontando con la trascendencia que tiene el envejecimiento demográfico en el diseño de los derechos de conciliación, cuando la sociedad española es una de las más envejecidas que existen a nivel comunitario e internacional, sin que dicha tendencia tenga vuelta atrás. Y es que las políticas públicas no están dando respuestas adecuadas a esta realidad, teniendo la legislación laboral que adaptarse a dicha prolongación de la edad de las personas atendidas, que está ya expulsando a un importante colectivo de mujeres de la actividad profesional, o reduciendo drásticamente su dedicación laboral, habiendo encontrado un tímido eco en la Unión Europea (permiso para cuidadores), pero no dentro de la legislación interna.

2. Es prioritario que se enfoque los derechos de conciliación desde la perspectiva de la corresponsabilidad, puesto que las políticas actuales han producido un efecto contraproducente para las mujeres generando auténticas discriminaciones indirectas. Uno de los objetivos prioritarios de las políticas de conciliación debe ser su utilización por el sexo masculino. De acuerdo con la propuesta de la Directiva de Conciliación, la acción normativa no se puede fundamentar principalmente en derechos de ausencia que fomentan la perpetuación de roles, sino que se deben concebir como medidas de conciliación al mismo nivel, las fórmulas de trabajo flexible, y los servicios de apoyo a la conciliación, tanto en menores como en personas dependientes, en los que España se encuentra infradotada.

En este sentido, llama la atención como en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018 a 2020, en las escasas previsiones sobre Igualdad (IX), al margen de la equiparación retributiva, establezca solamente dos previsiones en las que la autonomía colectiva tiene un escaso papel que jugar. En primera instancia, se acuerda como medida para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres «una equiparación en las condiciones de disfrute de los permisos de paternidad/maternidad o de las reducciones de jornada, de manera que se incentive desde el poder público que hombres y mujeres se acojan al ejercicio del derecho de forma equitativa, igualitaria e intransferible». Dicha disposición sigue las pautas marcadas por la propuesta de la Directiva de conciliación, respecto a los derechos de reducción de jornada, que indica que es muy relevante que en el marco de los permisos parentales se equiparen en las condiciones de disfrute, como permisos iguales, intransferibles y remunerados, adoptando medidas de incentivación del uso por el sexo masculino (bonus de corresponsabilidad familiar), prescribiendo, asimismo, que su duración sea moderada y remunerada, pero en un importe menor que el salario, con el objetivo de incentivar el retorno. No obstante, en el ámbito

⁷⁰ Vid. más en detalle, mi estudio sobre dichos derechos de conciliación de segundo grado, en MOLERO MARAÑÓN, M.L., «Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (MTSSI), Número especial monográfico «Mujer en el futuro del Trabajo», (2019), en prensa.

de los permisos de maternidad y paternidad, las diferencias en el ámbito europeo son notorias, promoviendo una desigualdad de género entre ambos progenitores en el cuidado de los menores, contrastando la duración del proyectado permiso de paternidad que se limita a una duración de diez días, con el de maternidad que obliga a una duración de catorce semanas [Directiva 92/85]. Implícitamente, dicha desigualdad de tratamiento entre ambos progenitores se ha legitimado por nuestro Tribunal Constitucional, al considerar constitucionales las manifiestas diferencias entre el permiso de maternidad y el de paternidad en su duración [SSTC 111/2018, de 17 de octubre de 2018 y 117/2018, de 29 de octubre de 2018].

Indudablemente, dichas diferencias chocan con las aspiraciones que se han puesto de relieve en nuestro país por las distintas fuerzas políticas y sindicales, estando claro que el objetivo de ampliación del permiso de paternidad está fuera de toda duda, así como su gradual equiparación al de la madre, discutiéndose la fecha de disfrute o la libertad en la fijación de parte de ambos, pero teniendo claro que en un modelo de corresponsabilidad familiar ambos permisos no pueden tener las diferencias que actualmente residen en su régimen jurídico⁷¹. A este respecto, se ha de recibir con absoluta satisfacción la progresiva equiparación de la duración de los permisos por nacimiento de hijos de ambos progenitores prevista por el RDL 6/2019 desde el año 2019 hasta el año 2021. De esta forma, con la aprobación de esta norma se produce la configuración igualitaria de las dos suspensiones de contrato de una duración de 16 semanas, de las que seis semanas serán obligatorias e inmediatamente ininterrumpidas tras el parto con objetivos distintos, y el resto se podrá disfrutar en períodos semanales de forma acumulada o interrumpida, desde la finalización de la suspensión obligatoria hasta que el hijo cumpla 12 meses [art. 48.4 ET]⁷².

Asimismo, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018 a 2020, dentro del capítulo IX de Igualdad establece la necesidad de «el desarrollo del sistema de atención a la dependencia y la infancia que dé la cobertura necesaria para que la actividad profesional retribuida de las mujeres en las empresas no se vea tan afectada como en la actualidad por estas contingencias». En efecto, dicha acción resulta central para la conciliación bajo un enfoque de corresponsabilidad, pero realmente su avance no es competencia de los agentes sociales, ni de la propia negociación colectiva, sin que

⁷¹ Exponente paradigmático de dichas tendencias lo constituye, el Proyecto fallido de la Ley de Presupuestos de 2019, fruto del acuerdo entre los partidos PSOE y PODEMOS, en el que se acordaba ampliar el permiso de paternidad a 8 semanas en 2019, 12 semanas en 2020 y 16 semanas en 2021, y que finalmente ha encontrado su reflejo normativo en el nuevo artículo 48.4 ET, modificado nuclearmente por el RDL 6/2019.

⁷² Vid. al respecto, la nueva Disposición transitoria decimotercera del ET, en la que se prevé la aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

su inclusión en un acuerdo de esta naturaleza comprometa de ningún modo a los firmantes, al ser una responsabilidad que depende de forma nuclear de la voluntad política del poder público. Y es que, sin duda, el desarrollo de una red de servicios de guarderías gratuita de 0 a 3 años debería ser una prioridad dentro de las políticas de conciliación, puesto que en España el acceso a una plaza pública subvencionada en centros escolares no está garantizada hasta que los niños tienen 3 años de edad. Del mismo modo, la inversión en la red de servicios sociales que deberían sustentar al menoscabado Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia es una medida crucial para la conciliación efectiva en una sociedad progresivamente envejecida como es la española⁷³. No podemos seguir manteniéndonos por debajo de la medida europea en la inversión en servicios de cuidado, trasladando la responsabilidad a las mujeres del núcleo familiar, resultando ambas medidas esenciales para avanzar en conciliación bajo un enfoque de igualdad de género.

Es de suma trascendencia que haya una revisión de dichas políticas públicas, máxime en un contexto de recuperación económica, que aumente el PIB que destine a esta tipología de servicios generadores de empleo, que posibilitan de una manera eficaz el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo, teniendo cubiertas las responsabilidades de cuidado. España no puede seguir siendo un exponente paradigmático de los Estados del Bienestar denominados «familistas», que traslada la atención y el cuidado a las mujeres de la familia, que son quienes han suplido durante décadas la falta de inversión en dichas políticas públicas. Dicha característica no debe seguir manteniéndose, al repercutir directamente en la posición que ocupa la mujer en el mercado de trabajo, que no sólo se solventa en el ámbito de la legislación laboral, sino que tiene que tener repercusión directa en el diseño de las políticas públicas por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, que se traduzca en una inversión suficiente en una Red de servicios pública y profesionalizada que apoye a los trabajadores con responsabilidades familiares.

3. Con respecto a las fórmulas de trabajo flexible que se preconizan desde instancias comunitarias, resulta esencial que en la ordenación normativa del tiempo de trabajo se introduzca de forma transversal el reconocimiento del derecho a la conciliación a favor de los trabajadores en toda su extensión. Dicho derecho debería erigirse en factor esencial de modulación de la reglamentación del tiempo de la actividad laboral y del régimen de descansos, así

⁷³ A este respecto, según las estadísticas de la OCDE, la media del gasto público en cuidados de larga duración está en 1,4 % del PIB, y, por el contrario, en España se invierte sólo en un 0,7 % del PIB, contrastando con países como Suecia donde asciende al 3,2 % del PIB en el año 2014, solo superado por Finlandia y Holanda, pero estando muy por debajo de la media europea [MARTÍNEZ, R., ROLDÁN, S., y SASTRE, ME., «La atención a la dependencia en España. Evaluación del sistema actual y propuesta de implantación de un sistema basado en el derecho universal de atención suficiente por parte de los servicios públicos. Estudio de su viabilidad económica y de sus impactos económicos y sociales», Instituto de Estudios Fiscales, Papeles de Trabajo 5/2018].

como de los derechos que permiten la adaptación de la jornada y del horario de trabajo, desde la distribución irregular de la jornada hasta las vías de modificación de las condiciones temporales. El tiempo dedicado a la responsabilidad de cuidado debe contemplarse como condicionante decisivo en la reglamentación del tiempo de actividad profesional, y no obviarse como una necesidad privada y particular que carece de tutela específica en la legislación laboral. La gestión personalizada del tiempo de trabajo no sólo contribuye a visibilizar el tiempo del cuidado, sino que evita en muchos casos los riesgos psicosociales que se generan por el estrés de la dificultad de conciliación.

Ahora bien, en este terreno han de colaborar el legislador y los agentes sociales. En primera instancia, como se ha expuesto, es muy relevante que el legislador recupere el poder normativo perdido, sin que ceda todo su protagonismo a la negociación colectiva que no ha dado los resultados esperados durante un período ya prolongado de tiempo. Confiar en que una reorientada y novedosa política de conciliación vendrá de la mano de los convenios en un momento en que los interlocutores sociales han perdido capacidad y fuerza negociadora, siendo otras las prioridades en la mesa negociadora, —tal y como se refleja en el último IV Acuerdo para el Empleo y Negociación Colectiva 2018-2020—, es realmente querer despreocuparse de esta materia, pero queriendo «formalmente» presentarse preocupados por la misma. Y es que no se puede obviar que la conciliación puede tener un coste económico y organizativo para las empresas. En consecuencia, las organizaciones productivas no van a ser proclives a su adopción, y menos a un cambio de rumbo en las acciones propuestas que supongan un esfuerzo adicional, manteniéndose en las clásicas reglamentaciones de los derechos de reducción horaria y permisos, sin obviar la resistencia que pueden tener las propias plantillas sobre las que puede recaer el aumento de la carga de trabajo o la flexibilidad organizativa derivada de la facilitación de la conciliación.

Consecuentemente, el legislador debe actuar en tres direcciones, reconociéndose, en primera instancia, el derecho a la conciliación de responsabilidades, como un derecho básico del trabajador. Asimismo, se han de generalizar en las normas legales de ordenación del tiempo de trabajo, los derechos de conciliación como condicionantes decisivos para la elección horaria en sus distintas modalidades de ejercicio (régimen de turnos, jornada intensiva, horario flexible etc.), así como para la fijación del régimen de descansos, de modo particular, en la fijación del régimen semanal y anual. También, los derechos de conciliación deben actuar como límite para la adopción de las facultades empresariales de modificación sustancial de condiciones [art. 41 ET], incluida la movilidad geográfica [art. 40 ET], o viceversa, el ejercicio de los derechos de conciliación puede erigirse en el presupuesto causal para activar cambios temporales o definitivos de condiciones de trabajo en todo caso de carácter reversible [arts. 40, 41, y 82.3 ET]. Finalmente, en la búsqueda de fórmulas que propicien una flexibilización del tiempo de trabajo en favor de dicho interés tiene que ocupar un lugar central la regulación del derecho

de adaptación del horario de trabajo sin reducción de horas de trabajo en sus diferentes variantes [art. 34.8 ET], cuya nueva redacción legal abre la puerta a un sinnúmero de posibilidades en las que el trabajador sale reforzado en su solicitud de cambio. Dicha acción debe ser una medida nuclear que al margen del beneficio para los asalariados en clave de igualdad de género, puede tener un coste cero para la organización empresarial, suponiendo una reorganización de los recursos o en su caso de la plantilla, pero sin que ello deba provocar necesariamente un perjuicio económico.

Desde estas tres direcciones, se han de adoptar en su caso normas legales de derecho necesario relativo, que establezcan con el convenio las relaciones de suplementariedad, o en su caso de supletoriedad, al modo en que lo realiza el nuevo artículo 34.8 ET. Indudablemente, el potencial de la negociación colectiva en este terreno queda fuera de toda duda, puesto que la ordenación de la conciliación, tanto en su dimensión tradicional, de reglamentación de los derechos de ausencia, como en su vinculación con el tiempo de trabajo, se debe adaptar necesariamente a las peculiaridades del sector de actividad en cuestión o del proceso productivo de la empresa. Ahora bien, los interlocutores sociales deben ser conscientes de la trascendencia de su labor negociadora para hacer factible medidas que propicien la igualdad de género, entre las que ocupa un lugar central el desarrollo de la conciliación desde una nueva dimensión, que requiere sin duda de la colaboración de los empresarios y sus asociaciones y de las organizaciones sindicales que han de tomar conciencia de que la ordenación de tiempo de trabajo es seguramente el factor que repercute de una manera más decisiva en el tiempo de vida extralaboral⁷⁴.

Exponente a imitar resulta el II Acuerdo firmado entre el gobierno y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO y CSIF el 9 de marzo de 2018, en el que se prevé la posibilidad de que en cada administración, a través de la negociación colectiva, se acuerde una bolsa de horas de libre disposición de hasta un 5 por 100 de la jornada anual acumulables entre sí, con carácter recuperable en el plazo que se determine, para el cuidado y atención de personas mayores, con discapacidad y menores. Dicha disposición se plasmó normativamente en la Ley de Presupuestos de 2018 [Disp. Adicional 144, Ley 6/2018], y ya se ha concretado en un acuerdo de la Mesa General de Negociación para el personal funcional, estatutario y laboral de la Administración General del Estado, suscrito el 29 de octubre de 2018, con el fin de servir de ejemplo en el impulso para desarrollar medidas de conciliación y corresponsabilidad en el sector público. Asimismo, resulta de interés mencionar como buenas prácticas negociadoras, más modestas, pero que deberían

⁷⁴ CORREA CARRASCO, M., «Tiempo de trabajo e igualdad de género..», *cit.*, p. 211. LOUSADA AROCHENA, J.F., «El tiempo en las leyes con perspectiva de género», *RDS* (2010), nº 49, pp. 83 y ss. FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B., «Negociación colectiva sobre adaptación de la jornada por razones personales o familiares», en *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, AA.VV., Lex Nova Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 180.

extenderse a otros convenios colectivos, las adoptadas en el XIX Convenio General de la Industria Química. En dicho convenio se prevé una bolsa de horas individual para necesidades de carácter personal o familiar, que, en caso de desacuerdo, se disfrutara en los días fijados por el trabajador con un preaviso de siete días [art. 46.3], o de una forma más laxa, se establece la posibilidad de que por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores se flexibilice de forma individual el horario de entrada y salida del trabajo frente al fijado en el calendario laboral, sin modificar la duración total del tiempo de trabajo en aras de hacer efectivo el derecho a la conciliación [art. 42.1]. Al margen de las cláusulas convencionales, resultaría esencial un Pacto de Estado para la racionalización de los horarios que se concibe en la mayoría de los estudios como una de las medidas más óptimas para una adecuada conciliación.

4. Finalmente, es necesario promover las distintas fórmulas de organización del espacio de trabajo que reduzcan la cultura presencial con el apoyo que prestan las nuevas tecnologías de la comunicación, pero en interés del trabajador, y no sólo de la empresa. Medidas como el teletrabajo, videoconferencias, reuniones *on line*, etc., pueden resultar acciones esenciales para la conciliación, al evitar desplazamientos, y reducir tiempos, teniendo el trabajador mayores posibilidades de maniobra para compatibilizar sus responsabilidades laborales y de cuidado. A este respecto, las instancias comunitarias preconizan el «trabajo a distancia» como fórmula adecuada que promueve la conciliación, al permitir una gestión flexible del tiempo de trabajo que permite ajustarlo a los intereses o necesidades personales de los trabajadores, habiendo sido recogido en el nuevo derecho de adaptación como alternativa posible para hacer efectivo el derecho a la conciliación [art. 34.8 ET]. Ahora bien, dichas nuevas tecnologías que han revolucionado el mundo de la comunicación provocan también un riesgo para una adecuada conciliación, en caso de que no se preste especial atención a los tiempos de ejecución, pudiendo esconder detrás de dichas prácticas un alargamiento de jornada *sine die*. En tal sentido, llama la atención la previsión de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, «de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales», que establece que se garantice de modo especial este derecho, «cuando se trata de supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia».

Y es que, desde esta dimensión, uno de los problemas fundamentales que ha emergido a raíz de la implantación generalizada de dichos sistemas de comunicación es el del modo de cómputo y control del tiempo de trabajo en la esfera privada, que es la única forma de determinar la duración de la jornada ordinaria, y la observancia del régimen de descansos, y en su caso la realización de las horas extraordinarias. Como se sabe, el RDL 8/2019 ha requerido la obligación del registro de la hora de entrada y salida al trabajo, pero los problemas de control perviven, cuando la prestación laboral se lleva a cabo fuera de las instalaciones empresariales, o en el propio domicilio del trabajador o en el lugar libremente

elegido por éste [art. 13 ET]. En cualquier caso, y máxime con el régimen actualmente vigente se han de generalizar los sistemas de registro informático para computar el tiempo de conectividad realizado por el empleado, de modo que la conexión al trabajo, por vía intranet, correo interno, wasap, etc. pueda ser computada como tiempo de trabajo a todos los efectos⁷⁵. Y una vez finalizado el horario de trabajo, el trabajador debe tener reconocido en toda su extensión el derecho a la desconexión digital recientemente incorporado al ordenamiento laboral [art. 88.1 LPD], teniendo derecho a negarse de forma expresa o tácita a realizar cualquier actividad laboral, ya sea frente a la dirección de la empresa, ya sea frente a terceros clientes. Están en juego su derecho a la conciliación de la vida familiar, y el derecho a la intimidad personal y familiar, ambos de distinta trascendencia constitucional [arts. 14, 18.2 y 39.3 CE], pero ambos potencialmente vulnerables, sino se hace efectivo dicho derecho.

Como se sabe, la Ley le confiere a la negociación colectiva un papel especialmente relevante en la determinación de las fórmulas posibles, así como de sus condiciones de ejercicio, de cara al ejercicio de la conciliación [art. 88.2 LPD]. Según el mandato legal, los convenios colectivos deberán reglamentar el ejercicio del derecho a la desconexión digital con el objetivo de potenciar el derecho a la conciliación de los trabajadores, cuyo logro pasa porque los interlocutores sociales presten especial atención a la reglamentación del control de los tiempos de trabajo, y de modo particular, cuando la prestación laboral se realiza en el domicilio del trabajador, o en el lugar libremente elegido por éste [art. 13 ET]. Desde este enfoque legal, por una parte, las cláusulas convencionales deberán servir para concretar el alcance del derecho, cuando finaliza la jornada diaria de trabajo, reconociendo expresamente el derecho de resistencia del empleado en sus tiempos de descanso a recibir cualquier comunicación del ámbito laboral, y por otra, la reglamentación debe ser más detallada cuando en el convenio se prevé la fórmula del trabajo a distancia, o teletrabajo a tiempo completo o parcial, ordenando expresamente el modo en que se ejercitara el nuevo derecho. Y es que si se pretende que dicha última fórmula organizativa se promueva en aras de una mejor conciliación, posibilitando al empleado que trabaje fuera de las instalaciones de la empresa, con el fin de que dicha acción no se vuelva en contra del trabajador, al no separarse con nitidez el tiempo de actividad laboral y vida privada, incrementándose su disponibilidad, resulta imprescindible que se produzca una fiscalización del tiempo que va a dedicar a la prestación profesional con el fin de que no se diluya su cuantificación.

6. UNAS ÚLTIMAS CONCLUSIONES FINALES

Una última reflexión para terminar este estudio. Parece claro que de las líneas anteriores se desprende con claridad que todavía la negociación colec-

⁷⁵ Vid. QUILEZ MORENO, J.M^a., «Conciliación laboral en el mundo de las TICs. Desconectando digitalmente», *RGDTSS* (2018), n^o 51, p.7.

tiva no ha tenido dentro de sus preocupaciones nucleares alcanzar el objetivo de la igualdad de género en las organizaciones productivas. Como se ha expuesto, tanto los convenios colectivos como los planes de igualdad pueden resultar instrumentos esenciales para la consecución de la igualdad en condiciones de trabajo tan cruciales, como el régimen de retribuciones, la clasificación profesional y la ordenación del tiempo de trabajo, pero también resulta inequívoco el poder de la negociación colectiva a la hora de perpetuar las situaciones de discriminación laboral que afectan a las mujeres. En demasiadas ocasiones, el convenio ha sido portador de un contenido discriminatorio que con el paso del tiempo, además, se presenta de forma más oculta y más difícil de detectar⁷⁶. Y es que a la vuelta de estos años se puede afirmar que la acción a favor de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres no forma parte del núcleo duro de los temas de la negociación colectiva. En efecto, la invitación de la Ley Orgánica de Igualdad a la fuente colectiva para que cumpliera una función decisiva en este ámbito ha coincidido en parte con la grave crisis económica, y con la transformación sustancial de las reglas de juego que afectan a nuestro sistema de negociación colectiva, pero ello no es óbice para que la implicación de la autonomía colectiva no haya sido la que debiera, produciéndose una mayor sensibilidad con la igualdad de género desde que las propias mujeres han levantado la voz en las manifestaciones del 8 de marzo de los dos últimos años.

Indudablemente, ha habido una falta de empatía y de formación sobre este tipo de materias por parte de los sujetos negociadores: quienes forman parte de las comisiones negociadoras o de igualdad de los convenios y planes no han dado la batalla necesaria para conseguir una mayor igualdad en las condiciones de trabajo. Como se ha declarado con razón, en el informe citado sobre «Herramientas convencionales sobre la brecha salarial de género», es imprescindible «la necesidad de estimular la información, formación, especialización y, en todo caso, sensibilización sobre cuestiones de género con impacto negativo en la brecha salarial, discriminatoria para las mujeres trabajadoras, de quienes llevan a cabo la negociación de los convenios colectivos, así como, de quienes prestan apoyo o asesoramiento en esa negociación»⁷⁷. Una responsabilidad sobre la que han de reflexionar los agentes sociales y las organizaciones empresariales, pero también los poderes públicos, puesto que la tarea debe implicar tanto a los actores públicos como privados.

Ahora bien, es preciso hacer notar que la ausencia de conciencia social sobre dicho problema de envergadura que se ha manifestado en la escasa repercusión que ha tenido la negociación colectiva en este terreno, ha sido debido también a la reducida participación de las mujeres en las representaciones colectivas de los

⁷⁶ AGRA VIFORCOS, B., «La mujer en el sindicato y en la organización empresarial», en *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, cit., p. 39.

⁷⁷ CASAS BAAMONDE, M^a. E., QUINTANILLA NAVARRO, B., MENÉNDEZ CALVO, R. y SERRANO, J., *Herramientas convencionales para combatir la brecha salarial*, cit., p. 107.

trabajadores, así como en las organizaciones sindicales, que han sido concebidas hasta hace bien poco como estructuras de dominio masculino⁷⁸. Al margen de la complejidad del análisis de su escasa participación colectiva, parece claro que las mujeres se ven frenadas por las mismas causas que dificultan su presencia en otros ámbitos: la falta de conciliación y corresponsabilidad, la doble jornada y la precariedad de su contratación, y su condición de cuidadora, le impiden la asunción de tareas y funciones de esta naturaleza, junto con una cultura sindical de corte masculino que no propicia su integración, y que tradicionalmente no ha prestado atención al trabajo doméstico y de cuidados en un doble sentido. En primera instancia, la indiferencia de las organizaciones sindicales hacia estas actividades feminizadas ha provocado su invisibilización como el factor que condiciona a las mujeres, como ningún otro, en su incorporación a estructuras colectivas, y por otro lado, se ha eludido la acción sindical en los sectores de actividad centrados en el trabajo doméstico y de cuidados, que ha promovido como reacción el fenómeno de asociacionismo femenino al margen del sindicato⁷⁹.

En efecto, el panorama está cambiando, habiendo crecido la presencia de la afiliación femenina al 37,10 %, así como el número de delegadas sindicales en los sindicatos con mayor representación a nivel estatal, situándose en el año 2018 cerca del 40 % (CCOO, 39,5 %; UGT, 38,2 % y CSIF 39,4 %), que se concentra en las federaciones más feminizadas. No obstante, sigue habiendo un grave déficit en las esferas de poder, que, sin duda, representa un desafío que tiene por delante la sociedad española, en la que el sexo femenino tiene una asignatura pendiente en la asunción de los cargos de dirección y representación dentro de las cúpulas de las organizaciones empresariales y sindicales que siguen teniendo rostro masculino⁸⁰. Dichas estructuras presentan la misma infrarrepresentación femenina que los ámbitos de decisión de otras instituciones, como administraciones públicas, universidades, empresas públicas o privadas. Por ello, es fundamental, por una parte, la presencia del sexo femenino en los órganos de representación de los trabajadores, asegurando una cuota en las candidaturas, y en las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales donde hay una grave carencia de mujeres en los órganos de decisión. Se debe reclamar con firmeza la participación femenina en las mesas de negociación deseablemente paritarias, representando sin duda un reto que tiene por delante la sociedad española, que creemos contribuiría decisivamente a que las reivindicaciones para las mujeres y sobre las mujeres fueran más pertinentes y más escuchadas.

⁷⁸ Vid. TORNS, T. y RECIO, C., en la que se habla del mal maridaje entre sindicalismo y feminismo», en «Las mujeres y el sindicalismo: Avances y retos ante las transformaciones laborales y sociales», Fundación Manu Robles-Arangiz, Julio 2017, p. 6. Asimismo, CASAS BAAMONDE, M^a.E., «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales* (1998), n^o 11, p. 3 y ss.

⁷⁹ En detalle, AGRA VIFORCOS, B., «La mujer en el sindicato...», *cit.*, p. 40 y ss.

⁸⁰ Vid. sobre el nivel de afiliación, Informe USO sobre «La mujer española en el ámbito laboral, sindical y la esfera pública», Marzo 2015, aun cuando hay que destacar que hay una dificultad en la localización de los datos desagregados por sexos.

Mesa Redonda

GONZALO PINO BUSTOS
Secretario de Política Sindical de UGT

MARI CRUZ VICENTE PERALTA
Secretaria de Acción Sindical CSCCOO

JORDI GARCÍA VIÑA
Director de Relaciones Laborales de la CEOE
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Barcelona

TERESA DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ
Directora del Departamento Socio Laboral de CEPYME

GONZALO PINO BUSTOS
Secretario de Política Sindical de UGT

El IV AENC, su gestación, negociación y conclusión no fue fácil, fue muy tensa, larga, dura y difícil, y con importantes dificultades a la hora de iniciar y proseguir las negociaciones.

Avanzar en las mismas, necesitó de la convocatoria de movilizaciones, que se llevaron a cabo mediante dos instrumentos importantes del derecho a protestar: manifestaciones y concentraciones sindicales.

Nuestra organización consideraba necesario que el IV AENC, se convirtiera en un «instrumento paraguas», que sirviese a la negociación de los convenios, y posibilitara la cobertura de una adecuada regulación de las relaciones laborales, sobre todo en aquellos sectores que tienen menor representatividad sindical.

Desde luego la presión sindical, más que la moción de censura, y el cambio de gobierno, pese a lo que los analistas han pretendido señalar estos acontecimientos, como la clave de su conclusión, han sido definitivos en la firma del mismo.

Como sus predecesores, el primer, el segundo y el tercer AENC, este IV Acuerdo, parece abocado a las dificultades en su desarrollo y cumplimiento.

Si la crisis económica imposibilitó que el primer AENC hiciera frente de manera real, a la generación y mantenimiento del empleo, la reforma laboral vino a «tirar por la borda» el II AENC, y el III AENC, no consiguió un reparto de la riqueza más equitativo, aunque por supuesto, la autonomía colectiva sigue siendo la mejor forma de afrontar los problemas, y la negociación colectiva, sigue siendo el espacio natural para la resolución de los conflictos laborales.

Además, la centralidad del IV AENC, es clave para recuperar el diálogo social, es uno de los instrumentos fundamentales de la solución de los con-

flictos de trabajo y uno de los instrumentos más adecuado para el máximo exponente de la participación de los sindicatos y las organizaciones empresariales en las relaciones laborales: el convenio colectivo.

Como Acuerdo firmado dentro del diálogo social bipartito, es necesario para establecer las bases del sistema de relaciones laborales para los próximos 3 años, y en esta ocasión, las organizaciones firmantes, sobre todo las sindicales, hemos querido que su centralidad, se circunscriba a la recuperación real de los salarios y de los derechos laborales y sociales en este país.

Me gustaría también subrayar otra cuestión importante para la UGT. Desde el punto de vista de la democracia interna y la participación de los trabajadores y trabajadoras en el sindicato, el IV AENC, ha iniciado un antes y un después en dicha democracia interna, ya que el mismo, en nuestra organización, se sometió a la ratificación de todos sus integrantes con el objetivo fundamental, no solo del conocimiento del proceso y del contenido preciso del Acuerdo, sino con objetivos más ambiciosos y relativos a aumentar la transparencia y las fórmulas de participación en el sindicato, mediante el mejor sistema de democracia participativa existente: el referéndum.

Antes de profundizar en el contenido del Acuerdo quiero llamar la atención sobre algunos datos relativos a cómo se ha venido comportando la negociación colectiva, en relación con la negociación salarial, pues el salario es uno de los aspectos centrales del IV AENC.

La caída en la subida de los salarios en los años 2012 y 2013 fue muy importante, aumentando la pérdida de poder adquisitivo de los trabajadores, no solo por la falta de subida de los mismos sino además, por la pérdida de cobertura de la cláusula de garantía salarial, además de la ya producida desde 2008, año del inicio de la crisis financiera y económica.

A partir de 2014, incluido el año 2016, parece existir una cierta recuperación del poder adquisitivo de los salarios negociados en convenio, aunque por supuesto, no compensa la pérdida acumulada de los años anteriores.

Uno de los motivos de la centralidad del salario en este Acuerdo ha sido que la precedente negociación de los salarios en convenio fue a la baja y generalizada, aunque se ha ido reduciendo el número de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva cuya subida salarial era inferior al 1 %. El porcentaje de trabajadores ha pasado del 82,9 % en 2013, hasta el 13,4 % en 2017.

En relación a los convenios colectivos cuyas subidas salariales han sido superiores al 3 %, la intensa caída tras la reforma alcanzó que solo fuera muy pequeño el porcentaje de los trabajadores cubiertos dicho porcentaje, solo el 3,2 % en 2012, lo que ha continuado reduciéndose hasta llegar al 0,4 % en 2015, recuperándose ligeramente en 2016 (0,9 %) y solo subiendo ligeramente, (con los datos del Ministerio, obtenidos hasta junio de 2018), al 1,5 % de trabajadores y trabajadoras.

En relación con la cláusula de garantía salarial, ésta ha ido perdiendo peso de manera importante y permanente año tras año, y parece recuperarse lentamente ahora, alcanzando la cobertura de dicha cláusula en 2018 al 19,6 % de los trabajadores y trabajadoras.

Volviendo al contenido del Acuerdo, sus objetivos inician el texto del mismo: la creación de empleo, la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y trabajadoras y de la competitividad de las empresas, y la lucha contra la economía sumergida.

Pero constatada la necesidad, por todas las organizaciones firmantes, de prorrogar los contenidos del anterior AENC, la primera parte del Acuerdo se refiere a la necesidad de proceder a la recuperación del poder adquisitivo de los salarios, determinando que al final de la vigencia del Acuerdo, el salario mínimo de convenio sea de 14.000 euros anuales. 1.000 euros por 14 pagas, 1.000 euros al mes, en el año 2020.

No hay que olvidar además, que la subida de los precios unida a la mencionada pérdida de poder adquisitivo, que desde el año 2009 alcanza la importante cifra del 10 % de pérdida de capacidad de compra, hace que sea necesario que las medidas que hemos pactado en el Acuerdo se materialicen de forma inmediata.

Pero no solo por esto, sino por algo que, a la UGT, no nos parece que sea reparto de la riqueza sino todo lo contrario: ha aumentado desproporcionadamente el beneficio empresarial en algunos sectores. Los datos publicados sobre el año pasado, a mediados de 2018, sobre los beneficios empresariales son abrumadores, incluso permítanme el adjetivo; «indecentes», comparados con los datos salariales y de pérdida de poder adquisitivo de los trabajadores: han aumentado incluso por encima de la recaudación del Impuesto de Sociedades y superan los declarados antes de la crisis, que ya alcanzaron su nivel máximo para los empresarios en ese momento.

El resultado contable de los beneficios, declarado de las empresas en España cerró con la cifra de 217.563 millones más de euros, un 9,2 % más que en 2016. Sin embargo, del 2016 al 2017, sólo crecieron los salarios un 0,1 %. ¡¡Esto es escandaloso!!¹

Según estos mismos datos de Hacienda, los beneficios de las empresas crecieron así, el doble que la masa salarial y 95 veces más, de lo que ha aumentado la retribución media por asalariado.

Desde luego, los salarios se están viendo amenazados por múltiples variables, la globalización: países que empujan a la baja los mismos, con carácter general, y fruto de sus bajísimos costes laborales; las nuevas tecno-

¹ Datos publicación prensa española: https://www.abc.es/economia/abci-beneficios-empresas-crecieron-2017-doble-sueldos-201804102135_noticia.html

logías y la automatización, que destruye empleo; las grandes multinacionales que acotan el mercado, etc.

Pero en España, el peso de la crisis y la reforma laboral que además desequilibró la negociación colectiva, han provocado una devaluación salarial aun mayor y ya se habían roto los mecanismos que con anterioridad hacían que si había crecimiento, los salarios crecieran, y ¡esto no puede ser!

Las previsiones del IV AENC, no solo deben servir para recuperar los salarios en el sector privado, sino que la Administración debería también tener en cuenta, en relación con los procesos de contratación pública que estos sean socialmente responsables, que cumplan los mandatos de la Directiva 24/2014.

De ahí que, los procedimientos de contratación pública, deban incorporar objetivos específicos de política social que se desarrollen a través de las cláusulas sociales, fomentando la estabilidad y la calidad en el empleo, entre otras cuestiones, lo que por supuesto, incluye la determinación de un salario adecuado, no solo como promueve la Comisión Europea mediante la normativa comunitaria y en su propia «guía de adquisiciones sociales», sino para dar cumplimiento a las determinaciones de la Carta Social Europea en relación a la dignidad del salario.

Por supuesto, es necesario recuperar los mecanismos de revisión salarial, puesto que la pérdida de poder adquisitivo de los salarios, de media, tras la crisis, continúa siendo del 10 %.

Otra parte central del Acuerdo es la vida de los convenios, su vigencia.

La negociación colectiva tiene nuevos retos en relación con los contenidos de los convenios, derivados de la digitalización tecnológica, la creación de las plataformas digitales, la irrupción de las nuevas formas de organización del trabajo, la robotización, la desconexión e inclusive la protección de los datos de carácter personal. El impulso de la actualización de los convenios debe tener presente que su contenido debe adaptarse a estos nuevos cambios, y nuevos derechos y por supuesto aumentar su cobertura en el tiempo y el espacio.

Precisamente, que los convenios conserven su vigencia, también es un objetivo clave del Acuerdo, como lo es continuar utilizando los sistemas de solución autónoma de conflictos, tanto en el ámbito estatal, como en los autonómicos.

A pesar de las polémicas sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2018, en materia de ultraactividad, parece posible según un sector de la doctrina que la contractualización de las condiciones de trabajo se mantenga cuando no hay convenio de ámbito superior aplicable ni pacto ni laudo arbitral, tras la negociación agotada del mismo.

Pero en todo caso, lo que los negociadores a nivel confederal hemos querido, es que se plasmen en los convenios colectivos, fórmulas por las que se acuerde el mantenimiento de la vigencia del convenio denunciado durante la negociación de uno posterior, junto con la inclusión en su caso de procedimientos de mediación o soluciones arbitrales en caso de desacuerdo.

Es decir, hemos adoptado el compromiso de impulsar y renovar los convenios, así como de garantizar la ultraactividad de los mismos, lo que desde luego es una exigencia que UGT considera necesario cumplir por parte de las organizaciones empresariales.

Porque los trabajadores y trabajadoras deben recuperar su poder adquisitivo, perdido durante los años de crisis, y que se trasladen a los salarios la productividad, y la propia cuenta de resultados de las empresas, sobre todo de aquellas en las que es más difícil poder medir la productividad, como es el caso de las empresas de servicios».

Y para mejorar la redistribución de la riqueza, para elevar las rentas, para mejorar la calidad del empleo, y aumentarlo... los Acuerdos.... hay que cumplirlos.

El periodo de crecimiento hay que aprovecharlo para esto y para otras cuestiones por supuesto, cómo es el cambio de nuestro modelo productivo, apostando por la industria, la formación y más I+D+I.

El IPC sigue creciendo y si lo hace a un ritmo mayor, todavía será mayor la pérdida del poder de compra de los trabajadores y trabajadoras, y lo hará mes a mes.

Que esto no se produzca, la recuperación del poder adquisitivo, como tampoco se produzca el abandono de la precariedad del empleo que se crea, y que la situación del mercado laboral sea de debilidad, es una cuestión que repercutirá en el crecimiento económico.

Y que no se produzca porque no se cumple un Acuerdo, nos hará plantearnos llevar a cabo la utilización de los instrumentos que nos permiten ejercer la presión adecuada para la promoción y defensa de los derechos de los trabajadores ¿qué otra cosa podemos hacer?

Por supuesto hemos tenido en cuenta otras cuestiones que son necesario afrontar, como el desarrollo de la digitalización, y su afectación cada vez a un mayor número de sectores y actividades. Estos procesos deben llevarse a cabo conforme a un plan estratégico negociado para una transición laboral justa, en el que se dé primacía a los trabajadores y trabajadoras, y en el que se incluyan compromisos para la protección de sus derechos y recursos para su formación.

Sin olvidarnos del absentismo, término que desde luego no se debe utilizar en los procesos de incapacidad temporal, y regulación que no tiene en cuenta la especial situación de las personas discapacitadas, por ejemplo.

También los firmantes necesitamos de las estructuras e infraestructuras necesarias para aumentar el conocimiento de la realidad de la negociación colectiva, de ahí que, una organización con los medios materiales y humanos necesarios, que desarrolle funciones de observatorio y de formación de los negociadores entre otras, en un Consejo Nacional con amplias capacidades, el CONECO, debe comenzar a caminar.

Quiero dedicar mi intervención en estos últimos minutos al papel de la Constitución en estos 40 años de trabajo sindical bajo su cobertura.

A lo largo de nuestra «vida constitucional» en España, en nuestros periodos constituyentes anteriores, han sido escasas las referencias sociales y al derecho del trabajo, hasta la Constitución de 1931.

Todas las anteriores se gestaron en un siglo, el Siglo XIX, cargado de violencia, incluida la Constitución de 1837, coetánea al movimiento obrero, pero muy escueta en sus referencias al derecho del trabajo.

La Constitución de 1869, además del sufragio universal, aunque no el femenino, incluyó el derecho de asociación de la clase obrera, y los derechos de reunión pacífica.

Pero la eficacia de los derechos sociales está condicionada por el contexto socioeconómico, y nuestra Constitución, de 1978, estuvo muy condicionada por la necesidad de que la democracia fuera el régimen político de España, tras una dictadura de 40 años.

Nuestra entrada en la Unión Europea, y las políticas de la UE, sensibilizadas progresivamente por los derechos humanos, en general, y por la necesidad de un mayor protagonismo de los derechos sociales, han determinado un cambio de modelo en Europa que se ha ido materializando en las diferentes modificaciones del Tratado Fundacional y de los Tratados de Funcionamiento.

A lo largo de todo el proceso de integración de la UE, se ha ido poniendo de manifiesto que no se puede rebajar el nivel de protección de los trabajadores y trabajadoras, por las exigencias del mercado capitalista, porque hacerlo, es un retroceso en materia de derechos y libertades, y sobre todo en materia de avances en el cambio de modelo social iniciado en el siglo anterior.

Que el modelo europeo quedase en entredicho habiendo sido fortalecido con anterioridad tras sucesivas Cumbres como la de Lisboa, Niza, Estocolmo en la que se determinaron 3 pilares básicos: las políticas económicas, la dimensión social y la constitucionalización política, no ha pasado desapercibido en los distintos países de la UE, y también ha dejado su huella negativa, España.

La Constitución española, garante todos estos 40 años de derechos humanos y fundamentales tan importantes, como el que nosotros ejercitamos

para la promoción y defensa de los derechos de los trabajadores: la libertad sindical, ha sido interpretada, con un bloque de normas, el llamado bloque de constitucionalidad, que ha tenido en cuenta los principios básicos y los elementos conformadores del Estado del Bienestar en su proceso inicial en España, pero que al igual que en el UE, quedó en entredicho, tras la sentencia del Tribunal Constitucional, que interpretó la reforma laboral del año 2012.

Esa reforma que todavía estamos pagando, y que para nosotros ha ensombrecido un paraguas de protección, el texto constitucional, que debería en su momento ser revisado con una mayor protección y participación de las organizaciones que, con nuestro trabajo, hemos contribuido a un mayor desarrollo desde sus inicios de los derechos y libertades individuales y colectivos en este país, de las mejoras de los derechos y de las garantías de los trabajadores y de las trabajadoras, y de cuestiones económicas y de sostenibilidad que son importantes para el desarrollo del ser humano y del individuo: los sindicatos.

MARI CRUZ VICENTE PERALTA
Secretaria de Acción Sindical CSCCOO

Agradecer a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, la celebración, un año más, de esta jornada que ya forma parte de las citas importantes y de referencia, en los debates y reflexiones, en torno a la negociación colectiva en nuestro país; asimismo quiero agradecer en nombre de la organización a la que represento, la invitación a participar en ella y poder trasladar nuestras reflexiones respecto del tema que se nos ha planteado.

Igualmente, consideramos que este tipo de encuentros, contribuyen sin duda, a un mayor conocimiento y prestigio del papel que juega la Comisión Consultiva, como órgano colegiado de composición tripartita en sus funciones consultivas y de observatorio de la negociación colectiva, en nuestro país.

Centrándonos en el tema sobre el que se nos propone hablar, **«valoración el IV Acuerdo por el Empleo y la Negociación colectiva»**, he de comenzar haciendo una valoración positiva de la firma de este acuerdo, no solo por sus contenidos, sino también por la importancia que tiene recuperar el diálogo social bipartito y por el consenso logrado, entre los agentes sociales, acerca de la filosofía a imprimir en la negociación de determinadas materias en los convenios colectivos. No obstante a CCOO le hubiera gustado ir más allá en sus contenidos, teniendo como referencia el III AENC y los temas en él recogidos; finalmente no pudo ser así, pero los contenidos recogidos justifican la firma de este acuerdo y cuando los contenidos, aunque escasos son buenos, contribuyen a ratificarnos en que siempre es mejor tener un acuerdo, aunque sea limitado, que no tenerlo; porque para este sindicato el diálogo social, tanto en el ámbito bipartito como tripartito y la negociación colectiva, son las piezas claves para un buen funcionamiento de las relaciones laborales en un país democrático.

Marco en el que se produce este acuerdo

Me gustaría señalar algunas cuestiones de contexto en el que se desarrollan las negociaciones de este acuerdo:

El contexto económico

Abordamos la negociación de este acuerdo, en un contexto de clara recuperación económica, de la que los salarios no están participando suficientemente. La productividad nominal (ingresos por hora trabajada) ha crecido casi un 6 %

desde que se inició la recuperación, mientras que la remuneración por hora de los asalariados, solo ha aumentado un 2 %, según datos de la Contabilidad del INE. En 2018 esta tendencia continúa, la productividad crece un 0,8 % en los tres primeros trimestres del año, y la remuneración de las personas asalariadas por hora, solo ha subido un 0,4 %.

Por el contrario, en 2017, las empresas no financieras no solo habían recuperado el valor de la producción perdido durante la crisis, sino que lo habían aumentado en 29.500 millones, sin que acabe de tener un reflejo en los salarios de quienes trabajan y en la inversión productiva.

Mientras en 2017, las empresas obtuvieron 37.000 mill. de beneficios adicionales y repartieron 15.700 mill. más en dividiendo que en el mejor momento de la bonanza anterior, la remuneración de los asalariados y asalariadas, de nuestro país, se situaba por debajo en 10.200 mill. y la inversión en 1.500 mill., siendo la remuneración de las personas asalariadas, desde el inicio de la crisis, 3 puntos menos en la participación del PIB, pasando de le 50,1 % del PIB en 2008 al 47,2 % en los tres primeros trimestres de 2018.

El efecto de las reformas laborales

El segundo elemento importante a destacar, tienen que ver con los efectos de las reformas laborales que han provocado una severa devaluación salarial y aún, en esta etapa de recuperación éstas, siguen presionando los salarios a la baja; teniendo como resultado que el salario hora en nómina, por realizar el mismo trabajo se ha recortado un 8,5 % en términos reales (descontada la variación de los precios) entre 2008 y 2016; con una caída de un 1,3 % el salario hora que se paga por realizar el mismo trabajo en 2016, en plena recuperación, según el Índice de Precios del Trabajo (IPT) del INE, índice que no contempla los cambios en la composición de empleo.

El incremento de la desigualdad

Otro de los elementos de contexto a tener en cuenta es el aumento de la desigualdad salarial y de las personas trabajadoras pobres o en riesgo de pobreza. Situación que no están cediendo suficientemente con la recuperación.

Los salarios más bajos son los que han sufrido mayor ajuste. El salario medio del 10 % de los asalariados con salarios más bajos, cayó un 15,8 % real entre 2008 y 2017.

La brecha salarial de género repuntó durante la crisis hasta 2014, para después reducirse durante 2015 y 2016, descenso que se ha interrumpido en 2017 al repuntar ligeramente la brecha, debido a que el salario de los hombres ha crecido más que el de las mujeres. En 2017, los hombres ganan de media 422 euros más al mes que las mujeres, por lo que la ganancia media de las mujeres tendría que aumentar un 25,3 % para equipararse con la de los hombres. La brecha salarial de género era del 27,7 % en 2007, lo que muestra la persistencia del problema y la urgencia en abordar las desigualdades del mercado de trabajo que se plasman en la brecha salarial de género. Aquí todas las partes tenemos una gran responsabilidad. Urge abordar los planes y las medidas de igualdad en las empresas para poder abordar todos los factores que inciden en la brecha salarial de género, para dar respuesta a

una sociedad que ha cambiado y a una nueva realidad, que ya no es complaciente con la discriminación de género.

Hemos de contemplar también los asalariados pobres y en riesgo de pobreza que no ha dejado de crecer también durante la recuperación y afecta al 11,5 % de los asalariados en 2016 (1.751.000).

Y el último aspecto que quiero señalar es el fracaso de las negociaciones de 2017, para acordar una cifra de incremento salarial, que sirviera de referencia para la negociación colectiva de ese año, ya que como es conocido el III acuerdo por el empleo y la negociación colectiva estaba vigente y solo estaba pendiente de negociar el incremento salarial de referencia para ese año. Por tanto como decía antes, recuperar la negociación y el acuerdo es algo importante a poner en valor.

En cuanto al contenido del acuerdo

Ante este contexto distinto al que hemos desarrollado los últimos AENCs, el contenido del acuerdo en materia salarial rompe también las dinámicas anteriores, y los salarios tienen un peso importante en esta negociación o podíamos decir que es el elemento central del acuerdo. Porque mejorar los salarios en nuestro país es una necesidad imperiosa.

Por eso La filosofía del IV AENC, en materia salarial, se encuentra claramente expresada en una política salarial que contribuya a la recuperación de los salarios, y de una manera simultánea a la reactivación económica, a la creación de empleo y a la mejora de la competitividad de las empresas.

También porque el salario es el origen de la renta de la mayoría de las personas, y un factor clave en su bienestar, por tanto el objetivo de los incrementos salariales pactados 2 %-3 %, en este acuerdo, tiene como objetivo iniciar la recuperación de los salarios, el mantenimiento y mejora del poder adquisitivo de los mismos, sostenido en el tiempo de vigencia del acuerdo, garantizado por la cláusula de salvaguardia, para mejorar el nivel de vida de la gente, aumentar el consumo privado y en consecuencia la demanda interna, que impulse el crecimiento; elemento particularmente importante, ahora que la demanda externa (exportaciones) está perdiendo fuelle debido al recorte de la financiación en dólares, para las economías emergentes que provoca la subida de tipos por la Reserva Federal, el aumento del precio del crudo y la nueva política comercial norteamericana.

Una novedad importante a resaltar y de gran calado en este acuerdo es el establecimiento del salario mínimo de convenio (SMC) al finalizar su vigencia en 2020, en 14.000 €/año; nunca antes se había acordado una propuesta de estas características, que de aplicarse en todos los convenios, va a afectar a 2.226.000 trabajadores y sobre todo trabajadoras en nuestro país. Porque esta medida tiene un importante impacto de género.

El empleo remunerado con salarios por debajo de los 14.000 € afecta al 15,3 % de las personas asalariadas a tiempo completo, aunque hay comunidades que este porcentaje se sitúa por encima del 20 %. De este 15,3 %, el 19,40 % son mujeres, y el 12,27 % son hombres, una diferencia de más de 7 puntos; por tanto, esta mejora retributiva, tiene una repercusión directa en los salarios de las mujeres; por tanto en

la negociación colectiva debemos de asumir este compromiso alcanzado, para dignificar los salarios, terminar con la pobreza laboral y con las diferencias salariales por razón de sexo.

Otro de los contenidos del acuerdo que, aunque ha tenido menos difusión tienen gran importancia, es lo establecido en materia de flexibilidad interna negociada, un medida bidireccional, que al margen de asegurar la adaptabilidad y competitividad de las empresas, tiene también como objetivo el mantenimiento del empleo y potenciar su calidad.

En esta idea se ha incluido en el IV Acuerdo por el Empleo y la Negociación Colectiva un apartado que emplaza a negociar con el Gobierno y las fuerzas políticas «Medidas destinadas al *mantenimiento del empleo, favoreciendo alternativas al despido en la empresa, mediante la adaptación de jornada.*»

Estas medidas de flexibilidad están orientadas a que predomine, sobre la extinción contractual como vía de ajuste en momentos de crisis, o reorganización empresarial, medidas de flexibilidad interna, que eviten despidos. Esto significa transitar de un sistema caracterizado por una elevada rotación laboral, y donde el principal mecanismo de ajuste es el despido de los últimos en llegar a la empresa, a otro donde las pérdidas se amortigüen fundamentalmente en el interno de la empresa, salvaguardando la estabilidad en el empleo. Ello requiere también de la actuación pública mediante las modificaciones legales oportunas así como a la movilización de recursos que incentiven las prácticas deseables para no hacer recaer el ajuste entre los «outsiders», el llamado *precariado*.

Es preciso superar la segmentación laboral existente en España que tiene un sesgo de edad y de género. Sustituir la rotación y el «usar y tirar» del modelo precariedad/despido, por dinámicas de estabilidad en el puesto de trabajo que faciliten procesos de aprendizaje y cualificación permanente en un mundo cada vez más cambiante y para ello es preciso abordar cuanto antes, en el ámbito tripartito, un paquete de medidas que se deben de tomar para limitar drásticamente la temporalidad laboral.

Desde CCOO valoramos también el hecho de que las partes hayamos acordado materias para trasladar al ámbito tripartito, como por ejemplo la modificación de la regulación legal de la ultraactividad de los convenios colectivos, elemento calve para el desarrollo de la negociación colectiva en nuestro país.

Empresarios y sindicatos nos hemos dotado de una buena herramienta, que ha demostrado que contribuye a facilitar el desarrollo de la negociación colectiva, y que este compromiso hemos de desarrollarlo, sin excepciones, en los convenios colectivos y ha de servir también para revitalizar la propia negociación colectiva adaptarla a los cambios que van surgiendo en el mercado laboral, pero para que esto sea así, es preciso reformar aspectos sustanciales de la reforma laboral de 2012, y agilizar las negociaciones en la mesa de diálogo social tripartito en la búsqueda de acuerdos que restablezcan el equilibrio entre las partes para poder abordar con éxito los procesos de negociación en sus distintos ámbitos y poder avanzar en la mejora de las condiciones laborales de las personas trabajadoras, un reparto más justo de la riqueza, en la viabilidad de las empresas y a recuperar la autonomía colectiva de las partes.

JORDI GARCÍA VIÑA
Director de Relaciones Laborales de la CEOE
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Barcelona

- **Balance de situación**

Cada vez queda más lejos la denominada «Reforma laboral» de 2012, impulsada por medio del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo¹. Si bien es cierto que han existido modificaciones normativas posteriores en el ámbito de la negociación colectiva, hay que reconocer que las normas de 2012 son las que más influencia han tenido, y aun la mantienen, en el régimen jurídico del convenio de empresa.

Es imposible resumir todas las opiniones vertidas sobre la aplicación de este tipo de convenios durante estos años, por lo que el objetivo de este trabajo, más que aglutinar las diferentes ideas, es estudiar los datos estadísticos sobre los mismos y analizar las diferentes sentencias que se han dictado especialmente por las sociales del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional.

De este ejercicio, que siempre es mucho más objetivo que la opinión personal, se deducen dos conclusiones muy evidentes. En primer lugar, los datos muestran que los cambios normativos no han supuesto un incremento en el uso de este tipo de convenios durante estos años. En segundo lugar, la lectura de las sentencias permite observar que los conflictos jurídicos resueltos no pueden ser catalogados como «muy impactantes».

A los efectos del análisis de los datos, relevantes para poder establecer conclusiones sobre la evolución de la negociación colectiva, así como de la

¹ El Tribunal Constitucional analizó aspectos relativos a la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la inaplicación en la empresa de las condiciones reguladas en convenio colectivo en las sentencias 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero.

incidencia de la reforma laboral sobre los convenios colectivos, hay que tener en cuenta que los datos correspondientes a 2017 y 2018 son provisionales, por lo que no existe seguridad sobre los mismos (los datos definitivos en el registro de convenios colectivos —Regcon— se cierran pasados 18 meses).

En cuanto a la cobertura, es decir, los datos correspondientes a trabajadores cubiertos por los convenios colectivos, si se comparan con el número total de trabajadores afiliados al Régimen General y por tanto susceptibles de estar en el ámbito de un convenio colectivo, en una serie de 2010 a 2018, se comprueba que durante estos años no ha habido variaciones sustanciales.

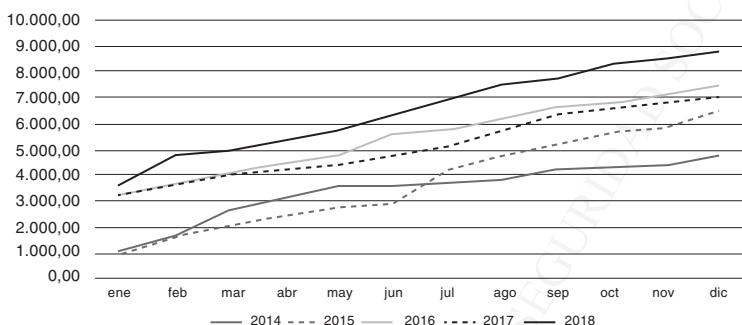
CUADRO 1. COBERTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

	<i>Incluidos en convenio</i>	<i>Afiliados</i>	<i>Porcentaje</i>
2010	10.794.334	13.161.300	82,02 %
2011	10.662.783	12.816.900	83,19 %
2012	10.099.019	12.465.400	81,02 %
2013	10.265.402	11.963.618	85,80 %
2014	10.304.700	12.153.500	84,78 %
2015	10.227.278	12.730.393	80,33 %
2016	10.738.608	13.242.454	81,09 %
2017	10.576.918	13.659.400	77,43 %
2018	9.705.424	14.212.436	68,29 %

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Datos anuales. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo. Boletín de Estadísticas Laborales.

Respecto al número de trabajadores cubiertos por convenios colectivos, se observan evoluciones mensuales crecientes, con una aceleración después de la firma del III AENC (julio de 2015), que se reafirma en los años posteriores. Se aprecia, además, un gran incremento durante 2018, aunque es difícil de atribuir este aumento a la firma del IV AENC (julio de 2018) y en todo caso, hay que tener presente que a inicios de año se han activado, a efectos estadísticos, todas las revisiones salariales ya incorporadas en convenios plurianuales registrados en años anteriores.

GRÁFICO 1. EVOLUCIÓN MENSUAL ACUMULADA DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR CONVENIO COLECTIVO



Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Datos mensuales. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo.

En cuanto al análisis del número de convenios se observa un crecimiento en el número total (teniendo en cuenta los datos provisionales), debido a un gran crecimiento de los convenios de empresa, con un trasvase de convenios provinciales a autonómicos (motivado por cuestiones de registro) y un descenso de los convenios nacionales.

En relación con el número de empresas cubiertas por los convenios colectivos, se mantiene bastante constante (teniendo en cuenta los datos provisionales), con un incremento correlativo a los convenios de empresa y un trasvase del ámbito autonómico al provincial y nacional.

Respecto al número de trabajadores regulados por convenio colectivo, se aprecia un número constante total, con un retroceso importante en el ámbito provincial, así como incrementos leves en los niveles de empresa y nacional.

En definitiva, extraer unas conclusiones seguras es difícil ya que los incrementos son diversos y no lineales: en convenios crecen los convenios de empresa, en cuanto a las empresas y número de trabajadores, los aumentos se centran en el nivel autonómico (quizás por el cambio de orientación en el registro, que convierte registros que anteriormente habían sido considerados como provinciales en autonómicos en las comunidades uniprovinciales).

En relación a las nuevas unidades de negociación, si se analizan los datos disponibles desde 2012, se pone de manifiesto que el número de convenios ha crecido de manera importante, especialmente en 2013 y 2014 y que la gran mayoría de estos convenios son de ámbito de empresa, representando casi el 95 % de las mismas.

CUADRO 2. CONVENIOS COLECTIVOS SEGÚN ÁMBITO

	<i>Convenios</i>							
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	
Empresa y/o grupo de empresa	3.234	3.395	4.004	4.493	4.471	4.000	3.046	
Provincial	756	852	837	871	880	725		
Autonómico	250	248	253	214	225	237		
Nacional	136	94	91	64	64	151		
Total	4.376	4.589	5.185	5.642	5.640	5.113	3.989	

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Datos anuales. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo.

CUADRO 3. EMPRESAS CUBIERTAS POR CONVENIOS COLECTIVOS SEGÚN ÁMBITO

	<i>Empresas</i>							
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	
Empresa y/o grupo de empresa	3.234	4.414	5.085	4.493	4.471	4.000	3.046	
Provincial	644.799	640.430	700.614	601.797	677.068	655.678		
Autonómico	299.679	334.405	292.782	209.887	215.555	245.704		
Nacional	214.246	333.657	438.564	385.685	391.585	364.898		
Total	1.161.958	1.312.906	1.437.045	1.201.862	1.288.679	1.280.300	1.245.899	

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Datos anuales. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo.

CUADRO 4. TRABAJADORES CUBIERTOS POR CONVENIOS COLECTIVOS SEGÚN ÁMBITO

	Trabajadores						
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Empresa y/o grupo de empresa	925.744	932.746	867.243	846.930	804.266	871.600	616.750
Provincial	3.789.757	3.835.817	3.864.760	3.973.797	3.748.594	3.572.290	
Autonómico	2.079.835	2.162.527	2.087.987	1.960.012	2.697.777	2.652.251	
Nacional	3.303.683	3.334.312	3.484.710	3.446.539	3.487.971	3.480.800	
Total	10.099.019	10.265.402	10.304.700	10.227.278	10.738.608	10.576.900	9.705.450

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Datos anuales. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo.

CUADRO 5. NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN

	2012		2013		2014	
	Convenios	Trabajadores	Convenios	Trabajadores	Convenios	Trabajadores
Convenios de empresa	323	46.378	625	55.303	575	48.696
Convenios de grupo de empresas	11	6.316	20	100.776	17	8.521
Convenios de sector	4	19.721	17	114.201	16	87.474
Total	338	72.415	662	270.280	608	144.691
		2015		2016		2017
Convenios de empresa	524	32.675	480	50.560	470	46.100
Convenios de grupo de empresas	12	28.651	10	32.525		
Convenios de sector	9	330.415	16	39.368		
Total	545	391.741	506	122.453	491	105.529
		2018				
Convenios de empresa	357	41.148				
Convenios de grupo de empresas						
Convenios de sector						
Total	380	68.124				

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Datos anuales. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo.

Sin embargo, en cuanto al número de trabajadores representados por el total de nuevas unidades, aparte de poder justificar los datos de los años 2014 y 2015 por la firma del III AENC y la provisionalidad de los datos, se observa que la media de trabajadores cubiertos es muy baja y que una parte importante se encuentra cubierto por convenios de sector.

Es importante establecer una correlación entre el número total de trabajadores en nuevas unidades de negociación (cobertura) y cuantos de ellos corresponden a convenios de empresa, ya que permite mostrar el peso de los convenios de empresa en relación a las nuevas unidades de negociación (en número de trabajadores cubiertos, teniendo en cuenta que no existen datos anteriores a 2011 y que los datos de 2018 son provisionales).

Se observan grandes diferencias entre 2012, año en el que un 64,04 % del total de trabajadores en nuevas unidades de negociación tenían reguladas sus condiciones laborales en convenios de empresa nuevos y 2015, donde este porcentaje se reduce al 8,34 %, sin que exista una razón aparente, excepto por el tipo de convenios colectivos firmados en el año, aunque podría deberse a la firma del III AENC, y crece nuevamente en 2016, 2017 y 2018 (aunque los datos de estos dos últimos años son provisionales).

CUADRO 6. NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN

	<i>Total trabajadores en nuevas unidades de negociación</i>	<i>Trabajadores en nuevas unidades de negociación de empresa</i>	<i>Porcentaje de trabajadores en nuevas unidades de negociación de empresa (sobre total)</i>
2011	276.745	30.113	10,88 %
2012	72.415	46.378	64,04 %
2013	270.280	55.303	20,46 %
2014	144.691	48.696	33,66 %
2015	391.741	32.675	8,34 %
2016	122.453	50.560	41,28 %
2017	105.529	46.100	43,68 %
2018	68.124	41.148	60,40 %

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Datos anuales. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo.

Finalmente, es relevante conocer la relación entre el peso de las nuevas unidades de negociación respecto del total de convenios colectivos firmados en cada uno de los años, sin tener en cuenta los convenios plurianuales o prórrogas.

Si se compara el número de trabajadores cubiertos por convenio colectivo, según el año de firma, con los trabajadores regulados en nuevas unidades de negociación, se observa una reducción en 2012, con un incremento durante 2013 y 2014, y especialmente en 2015, que puede ser debido a las

dinámicas negociadoras provocadas por los cambios legislativos de 2012, con descensos a partir de este año, aunque estos cambios no son relevantes si se tiene en cuenta el número de trabajadores cubiertos por las nuevas unidades.

CUADRO 7. TRABAJADORES EN NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN

	<i>Total trabajadores en convenios año de firma</i>	<i>Total trabajadores en nuevas unidades de negociación</i>	<i>Porcentaje trabajadores en nuevas unidades de negociación</i>
2011	2.628.901	276.745	10,53 %
2012	3.195.164	72.415	2,27 %
2013	5.247.575	270.280	5,15 %
2014	2.169.246	144.691	6,67 %
2015	3.548.975	391.741	11,03 %
2016	2.832.034	122.453	4,32 %
2017	3.915.908	105.529	2,69 %
2018	3.937.662	68.124	1,73 %

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Datos anuales. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo.

• Sujetos negociadores de los convenios de empresa

En los convenios de empresa o ámbito inferior, según la letra a) del número 3 del art. 87 ET, por ejemplo, de centro de trabajo, departamento, sección, grupo o categoría de trabajadores perteneciente a la misma empresa², en cuyo caso se denomina convenio franja, tienen la condición de partes, del lado empresarial, el empresario o sus representantes, al que no se le exige requisito alguno respecto de su ejercicio, pudiendo actuar directamente o por medio de representantes.

Los problemas surgen respecto a la representación de los trabajadores, ya que puede ser variada, conforme a lo que se regula en el art 87.1 ET, habiendo de cumplir todos los requisitos generales³. Así, pueden negociar la representación unitaria (comité de empresa o delegados de personal) o la representación sindical en la empresa (sección o delegados sindicales o asociación profesional de franja), pero no por medio de una comisión *ad hoc*⁴.

² Sobre este concepto, véase la STS 4 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1438).

³ STS 3 de abril de 2018 (RJ 2018, 1999). Sobre los requisitos para impugnar un convenio de empresa, véase STS 6 de febrero de 2018 (RJ 2018, 821).

⁴ STS 6 de junio de 2017 (RJ 2017, 3000) y STS 28 de junio de 2017 (RJ 2017, 3352). Igualmente, SAN número 67/2018, de 26 de abril (Jur. 2018, 120070).

En general, la gran mayoría de convenios colectivos de empresa son negociados por sujetos negociadores que representan a los dos sindicatos más representativos nacionales, observándose en 2018 un relevante incremento de los representantes de la categoría «otros sindicatos», que puede tener un significado en cuanto a aumento de su presencia en la negociación colectiva de nivel empresarial o ser un puro cambio estadístico.

CUADRO 8. COMPOSICIÓN DE LAS MESAS NEGOCIADORAS DE LOS CONVENIOS DE EMPRESA

	<i>UGT</i>	<i>CCOO</i>	<i>Otros sindicatos</i>
2012	87,00 %	83,20 %	72,80 %
2013	82,20 %	84,30 %	61,20 %
2014	80,83 %	79,36 %	65,50 %
2015	73,70 %	75,50 %	61,30 %
2016	81,70 %	83,00 %	65,30 %
2017	78,30 %	79,40 %	61,70 %
2018	78,62 %	77,93 %	73,63 %

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Datos anuales. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo.

Respecto a este tema, se deben realizar dos precisiones.

En primer lugar, este precepto se refiere a las secciones sindicales⁵, no a los sindicatos, salvo que se trate de sindicatos de empresa⁶, debiendo tenerse en cuenta que el art. 8.2 LOLS exige que se trate de secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa⁷.

Ahora bien, al ser meros órganos del sindicato y al corresponderle originariamente el derecho a la negociación colectiva, en cuanto forma parte

⁵ STS 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 10658) y STS 14 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5876). SAN número 81/2018, de 17 de mayo (Jur. 2018, 144360).

⁶ STS de 29 de junio de 1995 (RJ 1995, 6251) y STS 30 de abril de 1996 (RJ 1996, 3623).

⁷ STC 137/1991, de 20 de junio. STS 14 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1438), STS 15 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2917) y STS 27 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4309). Por esta razón, no tiene derecho a formar parte de una comisión negociadora un sindicato que carece de presencia en la representación unitaria, ni cuenta con sección sindical en la empresa, según la STS 27 de octubre de 2014 (RJ 2015, 737).

de la actividad sindical, la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de las secciones es un problema de régimen interno⁸.

En segundo lugar, la legitimidad se presenta de manera alternativa, de manera que el convenio colectivo sólo puede ser negociado o por la representación unitaria o por la representación sindical, pero no por ambas de forma conjunta⁹.

En las primeras versiones del Estatuto de los Trabajadores no se había entrado en el problema relativo a la posible concurrencia de representaciones de los trabajadores que manifestaran su propósito de negociar y se había optado porque fuera la prioridad temporal la que determinara el sujeto social legitimado para negociar¹⁰. Sin embargo, en la actualidad, se regula que la intervención en la negociación corresponde 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.

Como se puede observar, esta regulación que contiene, al menos aparentemente los mismos requisitos que en la regulación anterior, ya que sigue exigiendo la representación de la mayoría de los miembros de la representación unitaria, le atribuye una total prioridad a los sindicatos a la hora de decidir cuál es el sujeto negociador por parte de los trabajadores, incluso en contra de las propias representaciones unitarias, que pueden tener la voluntad de negociar, aunque estén sindicalizadas¹¹.

Además, se establece una diferencia cuando los negociadores son las representaciones sindicales según el convenio afecte a la totalidad de los trabajadores o se trate de un convenio franja.

En el primer supuesto, si el convenio afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa, los representantes sindicales han de integrar, en su conjunto, la mayoría de los miembros del comité de empresa¹². Esta circunstancia ha de acreditarse al inicio de las negociaciones, sin que pueda variarse dicho resultado por circunstancias ajenas a la propia negociación,

⁸ STS de 28 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2246) y STS 14 de julio de 2000 (RJ 2000, 9642). A favor de la legitimación de los sindicatos por encima de las secciones sindicales véase STS 16 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 7304) y STS 25 de enero de 2005 (RJ 2005, 4613). Sobre un supuesto en el que diversos delegados del sindicato en la empresa están en contra de la designación de la comisión negociadora por parte de la comisión ejecutiva del sindicato, véase SAN número 11/2014, de 24 de enero (AS 2014, 859).

⁹ STC 137/1991, de 20 de junio. STS 20 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9841), STS 14 de julio de 2000 (RJ 2000, 9642), STS 6 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4396) y STS 16 de enero de 2018 (RJ 2018, 361).

¹⁰ STS de 18 de enero de 1993 (RJ 1993, 94), STS 14 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7599) y STS 17 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8253).

¹¹ SAN número 77/2014, de 22 de abril (AS 2014, 1287).

¹² STS 20 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9841).

como por ejemplo, el cambio de afiliación sindical de algún miembro de ésta¹³.

En el segundo supuesto, respecto al convenio franja, si el convenio afecta a los trabajadores de un departamento, sección, grupo, nivel o categoría, el Estatuto de los Trabajadores establece una regla específica, que no es nada más que una recopilación de la jurisprudencia precedente.

En este caso, tienen capacidad negociadora aquellas representaciones sindicales, no unitarias, implantadas en el ámbito de que se trate, que significa que existan afiliados de estas organizaciones en dicha franja, y que hayan sido designadas para negociar por los trabajadores incluidos en el propio ámbito, sean afiliados o no a dicho sindicato, mediante acuerdo expreso, adoptado por mayoría absoluta a través del voto personal, libre, directo y secreto a tal efecto¹⁴.

Finalmente, en este ámbito, surgen las cuestiones relativas a las que pueden ser denominadas como unidades empresariales complejas.

En primer lugar, en relación a los convenios para grupos de empresas, la ausencia de regulación había motivado que se llegara a cuestionar si sólo podían ser convenios extraestatutarios, a lo que el Tribunal Supremo había asegurado que, sin lugar a dudas, podían adquirir la condición de eficacia general¹⁵.

Además, era posible encontrar jurisprudencia vacilante. En algunas sentencias, teniendo en cuenta la unidad de dirección y obviando la extensión geográfica de asentamiento de la empresa y la pluralidad de centros de trabajo, se había considerado aplicables las normas de los convenios de ámbito empresarial¹⁶. En otras sentencias se había considerado al no existir órganos de representación comunes de todos los trabajadores, la legitimación la tenían los sindicatos con implantación en el ámbito de la empresa¹⁷ y en el caso de las empresas, la organización de empresarios a la que estaban asociados, como si se tratara de un convenio de ámbito supraempresarial¹⁸.

¹³ STS 7 de junio de 1996 (RJ 1996, 5000) y STS 7 de julio de 1997 (RJ 1997, 6251).

¹⁴ La STS de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4088) plantea un supuesto en el que no es necesaria esta votación.

¹⁵ STS 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1165), STS 7 de julio de 1997 (RJ 1997, 6251), STS 14 de junio de 1999 (RJ 1999, 5216) y STS 21 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 528).

¹⁶ STS 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1165), STS 27 de abril de 1995 (RJ 1995, 3273), STS 9 de junio de 1995 (RJ 1995, 4885), STS 30 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7930) y STS 20 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9841).

¹⁷ STS 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 4436).

¹⁸ STS 8 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7581), STS 30 de abril de 1996 (RJ 1996, 3623), STS 21 de junio de 1996 (RJ 1996, 5221), STS 14 de junio de 1999 (RJ 1999, 5216), STS de 28 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8510) y STS 18 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4521).

En la actualidad, tanto en los convenios para un grupo de empresas, como aquellos que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar la tienen:

En representación de los trabajadores, aquellos que pueden participar en la negociación colectiva de los convenios colectivos sectoriales¹⁹.

En representación de las empresas, la representación de dichas empresas²⁰.

En segundo lugar, en el supuesto de que la empresa cuente con varios centros de trabajo, es posible la negociación del convenio colectivo por el comité intercentros, si existe y si esta posibilidad viene expresamente atribuida al mismo, ya que el art. 63 ET limita al convenio colectivo la posibilidad de constitución de este limitando igualmente sus funciones a las que expresamente les conceda el convenio²¹. En cuanto a su constitución, se deben respetar los resultados electorales, eliminando la posibilidad de otros pactos o componendas que no sean los resultados derivados de las elecciones²².

En todo caso, sigue sin haber soluciones claras en aquellos casos en los que hay un único convenio y la empresa cuenta con más de un centro de trabajo y por tanto, con más de un órgano de representación unitaria de los trabajadores.

En este tema, el carácter vinculante del convenio de empresa con distintos centros de trabajo está en función del ámbito estricto de representación de los sujetos firmantes por lo que se exige correspondencia entre el ámbito para el que fueron elegidos los sujetos legitimados y el ámbito de aplicación²³.

¹⁹ SAN número 110/2015, de 22 de junio (Jur. 2015, 182894) y SAN número 45/2017, de 30 de marzo (AS 2017, 363).

²⁰ STS 8 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5745).

²¹ STS 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10697), STS 25 de julio de 2000 (RJ 2000, 7544), STS 7 de abril de 2004 (RJ 2004, 2984), STS 5 de julio de 2004 (RJ 2004, 6953), STS 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 2402) y STS 28 de junio de 2016 (RJ 2016, 3746). La STS de 25 de julio de 2000 (RJ 2000, 7644) plantea un supuesto en el que el convenio colectivo remite, a efectos de la determinación de sus funciones, al Estatuto de los Trabajadores, en cuyo caso puede llegar a carecer de capacidad para negociar, debiendo constituirse la mesa negociadora por cada uno de los comités de empresa.

²² STS 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8077), STS 3 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8979) y STS 3 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8980).

²³ STS 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2889), STS 18 de abril de 2017 (RJ 2017, 2224), STS 3 de mayo de 2017 (RJ 2017, 3275), STS 21 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 6190) y STS 13 de febrero de 2018 (RJ 2018, 945). SAN número 11/2016, de 27 enero (AS 2016, 307), SAN número 22/2016, de 17 de febrero (AS 2016, 278), SAN número 31/2016, de 3 de marzo (AS 2016, 446), SAN número 35/2016, de 7 de marzo (AS 2016, 615), SAN número 37/2016, de 8 de marzo (AS 2016, 540), SAN número 59/2016, de 13 de abril (AS 2016, 787) y SAN número 61/2017, de 5 de mayo (AS 2017, 707).

Por esta razón, se entiende que el convenio es ilegal en toda una serie de supuestos:

Cuando se ha negociado por dos delegados de dos centros si se acredita que el ámbito del convenio excede de estos dos centros²⁴.

Si sólo se firmó por un delegado de personal²⁵, varios²⁶ o un comité de empresa²⁷, cuando afecta a varios centros de trabajo y/o a toda la empresa.

Cuando un comité de empresa y un delegado sindical negocian un convenio de empresa que afecta a centros de trabajo en los que no fueron elegidos²⁸.

Si se establece como requisito previo para la validez del mismo la firma de los comités de empresa de todos los centros afectados, si se incluye en su ámbito de aplicación un centro de trabajo cuyo comité de empresa no firmó²⁹.

Cuestión diferente es si el convenio colectivo de empresa con varios centros de trabajo cuando es negociado por una representación sin la suficiente legitimidad por no cumplir con el principio de correspondencia, pero es sometido el texto final a ratificación de los propios trabajadores³⁰.

²⁴ SAN número 107/2014, de 11 de junio (AS 2014, 1303).

²⁵ STS 9 de junio de 2015 (RJ 2015, 3175), STS 18 de febrero de 2016 (RJ 2016, 1210), STS 10 de junio de 2016 (RJ 2016, 3772), STS 14 de julio de 2016 (RJ 2016, 4519), STS 23 de febrero de 2017 (RJ 2017, 955) y STS 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5944). Igualmente, SAN número 161/2013, de 11 de septiembre (AS 2013, 2684), SAN número 20/2014, de 5 de febrero (AS 2014, 413), SAN número 119/2014, de 30 de junio (Jur. 2014, 81960), SAN número 37/2015, de 9 de marzo (Jur. 2015, 89722), SAN número 41/2015, de 12 de marzo (AS 2015, 1099) y SAN 66/2017, de 11 de mayo (Jur. 2017, 148133).

²⁶ STS 7 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1316), STS 19 de julio de 2017 (RJ 2017, 3751). Igualmente, SAN número 22/2015, de 17 de febrero (Jur. 2015, 72318), SAN número 80/2015, de 4 de mayo (AS 2015, 1326), SAN número 11/2016, de 27 de enero (AS 2016, 307), SAN número 31/2016, de 3 de marzo (AS 2016, 446), SAN número 59/2016, de 13 de abril (AS 2016, 787), SAN número 81/2016, de 12 de mayo (Jur. 2016, 115423) y SAN número 105/2017, de 10 de julio (AS 2017, 1563).

²⁷ STS 10 de junio de 2015 (RJ 2015, 4089). Igualmente, SAN número 162/2013, de 11 de septiembre (AS 2013, 2684) y SAN número 144/2014, de 5 de septiembre (AS 2014, 2175).

²⁸ SAN número 111/2014, de 13 de junio (AS 2014, 1480).

²⁹ SAN número 31/2014, de 17 de febrero (Jur. 2014, 53607), SAN número 58/2014, de 28 de marzo (AS 2014, 796) y SAN número 123/2014, de 3 de julio (AS 2014, 2035).

³⁰ SAN número 12/2014, de 27 de enero (AS 2014, 862).

TERESA DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ
Directora del Departamento Socio Laboral de CEPYME

Presidente de la Comisión Consultiva, Director General de Empleo, Señoras y Señores...

Muchas gracias, es un honor para mí asistir a esta ya la Trigésimo Primera Jornada de Estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Al cumplirse el 40 aniversario de la CE quiero sumarme a la conmemoración de 4 décadas de un desarrollo social, económico y cultural sin precedentes.

La CE de 1978, fue el fundamento de un consenso político general que ha posibilitado un marco de convivencia compartido.

El espíritu que caracterizó la transición hacia la democracia ha hecho de nuestro país un ejemplo... de confianza en el diálogo, de tolerancia, de respeto y de búsqueda del mutuo entendimiento por el que debemos seguir trabajando.

Valores todos ellos que tienen su reflejo en el desarrollo de las relaciones laborales.

Es aquí donde quiero situar el IV AENC, en ese proceso de diálogo y de concertación social, que los interlocutores sociales venimos manteniendo con los Acuerdos estatales de NC.

PARA QUÉ HAN SERVIDO...

Estos Acuerdos a lo largo de los años han demostrado ser al menos relevantes en distintos aspectos:

- han servido para crear un clima de diálogo y de negociación que ha contribuido a mantener en niveles aceptables la conflictividad por

- causas laborales en momentos de cambio político y crisis económica prolongada e intensa;
- para adaptar la legislación laboral a un marco más flexible;
 - para establecer compromisos y medidas sobre empleo, salarios, tiempo de trabajo, relaciones laborales, seguridad y salud en el trabajo y Seguridad Social;
 - Y, además, han contribuido a la salida en situaciones de crisis y a una menor destrucción de empleo.

Forman parte de nuestra cultura y son una seña de identidad de las relaciones laborales en España.

Son, en suma, elementos vertebradores de las relaciones laborales de nuestro país.

IV AENC...

Entrando en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, fue el resultado de un intenso proceso de negociación y del esfuerzo de los representantes de ambas partes, no exento de dificultades.

Su firma ofreció un claro mensaje de confianza para los agentes económicos, los mercados financieros y la sociedad en general.

Carácter...

El IV Acuerdo, como otros AENC, tiene un contenido tiene carácter obligatorio y trata de orientar a los negociadores de los Convenios Colectivos.

Se enmarca en la larga tradición que existe en España de acuerdos sobre negociación colectiva y que ha permitido que en los últimos 20 años se hayan firmado 10 acuerdos, incluyendo éste.

Vigencia...

Una vigencia de 3 años (2018, 2019 y 2020) y prorroga el anterior III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2015, 2016 Y 2017) en sus propios términos, ya que existen toda una serie de cuestiones que no han sido abordadas, salvo en aquellos contenidos que se opongan a lo suscrito en el Actual acuerdo y hasta la finalización de mismo.

Objetivos...

Sus objetivos son la creación de empleo, la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y de la competitividad de las empresas y la lucha contra la economía sumergida.

Contenido...

El AENC 2018-2020, aborda un conjunto de cuestiones bipartitas con recomendaciones para los negociadores y presenta una novedad respecto

a los anteriores acuerdos, pues contiene no sólo recomendaciones para la negociación colectiva, sino también un anexo en el que se incluyen una serie de acuerdos alcanzados entre las organizaciones empresariales y sindicatos firmantes y que deben ser desarrollados por medio de modificaciones normativas con la intervención del parlamento o del gobierno.

En cuestiones como Subcontratación, formación, absentismo, igualdad, jubilación, medidas destinadas al mantenimiento del empleo, lucha contra la economía sumergida, contrato relevo.

Y en este punto quiero hacer una pequeña reflexión.

Diálogo Social Tripartito...

El diálogo social tripartito no debemos confundirlo con posiciones de parte legítimas, aunque insisto, de parte o acción de gobierno.

Digo esto porque... se puede reclamar la derogación de aspectos de la anterior reforma laboral, tal y como se viene solicitando por UGT y CCOO, lo que no puede ser es que esa derogación se pretenda sea por acuerdo de la mesa de diálogo tripartito.

Este planteamiento avoca directamente al diálogo social al fracaso, lo que desde mi punto de vista nos debilita a todos.

En relación con las recomendaciones, se centra en dos temas.

En primer lugar, se recomienda que los sujetos negociadores de los convenios colectivos, cuando determinen los incrementos salariales, tengan en cuenta las siguientes cuestiones:

- Los incrementos salariales constarán, para cada uno de los años de vigencia del Acuerdo, de una parte fija de en torno a un 2 % y de una parte variable del 1 % ligada a los conceptos que en cada convenio se determinen, como la evolución de la productividad, resultados, absentismo injustificado y otros, en base a indicadores cuantificados, medibles y conocidos por ambas partes.
- Durante la vigencia del Acuerdo, de manera progresiva, se recomienda establecer un salario mínimo de convenio de 14.000 euros anuales. Este crecimiento gradual deberá enmarcarse en los propios convenios colectivos existentes, vinculándose a su renovación.
- Además, se insta a las Administraciones Públicas a que tengan en cuenta este criterio en lo que se refiere a la aplicación de los procesos de contratación derivados de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

- Los convenios colectivos podrán establecer mecanismos de revisión salarial, teniendo en cuenta los indicadores que en cada caso estimen aplicables los negociadores.

En segundo lugar, se recomienda impulsar la renovación y actualización de los convenios colectivos articulando reglas sobre vigencia, ultraactividad y procedimiento negociador; se apuesta porque durante los períodos de negociación, éstos conserven su vigencia, y se proponen las siguientes medidas:

- La renovación y actualización de los convenios, respetando básicamente la autonomía de la voluntad de las unidades de negociación; posibilitando la continuidad de las mismas primándose para ello la buena fe negocial.
- Es necesario que los convenios colectivos hagan una adecuada revisión e innovación a efectos de garantizar una mayor eficacia.
- Los negociadores se deben comprometer a seguir el proceso de negociación a fin de propiciar el acuerdo, determinando en qué términos tendrá lugar el mantenimiento del convenio vencido durante la duración mutuamente acordada de dicho proceso. Cada una de las partes puede decidir que la negociación está agotada y, por tanto, instar la mediación obligatoria o el arbitraje voluntario.
- Para la resolución de las situaciones de bloqueo de las negociaciones las partes negociadoras deben acudir a los sistemas de solución autónoma de conflictos establecidos en el ámbito del Estado y de carácter autonómico.

En cuanto al anexo, se enuncian una serie de temas que deben ser negociados entre organizaciones empresariales, sindicatos y Gobierno y que, una vez alcanzado un acuerdo, debe procederse a la correspondiente modificación normativa. Que acaban de ser analizados.

Para ir acabando, creo que merece la pena dar unas pinceladas en relación con el empleo atendiendo a los datos de la EPA del 3t:

El empleo aumenta en 183.900 personas en el tercer trimestre de 2018 respecto al trimestre anterior y se sitúa en 19.528.000.

Pese a esta mayoritaria concentración del empleo generado durante el periodo julio–septiembre entre los asalariados temporales, en cómputo anual, de los más de 520.000 asalariados que se generaron durante el último año, tan sólo el 29,0 % tuvieron un contrato temporal.

Esta cifra destaca con respecto a la del mismo periodo del año anterior, donde casi el 40 % del crecimiento de los asalariados se generó en aquéllos que tenían este tipo de modalidad de contratación.

Resaltar la positiva evolución de los asalariados con contrato indefinido, lo que se traduce en una contención de la tasa de temporalidad asociada al actual ciclo expansivo de la economía española en comparación con registros anteriores de esta fase de la actividad.

A partir de estos registros la tasa de paro se sitúa por primera vez desde finales de 2008 por debajo del 15,0 % (14,55 %).

Esta variación del empleo manifiesta cierto componente de desaceleración, siendo el menor de los crecimientos de la ocupación de los dos últimos años y se sitúa en línea con las previsiones y con los registros de afiliación a la Seguridad Social del mismo periodo.

Por tanto, esta coyuntura favorable del mercado de trabajo podría truncarse si se materializan determinados factores de riesgo que podrían ralentizar aún más la actividad productiva, entre ellos.

El incremento en las cotizaciones supone un encarecimiento de los costes laborales, que comprometerá la competitividad de las empresas españolas frente a sus socios europeos y penalizará su actividad nacional e internacional, la inversión y la creación de empleo.

Además, el anunciado incremento de las bases máximas de cotización a la Seguridad Social en torno al 10 % o 12 % puede poner en riesgo la recuperación del empleo, en unos momentos en los que se advierten ya signos de ralentización en el ritmo de creación de puestos de trabajo, tal como revela la última EPA.

Se ha de destacar, asimismo, que este aumento adicional de los costes laborales se produce en el marco del IV AENC, acuerdo plurianual con compromisos, como acabamos de ver, en materia de revisión al alza de las condiciones salariales, donde se hace un importante esfuerzo para incrementar, de manera progresiva, el salario mínimo de convenio hasta 2020.

La propuesta contenida en el acuerdo presupuestario con PODEMOS supone una injerencia en el Diálogo Social bipartito y en la negociación colectiva, como elementos vertebradores de las relaciones laborales en nuestro país.

Esta obra recoge
anual de estudio
Nacional de Convenios
Migraciones y Seguridad
ya tradicional cita
dedicar la Jornada
1978, concretamente
Magna. La primera
la experiencia acumulada
laborales bajo el
plantea el futuro.
intervenciones se
y la Negociación Colectiva
los interlocutores sociales.

ISBN 84-8417-546-9



9 788484 175469