

La última reforma de la Negociación Colectiva a través del Real Decreto-Ley 11/2013: la comisión negociadora de los acuerdos de inaplicación de un convenio colectivo estatutario.

Sergio Canalda Criado¹

Introducción

En esta comunicación se pretende analizar la lógica de las últimas y constantes reformas acometidas sobre el régimen jurídico de la negociación colectiva en España y la eficacia normativa de los convenios colectivos, y en concreto, sobre las consecuencias de la nueva regulación sobre legitimación para negociar el acuerdo de inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en éstos sobre la autonomía colectiva.

En la última reforma laboral se ha introducido un cambio significativo al establecerse un criterio de afectación de la medida propuesta por el empresario para designar el interlocutor que intervendrá durante el periodo de consultas en representación de los trabajadores, por lo que si la medida afecta únicamente a un centro de trabajo de los varios que puede tener la empresa, la representación laboral legal o sindical legitimada para intervenir será sólo aquella que esté presente en ese centro de trabajo afectado. Dicho de otra forma, el nuevo articulado restringe al ámbito de afectación por la medida flexibilizadora empresarial la legitimación de la representación de los trabajadores como una suerte de “unidad de descuelgue”. Similar criterio también ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia cuando ha afirmado que “debe existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que interviene y negocia en el período de consultas con la empresa y el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, caso de llegar a un acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado” en el caso de un despido colectivo pactado por un comité inter-centros en el cual sólo dos miembros de los 13 representaban al colectivo afectado (Sentencia del Tribunal Supremo de 25-11-2013, rec. 87/2013).

¹ Investigador Predoctoral en Formación, Universidad Pompeu Fabra. Comunicación presentada al XXV Jornades catalanes de Dret Social

Sin embargo, la modificación de 2013 es relevante en tanto que hasta ahora, independientemente de que la medida afectara a toda la empresa o sólo a algunos de sus centros, las secciones sindicales podían negociar si sumaban la mayoría de representantes en los órganos unitarios –y por tanto, fuere cual fuere su implantación en la empresa (Sentencia de la Audiencia Nacional de 26-04-2013, recurso nº 76/2013) – y si no existía representación legal o no se disfrutaba de la mayoría representativa, la representación sindical perdía la legitimidad para negociar, por lo que entonces podrían operar, en su caso, las representaciones o comisiones *ad hoc*. En cambio, con la introducción mediante la última reforma del mencionado criterio de afectación, existiendo secciones sindicales de empresa que sumen la mayoría de representantes unitarios a nivel de toda la empresa, estas pueden ser excluidas por afectar la medida de inaplicación a un centro sin representación legal y, consecutivamente, pudiendo ser sustituida la representación sindical por una comisión *ad hoc*. Veamos con más precisión las reglas de legitimación para negociar acuerdos de inaplicación.

El esquema actual de la legitimación para negociar en los procesos de negociación para inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio aplicable y la adopción, en su caso, del acuerdo, se establece en el 82.3 ET, el cual reconoce, por un lado, que los sujetos legitimados para acordar la inaplicación serán los del 87.1 ET (y siguiendo el procedimiento del 41.4 ET), para posteriormente establecer contradictoriamente que la intervención de los sujetos se regirá por lo recogido en el 41.4 ET, según orden y condiciones establecidas en éste, siendo el contenido de ambos preceptos no coincidente. Según la primera referencia, aquella que remite al artículo 87.1, sólo podrán negociar el comité de empresa, los delegados de personal, o “las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité”, otorgando preferencia a las secciones sindicales si estas acuerdan ser ellas las que negocien y suman la mayoría representativa. Por el contrario, de acuerdo con la segunda referencia al 41.4, se producen dos distorsiones al esquema de legitimación negocial en caso de convenios colectivos de empresa o ámbito inferior: por un lado, introduce el criterio de afectación al regular que la intervención como interlocutores corresponderá a las secciones sindicales cuando así lo acuerden, y siempre que ostenten la representación mayoritaria en los órganos de representación unitaria “de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados”; y por otro lado, porque introduce (desde la reforma de 2010) como sujeto negociador las comisiones

ad hoc en caso de no existir representación legal, aun no siendo éstas mencionadas en el art. 87 ET.

Consecuencia de todo ello es el desplazamiento de las representaciones sindicales que, aun ostentando representación mayoritaria en la empresa, no puedan negociar por no tener presencia en el centro o centros de trabajo afectados, pudiendo ser sustituidos por la representación *ad hoc*. En esta comunicación pretendo realizar algunas reflexiones sobre ambos aspectos de la regulación, en tanto que éstos pueden suponer una alteración de la autonomía colectiva como contenido del derecho a la negociación colectiva (y su conexión con el derecho de libertad sindical).

El derecho a la Negociación Colectiva en el marco jurídico español

En el marco jurídico español, el derecho a la negociación colectiva es un derecho constitucional recogido en el art. 37.1 de la Constitución Española de 1978 con vinculación, como se verá a continuación, a los arts. 7 y 28.1 del mismo texto constitucional. Así, el artículo 37.1 CE declara que “[l]a 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”.

Por un lado, el primer elemento constitutivo que debe apuntarse de éste es su interpretación de acuerdo con los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Como manda el artículo 10.2 de la Constitución, “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Así, España ha ratificado los Convenios 87,² 98,³ 151,⁴ y 154.⁵ Por medio de la Declaración de 1998,⁶ el derecho de libertad sindical y el derecho a la negociación

² Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

³ Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

⁴ Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151).

⁵ Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).

⁶ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998

colectiva se declararon integrados en los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Por otro lado, el propio modelo constitucional define los rasgos principales del derecho de negociación colectiva. El poder constituyente reflejó un modelo concreto en el artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 al definir España como un Estado Social y Democrático de Derecho que “que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Además, el valor de la Constitución como norma recae en que todos los derechos reconocidos, tengan o no la protección como derecho fundamental, deben interpretarse según los valores constitucionales y lo establecido en los preceptos del Título Preliminar de la norma. Así, el artículo 7 proclama que “[l]os sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”. Por su parte, el artículo 9.2 – que reconoce la igualdad *material* como objetivo de los poderes públicos– establece la necesaria interpretación de los derechos constitucionales de acuerdo a la lógica de reducir las desigualdades sociales. Y también la igualdad como principio de nuestro ordenamiento jurídico – junto con los de justicia, libertad y pluralismo político – se completaría mediante el reconocimiento a través del artículo 14 CE de su dimensión formal o “jurídica”, al reconocer que todos los españoles “son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Como se avanzaba anteriormente, la negociación colectiva mantiene claras conexiones con el derecho de libertad sindical. A razón de ello, aun no ser la negociación colectiva un derecho recogido en la sección 1ª (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”) del capítulo 2º (“Derechos y libertades”) del Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) de la Constitución, gozará de protección como derecho fundamental, a través del procedimiento de preferencia y sumariedad ante los Tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE) cuando su ejercicio se produzca como parte del contenido del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE). Además, gozará de protección a través del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 161.1 a) CE).

De acuerdo con Valdés Dal-ré, la redacción del artículo 37.1 CE responde al siguiente esquema: “un principio general por el que, de manera directa, se reconoce a los grupos sociales la facultad de reglamentar sus intereses divergentes y, a continuación,

una gama de núcleos normativos que conforman el armazón y esqueleto del sistema de negociación colectiva”.⁷ De entre éstas, me centraré aquí en la autonomía colectiva y la fuerza vinculante de los convenios en conexión con la legitimación para negociar.

En primer lugar, el reconocimiento de la autonomía colectiva como derecho. Ello debe comprenderse en conexión con el rol otorgado a los sindicatos vía artículo 7 CE en la nueva sociedad democrática, y en conexión también con el derecho de huelga, formando éste y la negociación colectiva los dos instrumentos de negociación y autotutela que poseen los sindicatos para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios.⁸ En coherencia con ello, el artículo 82.1 establece que “[/]los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva”.

En segundo lugar, el precepto constitucional garantiza la fuerza vinculante de los convenios colectivos firmados, es decir, su eficacia normativa y aplicación “erga omnes”. Ello no quiere decir que se excluya la posibilidad de otro tipo de convenios, como lo son los convenios “extraestatutarios”, es decir, los que no cumplen con los requisitos de la ley que desarrolla la negociación colectiva, y que, sin embargo, tienen fuerza vinculante contractual y eficacia limitada. En cambio, el legislador reforzó los convenios colectivos con fuerza normativa y eficacia general, que son aquellos que cumplen con los requisitos establecidos en el título III del ET, obligando a todos los trabajadores y empresarios en su ámbito correspondiente (art. 82.3 ET). Este ámbito lo definen también las partes negociadoras en virtud de su autonomía (el 83.1 ET especifica que los convenios colectivos “tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”). Sin embargo, aunque la decisión del ámbito del convenio recae sobre los sujetos negociadores, el ET establece además un mecanismo para legitimar la eficacia personal general del convenio, por lo que éstos deben cumplir con un criterio de legitimidad. De igual forma, en el ejercicio de su autonomía, los negociadores también decidirán sobre el contenido del acuerdo en tanto que “podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales”

⁷ Valdés Dal-Ré, F. (1980) “Regulación constitucional de la negociación colectiva” en Rodríguez-Piñero, M. (coord.) *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid: Sociedad de Estudios Laborales, p. 241

⁸ Valdés Dal-Ré, F. (1980) “Regulación constitucional de la negociación colectiva” en Rodríguez-Piñero, M. (coord.) *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid: Sociedad de Estudios Laborales, p.242

(art. 85.1 ET).⁹ En relación a ello, la adjetivación de la negociación de “laboral” en el art. 37.1 CE actúa como “límite externo” al no amparar las “negociaciones políticas de los sindicatos y asociaciones patronales con el Gobierno”.¹⁰

Todo lo precedente debe ser respetado por el legislador al desarrollar el contenido del derecho mediante ley que “en todo caso deberá respetar su contenido esencial” (art. 53.1 CE). Ello se produce en el Título III (“De la negociación colectiva y de los convenios colectivos”) del Estatuto de los Trabajadores, cuya primera redacción¹¹ se asienta en un “modelo de gobernabilidad” basado, por un lado, en la consolidación de las ya entonces organizaciones sindicales más representativas, y por otra, a los convenios colectivos de eficacia normativa y general como clave para el cumplimiento del mandato constitucional.¹² Por su parte, el derecho a la negociación colectiva también se reconoce a los empleados públicos¹³ –con adaptaciones al contexto de la Administración Pública.

Con todo, como afirma Galiana Moreno, la evolución de la autonomía colectiva ha aparejado que ésta se haya posicionado en un rol de complementariedad o, inclusive, de sustitución de la ley si así lo dispone el legislador por la constante ampliación de materias posibles de regulación por la autonomía colectiva.¹⁴ De esta forma, podemos distinguir, por un lado, en el título III del ET varios productos fruto de la negociación colectiva, no sólo los convenios colectivos ordinarios que regulan las condiciones de trabajo y empleo sino, además, los convenios marco (art. 83.2 ET) y los acuerdos sobre materias concretas (art. 83.3 ET), como por ejemplo, sobre solución extrajudicial

⁹ Sin embargo, esta autonomía también se encuentra delimitada por un contenido mínimo que debe incluir todo acuerdo, a fin de favorecer su conocimiento. Así, el artículo 85.3 ET establece que todo convenio colectivo deberá incluir: (1) las partes que conciertan el acuerdo, (2) los ámbitos personal, funcional, territorial y temporal de aplicación, (3) la forma, condiciones y plazo mínimo de tiempo de denuncia antes de finalizar la vigencia del convenio, (4) los procedimientos para solventar las discrepancias sobre la inaplicación del convenio colectivo y (5) la designación de la comisión paritaria. Además, el propio precepto establece el deber de negociar planes de igualdad.

¹⁰ Valdés Dal-Ré, F. (1980) “Regulación constitucional de la negociación colectiva” en Rodríguez-Piñero, M. (coord.) *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid: Sociedad de Estudios Laborales, p.251

¹¹ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980, pp. 5799 a 5815)

¹² Galiana Moreno, J.M. (2005) “Negociación Colectiva” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 58, p. 300 De acuerdo con el mismo autor, el modelo tiene su germen en los primeros acuerdos interconfederales tras la aprobación de la Carta Magna (el Acuerdo Básico Interconfederal de 10 de julio de 1979 y el Acuerdo Marco Interconfederal de 5 de enero de 1980) suscritos entre CEOE y UGT

¹³ Arts. 15 y 31-38 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Publicado en BOE núm. 89, de 13/04/2007.

¹⁴ Galiana Moreno, J.M. (2007) “Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 68, pp.13-24

de conflictos laborales o conciliación de vida laboral y familiar. Para ambos tipos de acuerdos, los actores negociadores deben cumplir con los requisitos de legitimación en el ámbito correspondiente y seguirán el mismo procedimiento de negociación que con los convenios ordinarios. Por otro lado, la autonomía colectiva tiene otros espacios abiertos en el Título I,¹⁵ desde la reforma realizada sobre el Estatuto de los Trabajadores de 1980 por la Ley 11/1994.¹⁶

Aquí se estudiará, como se mencionó anteriormente, los procesos de negociación para la inaplicación de las condiciones de trabajo reconocidas en convenio colectivo, el cual se regula en el art. 82.3 del Título III, aunque se ha regulado en conjunto con los otros procesos de “reorganización productiva” (art. 40, 41, 47 y 51 ET) del Título I. Debido a ello, como se verá a continuación, se produce la remisión al art. 41.4 ET y, por ende, la aplicación del criterio de afectación y la intervención de la comisiones *ad hoc*.

La regulación de la inaplicación de condiciones de trabajo: evolución y situación actual

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 no incluía ninguna posibilidad de inaplicación de un convenio colectivo en tanto que el art. 82.3 preceptuaba que los “convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”. Como señalaron Alonso Olea y Barreiro González, “más que “obligan”, lo que los convenios hacen es sujetar al imperio de sus normas a los trabajadores y empresarios a los que deben ser aplicados”.¹⁷ En este sentido, el convenio colectivo estatutario se inserta en el sistema de fuentes previsto en el Estatuto de los trabajadores exigiéndose para su eficacia *erga omnes* el cumplimiento de requisitos de legitimación,

¹⁵ Ver Gorelli Hernández, J. (1999) *Los Acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid: Civitas; Merino Segovia, A. (2001) *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Las Rozas: La Ley; López López, J. (2002) “Acuerdos y pactos de empresa: ¿hablamos de ciudadanía social? en VV.AA. *Eficacia de los convenios colectivos* (XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Murcia, 17 y 18 de mayo de 2002) Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones; Quintanilla Navarro, Y. (2003) *Los Acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Madrid: Civitas; La Ley

¹⁶ Como afirma Galiana Moreno, la expansión de la autonomía colectiva abierta por esta norma se culmina con el proceso de desaparición de las Ordenanzas Laborales, clausurado por el Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos (AICV), de 28 de abril de 1997, firmado por UGT- CCOO y CEOE-CEPYME

¹⁷ Alonso Olea, M., y Barreiro González, G. (1991) *El Estatuto de los Trabajadores: Texto actualizado, jurisprudencia, comentario*, Madrid: Editorial Civitas, tercera edición, p. 366

quedando pues “plenamente garantizada e institucionalmente fortalecida, confiando su desarrollo, como es lógico, a los propios actores sociales”.¹⁸

La lógica de este precepto se rompió con la reforma emprendida por la Ley 11/1994, la cual introdujo la excepción mediante las cláusulas de descuelgue. La Ley 11/1994, bajo la supuesta voluntad de “proteger el empleo existente y de fomentar la creación de empleo”, emprendió “la potenciación de la negociación colectiva y la mejora de sus contenidos”. Así, el legislador argumentaba que para “proporcionar a los convenios una mayor capacidad de fijación de sus contenidos” se incluían “reglas en materia de cláusulas de descuelgue”. La lógica de ese descuelgue se producía como una excepción al régimen salarial previsto en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, justificado por el evitable daño a la estabilidad de la empresa, y sólo alcanzable por dos vías: que el mismo convenio estableciera las condiciones y procedimientos,¹⁹ o que éste se pactare por el empresario y los representantes de los trabajadores.²⁰ Es decir, que el mecanismo de descuelgue siempre habría sido necesariamente negociado, o bien *ex ante* de la firma del convenio de ámbito superior por los propios firmantes de éste, o bien en el seno de la empresa con la posibilidad de dejarlo en manos de la comisión paritaria. Las nuevas condiciones salariales debían determinarse mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, pudiendo ser en su defecto encomendado la determinación de éstas a la comisión paritaria del convenio de ámbito superior.

Sin embargo, la reforma de 1994 también introdujo otro “mecanismo complementario de descuelgue del resto de las condiciones de trabajo”,²¹ a saber, la reforma del art.

¹⁸ Alarcón Caracuel, M.R. (1999) “Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: entre la consagración del Estado Social y el efecto de las crisis económicas” en Alarcón, M.R. y Mirón, M.M. (coord.) *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, p. 16

¹⁹ Según Cruz Villalón, las cláusulas de descuelgue se incorporaron progresivamente en los convenios colectivos correspondiente, regulando tanto las causas como el procedimiento específico. Cruz Villalón, J. (2012) “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012” en *Revista de Derecho Social*, Nº 57.

²⁰ El propio precepto establecía que “[d]e no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la Comisión Paritaria del Convenio [de ámbito superior del cual la empresa quería descolgarse]”. De hecho, Alarcón Caracuel ha afirmado que si bien el sistema de fuentes no se alteró con la reforma de 1994, si se “liberalizó” el régimen jurídico de la negociación colectiva al introducir, entre otras modificaciones, la autorización de las cláusulas de descuelgue como contenido necesario de todo convenio. Alarcón Caracuel, M.R. (1999) “Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: entre la consagración del Estado Social y el efecto de las crisis económicas” en Alarcón, M.R. y Mirón, M.M. (coord.) *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, p. 24

²¹ Cruz Villalón, J. (2012) “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012” en *Revista de Derecho Social*, Nº 57.

41 sobre modificación (sustancial) de las condiciones de trabajo, sobre el cual tan sólo apuntar aquí que se elimina la autorización administrativa en caso de no acordarse con los representantes legales la modificación colectiva, exigiéndose para ésta – y no la modificación de carácter individual o plural – la apertura de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores²² no vinculante para la decisión final que tomará unilateralmente el empresario. La distinción entre la reforma del precepto del art. 41 y del art. 82 radica en que el descuelgue de las condiciones no económicas vía art. 41 no precisaba de acuerdo final, el art. 82 requería necesariamente el pacto colectivo.

El artículo 82 ET fue incorporado tal cual al actual del ET refundido en 1995,²³ y no es modificado hasta la reforma laboral de 2010, siendo sometido a seis reformas hasta la actualidad. Las de 2010, mediante Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ambos “de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, con importantes cambios en varios sentidos que a continuación se señalarán brevemente, habiéndose concluido por la doctrina que la regulación hecha de la inaplicación salarial y de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo son pretexto para “modificar de forma directa la estructura de la negociación colectiva y el juego de poder que ésta refleja en el conjunto de las relaciones laborales”,²⁴ con el resultado de una pérdida total de capacidad de control del convenio sectorial²⁵ y su reubicación a la negociación colectiva de empresa.²⁶ En primer lugar, se excluye la posibilidad de fijar reglas de inaplicación por medio del convenio sectorial, vinculándose el procedimiento al establecido en el 41.4 para la modificación del resto de condiciones no salariales. En segundo lugar, la resolución final en caso de desacuerdo en el seno de la empresa no recaerá más en la comisión

²² Si bien antes de la reforma de 1994 la jurisprudencia entendió que se excluía a las secciones sindicales de éste proceso, la STS de 29 junio 1995 (Rec. 1992/1994) afirmó que la Ley 11/1994 engloba “dentro de la representación legal tanto a la unitaria como a la sindical y, en concreto, para lo que aquí respecta en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, para la modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo”.

²³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁴ Baylos Grau, A. (2011) “Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio” en Baylos Grau, A. (coord.) *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Albacete: Bomarzo, p.232

²⁵ Cabeza Pereiro, J. (2011) “Una reflexión de fuentes, sobre la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en Baylos Grau, A. (coord.) *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Albacete: Bomarzo, p.65

²⁶ Mercader Uguina, J. (2010) “Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación colectiva de empresa”, en García Perrote, I. y Mercader, J. (dir.) *La reforma laboral 2010: Aspectos prácticos*, Valladolid, Lex Nova.

paritaria sino que se debe remitir entonces a los procedimientos de mediación establecidos al efecto por medio de convenios o acuerdos interprofesionales.²⁷ En tercer lugar, se amplía y especifica el concepto de situación negativa de la empresa (que antes lo establecían los convenios de sector) que justificara el descuelgue, aunque se vincula éste “a las posibilidades de mantenimiento del empleo”.²⁸ En cuarto lugar, y como consecuencia del abandono del convenio sectorial como centro de regulación del proceso de descuelgue, se concreta ahora legalmente el contenido del instrumento (“programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación”)²⁹ así como las condiciones para su cumplimiento (“en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia³⁰ del convenio ni, como máximo los tres años de duración”).

A pesar de estas modificaciones, Cabeza Pereiro afirma que es “difícil admitir que la Ley [35/2010] ha pretendido crear un ámbito de exclusión de la negociación colectiva. Las reglas de este precepto [art. 82.3 ET] no pueden interpretarse en modo alguno como excluyentes del convenio, sino que éste puede complementarlas”.³¹ Sin embargo, siendo el aspecto más importante por lo que ocupa a este trabajo, en 2010 se produce la gran reforma de legitimación para la negociación del descuelgue, en tanto que se reconoce que el acuerdo de inaplicación deberá firmarse entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa, o por las comisiones *ad-hoc* en caso de no haber representación legal. La reforma mediante el Decreto-Ley de junio sólo incluía, en el

²⁷ Inclusive, el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante.

²⁸ Las reformas de 2010 introdujeron la “presunción” de existencia de causa para la modificación de condiciones no salariales o para el descuelgue salarial cuando a la medida le precedía el acuerdo con los representantes de los trabajadores.

²⁹ Además, la Ley 35/2010 introdujo que “[e]l acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género”.

³⁰ Igual límite se establece para las modificaciones de condiciones no salariales establecidas en convenios colectivos estatutarios (artículo 41.6 segundo párrafo versión dada por el art. 5 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre)

³¹ Cabeza Pereiro, J. (2011) “Una reflexión de fuentes, sobre la Ley 35/2010, de 17 de septiembre” en Baylos Grau, A. (coord.) *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Albacete: Bomarzo; También, Sanguineti afirma que la función del descuelgue no es “dejar de aplicar la regulación de una o más materias prevista en el convenio aplicable a la empresa, sino reemplazarla por otra de origen igualmente colectivo, pero adoptada con posterioridad en el ámbito de la empresa”, ver Sanguineti Raymond, W. (2013) “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva” en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Albacete: Bomarzo

caso de ausencia de representación legal, la posibilidad de una comisión de carácter sindical integrada por un máximo de tres miembros, según su representatividad, designados por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que perteneciera la empresa. Sin embargo, es la segunda versión de la reforma, la Ley 35/2010, cuando se hace posible la comisión “directa” de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente,³² establecida en el 41.4 ET. Más adelante se valorará este tipo de representación, a fin de continuar con la descripción de la evolución del mecanismo.

La reforma de 2011 de la negociación colectiva (anunciada en la Disposición adicional vigésima primera de la Ley 35/2010) mediante Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, alteró enormemente nuestro marco jurídico legal: la estructura de la negociación colectiva, dando mayor importancia a los convenios colectivos sectoriales de carácter estatal o autonómico (art. 83); al establecer la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en la regulación de ciertas materias – salvo que el convenio colectivo de ámbito estatal o autonómico dispusiera lo contrario, siendo a su vez posible que incrementaran el número de materias en dónde rigiera dicha prioridad aplicativa – (art. 84 ET); el reforzamiento de los convenios colectivos autonómicos para afectar – salvo en algunas materias y salvo que no estuviera previsto lo contrario en los acuerdos interprofesionales– un convenio colectivo estatal (art. 84 ET); el contenido – incluido el plazo de preaviso y la duración para el inicio y el desarrollo de la negociación, y las funciones de la comisión paritaria – (art. 85); y nuevas reglas sobre la vigencia de los convenios – especialmente, sobre la intervención de un arbitraje de acuerdo con lo establecido en los acuerdos interprofesionales una vez agotados los plazos máximos que éstos establecieran – (art. 86 ET).

Sin embargo, el art. 82.3 ET no fue prácticamente modificado, salvo en dos aspectos: matizar la causa para el descuelgue y para “reintroducir” –no sólo en el art. 82 ET sino también en el 41 ET –, la comisión paritaria como órgano para solventar discrepancias antes de llegar a los órganos extrajudiciales. Ahora bien, Al remitirse al art. 87 para determinar los sujetos legitimados para negociar este descuelgue, las modificaciones introducidas en este artículo afectan a lo regulado en el descuelgue. Así, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, modifica por primera vez desde 1994 el precepto 87 ET para reforzar la posición de las secciones sindicales como representación

³² La cual, además, se podía constituir sin los requisitos de los artículos 77 y 80 ET si se acreditará la delegación de forma fehaciente. Baylos Grau, A. (2011) “Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio” en Baylos Grau, A. (coord.) *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Albacete: Bomarzo, p.237

preferente para negociar a nivel de empresa o ámbito inferior: “[/]a intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”. Paralelamente a esta modificación, también se introduce por primera vez la que podría asimilarse a la legitimación plena de las secciones sindicales en los procesos de negociación de la modificación de las demás materias no salariales de convenios colectivos regulados en el art. 41.4, en tanto que si bien antes sí estaba regulado los requisitos para que fueran la representación sindical la que adoptara el acuerdo³³ no quedaba claro cuando debían éstas tomar la iniciativa. Así, en la reforma de 2011 se establece que “[/]a intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”. Es decir, se introduce tanto en la regulación del descuelgue como en la modificación sustancial de condiciones de trabajo el mismo requisito de legitimación que, a su vez, es el de la legitimación para la negociación colectiva de convenios colectivos en el ámbito empresarial.

Es más, la voluntad del legislador plasmada en el preámbulo de la norma, es extender esa legitimación de las secciones sindicales a todos los procesos de negociación en la empresa, es decir, “se incluyen nuevas reglas de legitimación para la negociación de los convenios colectivos y para favorecer la flexibilidad interna negociada. Para ello, se modifican, por un lado, los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, y por otro, sus artículos 40, 41, 51 y 82.3 (...) [e]n cuanto a la legitimación para negociar convenios en representación de los trabajadores en los convenios de empresa, la redacción del nuevo artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores confirma la práctica actual, de manera que la negociación pueda ser desarrollada por las secciones sindicales. Regla que se aplica también en los supuestos de flexibilidad interna negociada”.

Tras el cambio de gobierno de finales de 2011 se produce el desarme completo de la negociación colectiva. Operadas mediante el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, con lo que se produce la “desestabilización” del marco jurídico del sistema de relaciones laborales existente hasta entonces.³⁴ Así, en

³³ El párrafo segundo del art. 41.4 ET establece desde la reforma de 1994 que “Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos”

³⁴ López López, J. (2013) " Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de OIT y comunitarias: la desestabilización por la reforma laboral (2012)", en Antonio Baylos Grau (coord.)

las reformas de 2012 se procede a:³⁵ eliminar la duración máxima establecida en la reforma 2011 sobre el inicio de negociaciones y de tiempo de renovación de convenio, así como contenidos obligatorios (art. 85 y 89); los acuerdos interprofesionales ya no pueden disponer de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, que además podrá ser negociado en cualquier momento de la vigencia de un convenio de ámbito superior (art. 84); se establece legalmente la posibilidad de revisión del contenido del convenio durante la vigencia así como la duración máxima de un año de la ultractividad,³⁶ salvo pacto en contrario (art. 86); etc.

Especialmente inciden las reformas de 2012 en la “reorganización” la regulación del “descuelgue” del régimen salarial y la modificación sustancial, a fin de unificar en un solo precepto, la inaplicación de un convenio colectivo.³⁷ Así, se extrae del art. 41 ET las modificaciones de condiciones no salariales de trabajo establecidas en convenios colectivos regulados en el Título III ET (es decir, dejando al art. 41 ET la modificación de aquellas condiciones reconocidas en contrato, pacto colectivo o disfrutadas por decisión unilateral del empresario), acumulándose éstas junto con el “sistema de remuneración y cuantía salarial” en el procedimiento del 82.3, es decir, la inaplicación de todas las condiciones de trabajo que puedan establecerse en aquél. Puede presumirse debido a este “intercambio”, que el legislador importó al art. 82 la definición de causas ETOP, cuando antes no se especificaban, e incorporó – aunque no existe correlación directa – la cuantía salarial como materia objeto de modificación sustancial. Especialmente importante es la intervención a petición de una sola de las partes, de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las comunidades autónomas, según supere o no el ámbito de una comunidad autónoma, cuando el periodo de consultas sobre la inaplicación del convenio finalice sin acuerdo y no fueran aplicables o no se hubiera solventado la discrepancia a través de la intervención de la Comisión Paritaria o los procedimientos

Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012, Albacete: Editorial Bomarzo

³⁵ Para un estudio a fondo, ver Garganté Petit, S. (2013) “La reforma de la negociació col·lectiva a la Llei 3/2012, de 6 de juliol: Eficàcia, estructura i vigència temporal dels convenis col·lectius estatutaris” ponencia presentada a las XXIV Jornades Catalanes de Dret Social, 21 y 22 febrero 2013 (disponible en <http://www.iuslabor.org>).

³⁶ López López, J. (2013) “Descuelgue del convenio colectivo y cambio de unidad aplicativa (2012): una interpretación acorde con el modelo constitucional”, *Relaciones Laborales*

³⁷ Valdes Dal-Ré afirma que la nueva regulación elaborada por el legislador de 2012 responde a una selección como reglas definidoras del nuevo régimen de inaplicación “aquellas que resultan las más favorable para asegurar a los empresario el logro de sus iniciativas de cambio *ante tempus* del contenido del convenio colectivo”, Valdés Dal-Ré, F. (2012) “La reforma de la negociación colectiva de 2012” en *Relaciones Laborales*, Nº 23

que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.

Por último, la reforma de 2013, mediante Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto,³⁸ introduce, entre otras cuestiones, nuevas reglas de legitimación para los procesos denominados de “flexibilidad interna” (art. 40, 41, 47, 51 y 82 ET) pivotando todos ellos en el art. 41.4 ET, el cual establece la mencionado criterio de afectación para la legitimidad de las secciones sindicales a fin de intervenir en los periodos de consultas. Además, sin ninguna consecuencia, en el 82.3 ET se reformula la remisión al art. 41.4 ET, suprimiéndose la referencia expresa a las comisiones *ad hoc*: “[l]a intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo”.

Por todo ello, la actual regulación hace posible que en caso de no cumplir la o las secciones sindicales el requisito de mayor representatividad en los centros de trabajo afectados por la medida por no existir representación legal, aunque si tuviera presencia mayoritaria en la empresa en su conjunto, la representación sindical puede ser sustituida por las comisiones *ad hoc* mencionadas anteriormente. Sin embargo, el doble juego del criterio de afectación motivando la posible exclusión de una representación sindical existente en la empresa y su sustitución por una representación *ad hoc*, puede producir lesión de la autonomía colectiva, como se tratará de explicar a continuación.

El doble juego del criterio de afectación y las comisiones ad hoc

Debemos partir de la consideración de las comisiones *ad hoc* como un tipo de representación al margen del tradicional doble canal de representación existente en nuestro ordenamiento laboral, esto es, la representación sindical y la representación unitaria.³⁹ Estos dos tipos de representaciones han sido y son las que pueden tener legitimidad para negociar convenios colectivos en el ámbito de empresa o inferior. En este sentido, se puede distinguir entre una capacidad inicial de negociación que afecta

³⁸ Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE núm. 185, de 3 de agosto de 2013, páginas 56592 a 56633)

³⁹ Sobre la doctrina del TC sobre la “doble garantía” o doble canal de representación, ver Galiana Moreno, J.M. (2005) “Negociación Colectiva” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 58, p. 302

a cada sujeto de forma individual (art. 87 ET) – siendo ésta a la que se remite el art. 82.3 ET–, y una capacidad colectiva cuando se constituye la comisión negociadora en relación al grado de representatividad (art. 88 ET).

Así, son sujetos con capacidad inicial para negociar por parte de los trabajadores tanto el órgano de representación unitaria de los trabajadores así como las secciones sindicales (art. 87.1 ET y art. 8.2 Ley Orgánica de Libertad Sindical)⁴⁰, mientras que, como es obvio, el empresario se convierte en el otro interlocutor (87.3 a) ET). La composición del banco social negociador – cuyo número de miembros está limitado a 13 – se realizará mediante un reparto proporcional a su representatividad (art. 88.1 ET) entre los representantes de los trabajadores que tengan capacidad inicial y quieran formar parte de la mesa negociadora, atendiendo a la composición de la representación unitaria si negociara ésta o al número de representantes en los órganos unitarios si negociaran varias secciones sindicales. La adopción del acuerdo, requerirá “el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones” (89.3 ET) para cumplir con el procedimiento establecido en el ET y, así, cobrar fuerza normativa.⁴¹

Como se puede ver, el requisito para que las secciones sindicales pueden negociar es el mismo en el art. 87.1 (“si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité”) y en el 41.4 ET excepto en lo referido al criterio de afectación (“cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados”). El efecto de delimitar en el 41.4 al ámbito de afectación de la medida (en este caso, de inaplicación) surte, en definitiva, el mismo efecto que requerir a las secciones sindicales la presencia en los órganos unitarios en una unidad de negociación de convenio colectivo inferior al de toda la empresa, es decir, si se negociara un convenio colectivo que afectara únicamente a unos centros de trabajo y no a toda la empresa, no existiendo en aquellos representación legal o no tuviera presencia mayoritaria en éstos las secciones sindicales.⁴²

⁴⁰ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985, páginas 25119 a 25123). La Ley de Libertad Sindical establece que podrán negociar convenios colectivos estatutarios las secciones sindicales de los sindicatos que ostenten mayor representatividad o tengan presencia en los órganos unitarios, y que sumen la mayoría de puestos en éstos.

⁴¹ El acuerdo final, según el art. 90 ET, deberá reflejarse por escrito y registrarse ante la autoridad laboral en un plazo de 15 días desde la firma.

⁴² Solans Latre, M.A. (2004) *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 110-111

Lo precedente concierne al régimen de legitimidad de negociación de convenios colectivos. Ahora bien, como se ha dicho, en 2010 se introduce la posibilidad de intervención de las comisiones *ad hoc* en los otros procesos de negociación regulados en el Título I (art. 40, 41, 47 y 51 ET) y en el de descuelgue salarial del 82.3 ET, en sus variantes sindicalizada o no sindicalizada vistas anteriormente. Podría argumentarse que este tipo de representación tiene cabida en nuestro sistema jurídico en tanto que encuentra validez en el art. 129.2 CE⁴³ (“[l]os poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”) así como en los derechos laborales reconocidos en el art. 4.1 g) ET (“Información, consulta y participación en la empresa”). Inclusive, en lo relativo al derecho a la negociación colectiva, la Constitución establece que “toda estructura organizativa, estable o espontánea, permanente o intermitente, interna o externa a la fábrica tiene reconocida capacidad de negociación colectiva”.⁴⁴

Sin embargo, es pertinente analizar la sustitución de las secciones sindicales mediante ésta fórmula representativa (la no sindicalizada o “directa”), en tanto que ello pudieran suponer una lesión del derecho de las secciones sindicales a la negociación colectiva como contenido de la libertad sindical (art. 8 LOLS). Efectivamente, este tipo de representación “directa” ha suscitado dudas acerca de la vulneración de los derechos de negociación colectiva, cuando participa en la negociación de una inaplicación de convenio, por la erosión de la eficacia de éste y de libertad sindical implícita.⁴⁵ Así, se ha argumentado que ésta puede constituir una fórmula de dar una apariencia formal a una decisión unilateral empresarial de inaplicación salarial,⁴⁶ y por ello se ha propuesto que la propia negociación colectiva regule la formación de estas comisiones “directas” estableciendo garantías para evitar injerencias del empresario así como su posterior protección frente a presiones y represalias.⁴⁷ En este sentido, este tipo de

⁴³ El art. 129.2 no impone ninguna forma concreta de participación, sino que esta debe ser desarrollada legalmente. Ver Galiana Moreno, J.M. y García Romero, B. (2003) “La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 43, pp. 13-30

⁴⁴ Valdés Dal-Ré, F. (1980) “Regulación constitucional de la negociación colectiva” en Rodríguez-Piñero, M. (coord.) *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid: Sociedad de Estudios Laborales, p.250

⁴⁵ López Gandía, J. (2010) “La reforma laboral de 2010 y la evolución del derecho del trabajo: otra vuelta de tuerca”, en *Revista de Derecho Social*, Nº 51, Julio 2010.

⁴⁶ Baylos Grau, A. (2011) “Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio” en Baylos Grau, A. (coord.) *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Albacete: Bomarzo, p.238

⁴⁷ Sanguineti Raymond, W. (2013) “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva” en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Albacete: Bomarzo

representación en los procesos de negociación de la denominada flexibilidad interna – que como ha reiterado la jurisprudencia es un proceso auténtico de negociación colectiva– puede debilitar la autonomía colectiva reconocida en el art. 37.1 CE. Como Baylos Grau afirma, “el espacio “natural” de la flexibilidad interna es el de la negociación colectiva”,⁴⁸ por lo que *a sensu contrario*, la regulación de la flexibilidad interna no puede imponer límites a la negociación colectiva, de tal forma que cualquier tipo de representación que enmascare lo que en verdad es una decisión unilateral del empresario, deviene contraria a ésta. Así, como afirma Galiana Moreno, “tanto la ley como el convenio comparten la finalidad esencial de sustraer al contrato de la libre y falaz autonomía de la voluntad de las partes proclamada por las doctrinas liberales para convertirse en fuentes externas de fijación de las condiciones de trabajo”⁴⁹ Es más, la autonomía colectiva de acuerdo con el art. 3.1 ET, debe tener un “espacio vital” garantizado.⁵⁰

Sin embargo, el acuerdo de inaplicación negociado por la representación “directa” ha sido respaldado por la doctrina jurisprudencial.⁵¹ A pesar de ello, la representación sindical por su posición jurídica tanto en el marco constitucional como en los tratados internacionales continúa disfrutando de una protección y un rol diferente respecto de las otras formas no sindicales. Así, de acuerdo con Rodríguez Piñero,⁵² la existencia en el marco jurídico español de negociación colectiva de un dualismo de representación de intereses de los trabajadores a nivel de empresa, no puede suponer una marginación de los sindicatos sino que debe producir una preferencia o superior rango de la representación sindical, en tanto “el reconocimiento constitucional de la defensa de los intereses del trabajo viene expresamente hecho a los sindicatos y si bien el artículo 37 del texto constitucional reconoce el derecho a la negociación colectiva genéricamente a los representantes de los trabajadores está claro que de admitirse representantes ajenos a los sindicatos éstos no gozarán de las garantías

⁴⁸ Baylos Grau, A. (2011) “Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio” en Baylos Grau, A. (coord.) *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Albacete: Bomarzo, p.231

⁴⁹ Galiana Moreno, J.M. (2007) “Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 68, pp.13-24

⁵⁰ Alarcón Caracuel, M.R. (1999) “Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: entre la consagración del Estado Social y el efecto de las crisis económicas” en Alarcón, M.R. y Mirón, M.M. (coord.) *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, p. 15

⁵¹ STSJ Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 319/2013, de 5 marzo

⁵² Rodríguez Piñero, M. (1980) “La libertad sindical en la Constitución” en Rodríguez-Piñero, M. (coord.) *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid: Sociedad de Estudios Laborales, p.112

previstas en los artículos 7 y 28”. En el mismo sentido, las decisiones del Comité de Libertad sindical⁵³ han resuelto los conflictos relacionados con la negociación colectiva con representantes no sindicales aun existiendo representación sindical. Así, en relación al art. 4 del convenio 98, el cual establece que los Estados ratificadores deberán adoptar medidas “para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”, el Comité de Libertad Sindical ha establecido que éste puede violarse si se preferencia la negociación colectiva con un representante no sindical (aun representando al 10% de trabajadores de la unidad de negociación) si también existen organizaciones de trabajadores. En relación al mismo principio, en interpretación de la Recomendación 91 sobre los contratos colectivos de 1951, el Comité ha afirmado que “[/]la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores”. Del mismo modo, según el Convenio 154, deben aprobarse medidas para “para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados”.

Por todo ello, la existencia de las comisiones *ad hoc* no sindicalizada no puede impedir la intervención de la representación sindical, como pasaba hasta la reforma de 2013, en tanto que esta forma representativa sólo intervenía cuando las secciones sindicales no tuvieran la mayoría representativa en los órganos unitarios a nivel de toda la empresa o bien cuando existiendo no ejercieran su derecho. Sin embargo, la modificación de 2013 introduce el mencionado criterio de afectación, mediante la remisión en bloque al art. 41.4 ET. Debido a ello, se puede producir que existiendo secciones sindicales que cumplan aquellos requisitos, quede excluida de la negociación y la sustituya la comisión *ad hoc* porque no existiera en el centro de trabajo afectado representación unitaria, constituyendo ello una vulneración del derecho de autonomía colectiva mencionado anteriormente.

⁵³ Ver Organización Internacional del Trabajo (2006) *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra

Conclusión

Se puede concluir, como ha afirmado Valdes Dal-ré,⁵⁴ que las últimas reformas suponen una exaltación de la función de adaptación de los instrumentos nacidos de la autonomía colectiva a las necesidades de la empresa. Sobre el régimen de descuelgue de las condiciones de trabajo del convenio colectivo, éste se configura hoy “como instrumento ordinario de gestión empresarial (...) con el simple pretexto de provocar efectos positivos sobre la marcha de la empresa”.⁵⁵

La reforma de 2010 de los procesos de negociación colectiva del Título I del ET (art. 40, 41, 47 y 51) y del art. 82.3 ET posibilitó que participaran las representaciones *ad hoc* cuando no existiera representación sindical en la empresa que ostentara la mayoría representativa en los órganos de representación unitaria de la empresa en su conjunto, aunque la medida de flexibilidad interna no afectara a todos los centros de trabajo de ésta. Por ello, no se producía una exclusión de la representación sindical porque ésta no tenía la legitimidad que se exigía (mayor representación).

Sin embargo, tras la reforma de 2013, al introducir el criterio de afectación de la medida empresarial como ámbito para delimitar la legitimación de intervención de los representantes de los trabajadores, es posible que una representación sindical existente, cumpliendo el requisito de mayor representatividad a nivel de empresa, no pudiera negociar y fuera sustituida por la representación *ad hoc* formada directamente por trabajadores, cuando la medida afectara sólo un centro dónde no existiera un órgano de representación unitaria. Este efecto de exclusión de una representación sindical por la otra no sindical, es contraria al modelo constitucional y los tratados internacionales que reconocen el derecho a la negociación colectiva y de libertad sindical.

Ello se podría evitar mediante una interpretación sistemática, diferenciando el proceso de negociación de inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo estatutario del resto de los procesos de negociación, a fin de impedir la sustitución de la representación sindical por la intervención de las comisiones *ad hoc*. En primer lugar, porque el 82.3 ET se encuentra en el Título III y no en el Título I, como el resto de procesos de negociación. En segundo lugar, porque el proceso de

⁵⁴ Valdés Dal-re, F. (2012) “La reforma de la negociación colectiva de 2012” en *Relaciones Laborales*, Nº 23

⁵⁵ Goñi Sein, J.L., (2013) “Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada” en *Revista Doctrinal Aranzadi social*, Nº 9

negociación de inaplicación versa sobre la afectación de un convenio colectivo de eficacia normativa, siendo razonable que los sujetos firmantes del acuerdo de inaplicación cumplieran un cierto grado de legitimidad en correspondencia con el art. 87.1 ET y no con el art. 41.4 ET, en tanto que lo que se está alternado es la fuerza vinculante de aquél. Y en tercer lugar, porque la eficacia normativa de un convenio colectivo que nace de la reforzada autonomía colectiva que inspira el Título III no debe poder ser sustituido por otro acuerdo que, si bien también tiene eficacia normativa,⁵⁶ haya sido negociada por unos sujetos con ningún grado de protección o estabilidad.

⁵⁶ Así, se afirma que los acuerdos de inaplicación son “modificaciones de reglas de carácter normativo de ese convenio anterior, por lo que resulta difícil aceptar que tales modificaciones sean llevadas a cabo por un instrumento al que no se le reconozca el mismo carácter normativo que posee el convenio al que parcialmente desplaza, aún cuando su eficacia personal, por razones obvias, se circunscriba a un ámbito más limitado” ver Galiana Moreno, J.M. (2005) “Negociación Colectiva” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 58, p. 308; La doctrina judicial también ha avalado esta postura (STSJ País Vasco 25 octubre 2005, rec. 1842/2005).