

*María Sepúlveda**

La estructura sectorial de la negociación colectiva: problemas sin resolver

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ESTRUCTURA SECTORIAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
- III. LA VIGENTE ESTRUCTURA SECTORIAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN ESQUEMA OBSOLETO ANTE NUEVAS SITUACIONES EMERGENTES—III.1. *Los convenios franja supraempresariales*—III.2. *El convenio colectivo aplicable en las nuevas formas de organización empresarial: Las contratas de obras o servicios*—III.3. *Las empresas multiservicios: Nuevas actividades*
- IV. POSIBLES SOLUCIONES—1. *Bibliografía*—2. *Abreviaturas*

I. INTRODUCCIÓN

Es comúnmente admitido por la doctrina que la regulación convencional de condiciones de trabajo es una exigencia derivada de la Constitución que, acorde con el carácter de Estado social y democrático de Derecho, establece un sistema de participación de los trabajadores, a través de sus asociaciones específicas de autotutela de intereses, para configurar las condiciones de prestación del trabajo asalariado. Así, los arts. 7, 28 y 37 de la Constitución constituyen la base de la participación sindical en la determinación de condiciones de trabajo, y exigen que estas condiciones generales de prestación del trabajo se fijen de manera pactada entre los interlocutores sociales, expulsando de la legalidad constitucional aquellas conductas unilaterales de los empresarios que vengan a fijar sin intervención de los representantes de los trabajadores, condiciones generales de trabajo¹.

Estas previsiones constitucionales han venido a ser desarrolladas, en cuanto a la materia concreta de negociación colectiva se refiere, por el Título III del Estatuto de los Trabajadores –Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET– que regula los requisitos y procedimiento para la válida negociación de convenios colectivos de eficacia general, en los que se van a plasmar las condiciones de trabajo de una colectividad de trabajadores, producto de la negociación entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios –art. 82.2, 3.1.c) y 4.1.c) del ET–. El Título III se constituye por tanto en desarrollo del texto constitucional en cuanto a la negociación colectiva.

Sigue siendo discutido por la doctrina el hecho de si la regulación que hace el ET del derecho a la negociación colectiva, agota todo el posible desarrollo

¹ Llegando incluso el TC a afirmar que la determinación colectiva de condiciones de trabajo tiene que ser necesariamente fijada mediante negociación colectiva, constituyendo por tanto violación de la libertad sindical la determinación unilateral de las mismas por parte del empresario en supuestos de terminación de la negociación sin acuerdo. Vid. STC 107/2000, de 5 de mayo, y el comentario que a la misma hace A. BAYLOS GRAU en «Sobre la decisión unilateral del empresario sustitutiva de la negociación colectiva» *RDS* núm. 10, pgs. 131 y ss. Existen varias sentencias más del TC en este sentido, por ejemplo la 225/2001, de 26 de noviembre, en la que el alto Tribunal considera que «... con la alteración producida en este caso se ha ocasionado un menoscabo en la posición institucional del sindicato, en su derecho a participar en la regulación de condiciones de trabajo, así como en su modificación o renegociación...» (F. 7º). Un análisis de la doctrina del TC respecto de la fijación de condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva lo hace, entre otros, CAVAS MARTÍNEZ, F. en «Contratación plural de condiciones de trabajo y autonomía colectiva: ¿Antisindicalidad o normalidad en la articulación entre las fuentes jurídico-laborales?», *Aranzadi Social*, núm. 4, mayo 2002.

del art. 37.1 de la Constitución o, por el contrario, caben otras posibles y distintas formas de negociación colectiva al margen de la regulación contenida en el Título III del ET. Se mantenga una u otra postura, la realidad es que en la práctica existen acuerdos colectivos –denominados convenios extraestatutarios– celebrados al margen de las previsiones estatutarias, que se consideran como fuente de la relación laboral, con efectos distintos a los del convenio colectivo porque no se regulan por el Estatuto de los Trabajadores –es decir, con eficacia contractual y no normativa– pero con fuerza de obligar a los sujetos sometidos a su ámbito de aplicación, por exigencias de las previsiones constitucionales que regulan la fuerza vinculante de los convenios, que a estos efectos son entendidos como una realidad multiforme de la que el Estatuto de los Trabajadores recoge una parte, pero no toda². Por ello, los denominados convenios colectivos extraestatutarios se consideran, por algunos autores, igualmente realizados dentro de las previsiones del art. 37 de la Constitución, y válidos pese a no acogerse a las previsiones estatutarias³.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el convenio colectivo es el instrumento colectivo articulado por el legislador, que goza de fuerza vinculante según la Constitución, y eficacia general según el ET. Esta eficacia general ha sido entendida en el sentido de que el convenio colectivo estatutario se aplica a todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación. Por ello, el estudio de los ámbitos de aplicación del convenio colectivo resulta esencial a efectos de contemplar la eficacia y el universo regulado por aquél.

Obviando el ámbito espacial o territorial y el ámbito personal, que también deben fijar los convenios colectivos, una característica adicional de éstos, en sintonía con la tónica general de regulación de condiciones de trabajo que siempre ha tenido un carácter parcial⁴, es que normalmente los convenios colectivos no se aplican a todos los trabajadores de un determinado territorio, no es la población asalariada en general, sino la perteneciente a un determinado grupo, que se viene a delimitar en el propio convenio colectivo a través del ámbito funcional que en el mismo se establezca por los sujetos negociadores. Aunque existen teóricamente varias maneras de determinarse

² «... es claro que la identificación de la negociación colectiva con los convenios es cada vez más errónea supone confundir una parte –por cualificada e importante que ella sea– con un todo mucho más rico y heterogéneo» según dice R. ESCUDERO RODRÍGUEZ en sus reflexiones preliminares a «La negociación colectiva en España: una visión cualitativa», Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Tirant lo Blanch, 2004, pg. 38. También SALA FRANCO, T. considera que «... el precepto constitucional ha sido desarrollado parcialmente –“la virtualidad del precepto constitucional no se agota con esta ley”– por el Título III del ET» en *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2001, pg. 313.

³ Aunque hay autores que sostienen que el hecho de estar producidos al margen del Estatuto de los Trabajadores no los convierte en ilegales, sino simplemente en ilegales. Vid. R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los convenios colectivos irregulares*, CES, 1998.

⁴ Vid. J. GARCÍA MURCIA, *La reglamentación sectorial del trabajo*. Civitas, 2001, especialmente pgs. 15-18.

ese grupo, entre nosotros, el aspecto a tener en cuenta para determinar dicho ámbito funcional es la actividad a que se dedican las empresas en que prestan sus servicios los trabajadores afectados por el convenio, aunque éste no ha sido en exclusiva ni principalmente el criterio aplicado en épocas anteriores, y no es en exclusiva el que se aplica en otros ordenamientos jurídicos. En efecto, tanto la organización de los sindicatos y patronales que intervienen en la negociación colectiva de ámbito superior a la empresa, como el producto de las negociaciones de estos sujetos, tienen en el sector de actividad su referencia de aplicabilidad⁵. El criterio determinante del ámbito funcional del convenio colectivo supraempresarial es la actividad a que se dedican las empresas⁶ –o sector de actividad al que pertenecen– no el tipo de actividad que prestan los trabajadores afectados, y ello es admitido generalmente como algo obvio y natural, indiscutido⁷.

Esta referencia a la actividad de las empresas como determinante del ámbito de aplicación personal del convenio colectivo era una exigencia acorde con la situación en tiempos en que la empresa industrial era la preferente en las economías de mercado. A través de la negociación colectiva sectorial se establecían condiciones económicas –en cuanto a los costes del factor trabajo– comunes para todas las empresas de una misma actividad o industria. En tiempos de la Dictadura militar española (1936 a 1975), ésta era la función principal de los convenios colectivos, según se exponía por la doctrina de la época⁸. La función de ordenación y dirección económica de las actividades empresariales imponía este tipo de convenios colectivos que, por otro lado, eran similares a los existentes en otros ámbitos espaciales distintos. Aún hoy, se considera por la doctrina especializada que una de las funciones consustanciales que ha de cumplir la negociación colectiva de ámbito sectorial es «establecer unos estándares mínimos de obligada aceptación por parte de todas las empresas encuadradas en un determinado sector que ordene las reglas de juego y evite la competencia desleal o el llamado *dumping* social entre ellas»⁹. Por ello, los convenios colectivos cuyo ámbito fuese

⁵ Y ello pese a que en cuanto a la manera de acotar la población sometida al convenio colectivo no se cuenta con ninguna norma específica de aplicación al respecto.

⁶ Según J. GARCÍA VIÑA, en «El ámbito del convenio colectivo ¿Cuáles son sus límites según la jurisprudencia?», *REDT*, núm. 120, nov./dic. 2003, «Este criterio de actividad, como finalidad técnico-productiva de la empresa, se impone sobre los oficios o profesiones, salvo en el caso del convenio franja».

⁷ Así, por ejemplo, E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, en «La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes», *REDT* núm. 103, enero/feb., 2001, pone como ejemplos de convenios colectivos que pueden darse en la realidad los de empresa, de franja, de sector o rama, especificando que «En los convenios de sector o rama, se establece su ámbito de aplicación, aplicándose a las empresas pertenecientes a un mismo sector de actividad».

⁸ Vid., por ejemplo, *La organización sindical española*, Centro de Estudios Sindicales, Madrid, 1957, pg. 53: la función de la organización Nacional-sindicalista es «la implantación de un Estado sindicalista que garantice la producción nacional en todas las industrias y actividades...».

⁹ Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, en sus «Reflexiones preliminares» a *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, cit. pg. 30.

una determinada profesión u oficio no tenían cabida dentro del sistema, porque al configurarse *ex lege* las unidades de negociación «el criterio básico utilizado por nuestro legislador es el de la verticalidad: no son posibles entre nosotros unidades de oficio, sólo son permitidas unidades de actividad»¹⁰. No la tenían en España por exigencias legales, y no la tenían en otras latitudes por exigencias económicas¹¹. Pero ello no significa que no existieran¹².

En una época de expansión industrial, dominada por empresas tendentes a poseer el máximo volumen posible de negocio y dimensiones, con mercados estables y en expansión, que consiguen la reducción de costes mediante la producción a gran escala, la regulación de relaciones de trabajo basadas en la pertenencia a una determinada actividad es posible¹³. Pero cuando cambian las circunstancias en que se desarrolla el sistema económico, en cuyas relaciones de trabajo se vienen a aplicar los convenios colectivos, el esquema

¹⁰ Según M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, en «La unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo», *RPS*, núm. 84, oct./dic. 1969.

¹¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, siguiendo la doctrina norteamericana, distinguía en 1969 dos tipos de unidades de negociación, la horizontal o *craft unit*, que es la que toma por base para fijar la unidad, el oficio o tarea concreta realizada por el trabajador, prescindiendo de la empresa en la que se realiza, y la vertical o industrial *unit*, que es la que toma en cuenta la empresa o rama de actividad en que los trabajadores realizan sus prestaciones laborales, con independencia de la naturaleza concreta de sus tareas, y afirma el autor citado que «La evolución del sindicato y, consecuentemente, la de la negociación colectiva, ha caminado sistemáticamente en todos los países de la horizontalidad a la verticalidad, entendidos en el sentido técnico antes expresado»... «Hoy es un hecho, subrayado por la sociología del trabajo, que el trabajador está más afecto y ligado a la empresa y rama en la que trabaja que a su oficio o especialidad personal». Vid. «La unidad de negociación...» cit.

¹² Vid., a estos efectos, M. K. CHADLER, «Las negociaciones colectivas en los Sindicatos de Gremios», en J. T. DUNLOP, *Las negociaciones colectivas*, Ediciones Marymar, Buenos Aires, 1971, pgs. 67 y ss.

¹³ Aunque esto hay que entenderlo de manera relativa; la negociación colectiva del sector, aunque se conoce en otros países, no tiene la misma incidencia que en el nuestro. Así, O. KANH-FREUND, en *Trabajo y Derecho*, MTSS, 1987, nos cuenta que en Gran Bretaña, los convenios «de ámbito regional o local establecen por lo general condiciones mínimas y no condiciones standard»... «En los EE UU, predominan los convenios de empresa o ámbito inferior. Conforme pasa el tiempo, en Inglaterra se ven cada vez con más claridad las grandes ventajas del sistema americano de negociación o, mejor quizás, se ve cada vez con más claridad lo beneficioso que sería para nuestro sistema de relaciones laborales que se le inyectase una amplia dosis del método americano, sin prescindir por ello de la negociación de ámbito sectorial cuando se considera más adecuado» pg. 130. En el mismo sentido, E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, en «La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes», cit., refiriéndose a los convenios de empresa o centro de trabajo, dice que «Su elección como ámbito de negociación suele ser mayoritario, por no decir exclusivo en los sistemas anglosajones de negociación, caracterizándose también por su exclusividad en la ordenación de las relaciones de trabajo en la empresa», aunque por otro lado, «El nivel sectorial ejemplifica el marco de negociación más relevante por el número de trabajadores afectados en la tradicional experiencia contractual eurocontinental».

convencional basado en la actividad a la que se dedica la empresa empieza a producir fricciones y desajustes¹⁴.

En efecto, si entendemos la actividad de la empresa como una referencia al producto terminado que ésta ofrece al mercado –que es la base de la estructura de regulación sectorial de las Ordenanzas de trabajo, heredada por la negociación colectiva actual– resulta que actualmente existen multitud de empresas que no ofrecen producto alguno al mercado, porque su actividad consiste en prestar servicios a otras empresas que son las que ofrecen productos al mercado. Es decir, las empresas de servicios se integran en la organización productiva de otra empresa, y producen una parte, o una fase, del producto realizado por la empresa que recibe el servicio. De esta manera, una misma empresa puede tener subcontratadas partes de sus actividades en varias empresas subcontratistas, con lo que los convenios colectivos aplicables en esa organización productiva pueden ser varios, tantos como empresas participen en el proceso productivo, siempre que la actividad de cada empresa sea distinta y acogida a un convenio sectorial diferente; pero, y siguiendo el mismo argumento, si la actividad que subcontrata la empresa principal se inserta dentro de su actividad principal, puede darse la situación contraria: una misma empresa que presta servicios a otras empresas puede tener contratos que le permitan participar en la organización productiva de varias empresas, dedicadas cada una de ellas a la fabricación de un producto distinto, y por tanto, acogidas a convenios colectivos diferentes.

Y ello porque, a veces, la actividad que presta la empresa contratista a la principal se constituye en una actividad propia, y así tiene regulación convencional propia, por ejemplo el servicio de limpieza o de seguridad privada, porque aparecen sectores nuevos, que son estas actividades prestadas a otras empresas. Pero otras veces, no hay convenio colectivo aplicable para la actividad que se subcontrata, y siendo así que la empresa contratista es distinta de la principal, el convenio aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas es distinto al convenio de empresa de la empresa principal; y aún cabe la posibilidad teórica de que la actividad subcontratada sea una parte de la actividad principal de la empresa contratante, con lo que el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la contratista es el mismo que existe en la empresa principal. Naturalmente, nos referimos a convenios sectoriales, no a los convenios de empresa.

En estas circunstancias, el empresario principal tiene la facultad de escoger, entre varios, el convenio aplicable a los trabajadores de cada una de las

¹⁴ Como dice E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, en «La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes», cit.: «Los criterios tradicionales utilizados con anterioridad, y a los que críticamente nos acogemos, responden a una fase donde se producía tanto una supremacía de la industria manufacturera, como una forma centralizada de la organización productiva, situaciones ambas que hoy no son las que más perfectamente responden a la realidad de las economías modernas, razones que podrían permitirnos hacer objeciones en cuanto a su idoneidad como método de diferenciación».

partes en que se puede dividir su proceso productivo, a través de su libertad de decisión en cuanto a realizar la actividad con personal propio, o mediante contratas, y en este caso, con qué tipo de contratas. Esto puede dar lugar a que la aplicación de los distintos convenios no sólo dependa del ámbito de aplicación que han fijado sus negociadores, sino también de la opción que haga la empresa principal respecto a realizar parte de su actividad –principal o accesoria– a través de contratas: aunque los sindicatos y asociaciones empresariales regulen condiciones de trabajo generales para un sector de actividad a través de convenios colectivos sectoriales, no tienen el poder de decidir qué convenio colectivo se le va a aplicar a un grupo concreto de trabajadores que se encuentre en alguna de las situaciones descritas antes. Este grupo será regulado por el convenio que decida el empresario que dirige la empresa principal, a través de la decisión de si los tiene en su nómina, o los subcontrata a través de una empresa intermedia cuya actividad, y no la de la principal, determinará el convenio aplicable a estos trabajadores. Así, para los sujetos negociadores el derecho de negociación colectiva pasa a ser un derecho a participar en la producción de normas generales, pero no un derecho a fijar las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados.

Éstos son, entendemos, algunos de los problemas fundamentales que plantea la actual situación en materia de negociación colectiva. La legislación en la materia fue diseñada en unas circunstancias económicas y sociales muy diferentes de las actuales, y los operadores sociales están teniendo que aplicar en la actualidad una legislación que deja muchos problemas sin resolver. Los Tribunales tienen que colmar estas lagunas, pero faltos de un diseño moderno de la estructura de negociación colectiva acompasado a las nuevas situaciones, las soluciones que ofrecen pueden ser cauces para solucionar estas ambigüedades, o pueden ser incongruencias que resolviendo un caso tal vez con equidad, dejan a la vista las insuficiencias del actual sistema de negociación colectiva.

En lo que sigue intentaremos buscar las causas del actual sistema de negociación colectiva y de sus incongruencias, donde éstas existan, para evidenciar que dicho modelo ha quedado en gran parte desfasado, por no haber evolucionado en consonancia con el actual contexto económico y social. Para ello es necesario hacer una retrospectiva histórica sobre los antecedentes de la institución, ya que esto es lo que va a poner de manifiesto el desfase de un sistema articulado en otras épocas, bajo otras circunstancias distintas a las actuales, pero que se sigue aplicando en la actualidad. En coherencia con este planteamiento, y sin ánimo de exhaustividad, expondremos, en segundo lugar, algunos de los principales problemas que actualmente no encuentran solución por tratarse de situaciones nuevas que no estaban previstas cuando se diseñó la vigente estructura sectorial de la negociación colectiva. A modo de colofón, terminaremos este trabajo haciendo una propuesta de solución a los problemas planteados, aclarando que la solución propuesta es parcial, porque parcial ha sido también el tratamiento de la materia, es decir, no podemos pretender que con dicha propuesta queden

solucionados todos los problemas que afectan a la estructura de la negociación colectiva. Ello necesitaría un estudio completo tanto de ésta, como de las nuevas circunstancias económicas y sociales imperantes, y de las nuevas necesidades que plantean.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ESTRUCTURA SECTORIAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El excurso de los antecedentes históricos es algo necesario para comprender cualquier institución jurídica, pero más cuando se trata de la regulación de la negociación colectiva, porque el actual diseño legal de los convenios colectivos es tributario, en amplia medida, de anteriores regulaciones que han dejado su impronta en la actual, configurando una especie de puzle que sólo a través de los antecedentes históricos puede tener comprensión. Como ha dicho la doctrina, refiriéndose a los antecedentes de la actual regulación de la negociación colectiva «... los factores históricos poseen una notable incidencia sobre la configuración de la actual estructura. Al menos por lo que se refiere a la estructura negocial en España, ésta no puede explicarse simplemente en atención al modelo negocial del ET y al sistema constitucional vigente, pues la misma es deudora de tiempos pretéritos; se ha ido conformando a partir de las Bases de Trabajo de la II República y perpetúa en gran medida unidades negociales creadas durante el período franquista»¹⁵. Por tanto, el conocimiento de los antecedentes históricos entendemos que es esencial para comprender la actual estructura de la negociación colectiva, y los problemas que plantea.

Sin ánimo de exhaustividad, y señalando sólo los datos que se consideran necesarios para aproximarnos a los elementos que han ido configurando la actual estructura de la negociación colectiva¹⁶, podemos afirmar que la

¹⁵ Según J. CRUZ VILLALÓN, P. RODRÍGUEZ RAMOS y R. GÓMEZ GORDILLO en sus comentarios al ET *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, 2003. En el mismo sentido, M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, en «Estructura del Estado y ámbito territorial de la negociación colectiva», en AA DD, *La negociación colectiva en el escenario del año 2000, XII Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de convenios Colectivos, MTAS 1999, pg. 322, considera que la actual estructura negocial española es «en buena parte como resultado de la tradición, y de la reiteración de los ámbitos en que tradicionalmente se realizaba la ordenación sectorial de las condiciones de trabajo —en Ordenanzas o en Convenios—...». Coincido con la opinión de los autores, sin perjuicio de que personalmente considero que los antecedentes de la estructura de la negociación colectiva no han de buscarse en las Bases de Trabajo de la II República española ni en las Ordenanzas laborales, sino en la estructura corporativa de Primo de Rivera, de la que aquéllas eran tributarias.

¹⁶ Ya que «... resulta a veces difícil comprender la auténtica dimensión y el profundo significado de la negociación colectiva laboral si no se tiene en cuenta ésta desde una mínima perspectiva histórica», como dice S. DEL REY GUANTER, en «Transformación del sistema de negociación colectiva y “refundación” de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en M. R. ALARCÓN/S. DEL REY COORDS., *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, 1995, pg. 12.

negociación colectiva es el instrumento que los primeros sindicatos surgidos a consecuencia de la revolución liberal, usaron para conservar los privilegios y condiciones de vida y trabajo de que gozaban en tiempos de los gremios, y que aquella misma revolución había anulado¹⁷. Los trabajadores agremiados que pierden la estructura normativa y política que sustentaba los gremios, intentan mantener las mismas condiciones de trabajo y vida¹⁸, o al menos las máximas posibles, a través de los nuevos instrumentos que el nuevo orden político liberal les permite, que son los acuerdos con los empresarios. Es decir, intentan evitar la aplicación de la libertad de contratación individual del Derecho liberal, de manera que la fijación de las condiciones de trabajo no se haga a través del pacto individual entre empresario y trabajador, sino por la negociación entre el empresario y la organización de trabajadores como sujeto colectivo, aunque en aquellos primeros momentos dicha negociación más bien consistía en la aceptación, o no, por el empresario de las condiciones de trabajo exigidas por la organización de trabajadores¹⁹.

¹⁷ A. OJEDA AVILÉS considera que «... los convenios colectivos nacieron en el siglo XVII en Reino Unido entre el gremio de sombrereros de Londres...» en «Los convenios de franja sectoriales», *AL*, 2000/LIV. Sin embargo, el relato de la situación a que se refiere este autor, recogido en las pgs. 45 a 47 de *Historia del sindicalismo, 1666-1920*, de Sidney y Beatrice WEBB, MTSS, 1990, más parece una lucha ante instituciones públicas judiciales y administrativas, que un convenio colectivo. Por ello, y teniendo en cuenta que estos hechos ocurrieron en unas circunstancias de tiempo y espacio distintas, y que las relaciones colectivas de trabajo están impregnadas de particularidades localistas, entendemos, con J. CASTÁN TOBEÑAS, que «... hay que evitar que el cultivo del Derecho comparado se traduzca en importaciones desmedidas e injustificadas de ideas y técnicas extrañas...», «Un adecuado empleo del método comparativo requiere utilizar, aparte de los datos que proporciona la Historia del Derecho y el Derecho positivo vigente, muchas más cosas», en *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, Instituto Editorial Reus, 1957 pgs. 107 y 109.

¹⁸ Vid. PRAT DE LA RIBA, *Los jurados mixtos para dirimir las diferencias entre patronos y obreros y para prevenir o remediar las huelgas*. Imprenta del Asilo de huérfanos del S. C. de J., Madrid, 1901, pg. 26: «Recorriendo los motivos de muchos conflictos, se observa una tendencia en esto a limitar, como en los antiguos reglamentos, el número de aprendices, a prohibir a las mujeres determinadas funciones industriales apreciadas como privativas del hombre, y a privar al patrono, y esta exigencia es gravísima y trascendental, de despedir a los obreros sin autorización de la junta sindical de los mismos». En el mismo sentido, vid. *La libertad Sindical. Estudio internacional*, Publicaciones de la OIT, M. AGUILAR EDITOR, Madrid, 1929, pg. 20, donde se refiere a que la mayoría de las asociaciones obreras «solían volver la vista atrás, deseando la restauración del antiguo sistema corporativo que había abolido la Revolución». Al trabajador manual de la época liberal, «tan pequeño, la herencia del régimen corporativo le parecía demasiado grande para no luchar e impedir que la caída de las corporaciones le enterrara de golpe. Además, para no seguir como un corcho flotando en alta mar, tenía que agarrarse a algo», en palabras de U. ROMAGNOLI, *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, CES, 1997, pg. 42.

¹⁹ En este sentido véase M. R. ALARCÓN, «La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos», en *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995. El citado autor, en pg. 53, al referirse al origen de la autonomía colectiva dice que: «... la llamada “autonomía colectiva” es, primigeniamente, un fenómeno de “heteronomía colectiva” en relación con la autonomía individual del empresario, es decir, una imposición “desde fuera” que constriñe su voluntad contractual pri-

Conviene recordar, no obstante, que los primeros sindicatos que aparecen eran de oficio, es decir, estaban formados por los trabajadores cualificados que antes estaban situados en las escalas superiores de los gremios²⁰. Lo que pretenden estos primeros sindicatos es el mantenimiento de las condiciones de vida y trabajo de aquellos trabajadores que han aprendido un oficio, y viven del mismo. Así, los primeros convenios colectivos tienen un ámbito de aplicación determinado por el oficio a que se dedican los trabajadores afectados, porque el convenio era el instrumento legal que estos trabajadores cualificados usaron para impedir la competencia a la baja de costes laborales, que repercutía en su calidad de vida. Y ello no sólo porque quien tuvo la iniciativa de los convenios colectivos y los usó para sus intereses fueron los trabajadores ex-agremiados, cualificados en todo caso, sino también, y principalmente, porque al principio de la era liberal, la actividad de la empresa coincidía con la actividad del trabajador. Las empresas no disponían de grandes dimensiones, y su actividad productiva venía a ser exclusivamente lo que manufacturaban los trabajadores en una organización productiva cercana a la que antes se desarrollaba en el pequeño taller agremiado. Las primeras empresas capitalistas sólo adoptaron forma jurídica capitalista para producir lo mismo que antes se producía en los gremios, y la falta de maquinaria y capitalización hacía que no existiera una gran complejidad en la organización empresarial, ya que la producción seguía en manos de los únicos que sabían hacerla: los trabajadores cualificados.

Fue la aparición de la maquinaria, y la división del trabajo producida por la generalización de su uso, lo que hizo que se separase la actividad de la empresa y la actividad del trabajador. El trabajador cualificado que realizaba la totalidad de las fases necesarias para producir, fue sustituido por una serie de trabajadores no cualificados, que manejaban máquinas, y que ninguno de ellos producía el producto final, sino sólo una parte del mismo, de manera que era el conjunto organizado de todos los trabajadores los que producían el producto final, y no cada uno de ellos²¹. Esto hizo que la actividad del trabajador individual dejase de ser determinante²², ya que la activi-

vada en relación con cada uno de sus trabajadores, imposición realizada por el "colectivo" de esos mismos trabajadores...».

²⁰ Dice H. PHELPS BROWN en *Los orígenes del poder sindical*, MTSS, 1990, pg. 52, que «El artesano que quería esmerarse en su trabajo y vender sus productos perfectamente acabados a precios considerables se veía acosado por la competencia de intrusos que abarataban los precios de este tipo de productos y le obligaban a bajar su nivel de calidad. La invención de máquinas amenazó con privarle totalmente de su sustento. Su reacción para tratar de preservar su independencia fue crear sindicatos».

²¹ Vid. a estos efectos, M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, 4ª edición. Madrid, 1981, pgs. 229 y ss. Igualmente, U. ROMAGNOLI, *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, cit.

²² Este resultado indirecto de la aparición de la maquinaria, consistente en la división del trabajo y la reducción del trabajador a una sola fase del mismo con la consiguiente sustituidad de cada trabajador concreto alcanzará su punto más álgido a finales del siglo XIX con las teorías de F. W. TAYLOR y lo que fue llamado «la organización científica del trabajo», que pretende la expropiación de todos los conocimientos tradicionales que en el pasado han poseído los trabajadores, masa de conocimientos que constituye el

dad industrial era desarrollada por el conjunto de los trabajadores organizados en la empresa. Así, el elemento clave diferenciador de actividades dejó de ser el oficio o la actividad del trabajador cualificado, para ser, en adelante, la actividad desarrollada por la empresa.

Cuando la utilización masiva de maquinaria produjo la descualificación generalizada de los puestos de trabajo, aparecieron en escena unos nuevos sindicatos, distintos, formados por estos nuevos trabajadores no cualificados, o en todo caso no constituidos por trabajadores dedicados a un oficio en exclusiva. Estos nuevos sindicatos actuaban teniendo en cuenta a la población asalariada en general, no por su pertenencia a un oficio concreto. Por ello, su actividad sindical se dirigía preferentemente, en general, a objetivos distintos de los de firmar acuerdos de condiciones de trabajo. Los dos tipos de sindicatos —los de oficios y los generales o de clase— coexistieron, dando lugar a actuaciones sindicales distintas.

La actitud agresiva de los sindicatos de clase, influidos por los escritos de Marx y Engels, hacia el sistema político en general, junto con determinados hechos concretos que pusieron de manifiesto que aquéllos podían ser un peligro para éste²³, propició que el Estado adoptase determinadas medidas para pacificar la llamada «cuestión social». Las medidas represivas pronto pusieron de manifiesto su ineficacia²⁴, por lo que se decidió actuar de otro

activo o posesión principal de cada trabajador, y de los que se apropiará la empresa para reelaborarlos y ofrecer un método de trabajo organizado por ésta, que aparecerá como la única manera científica de organizar el trabajo. Vid. J. J. CASTILLO, «El taylorismo hoy: ¿arqueología industrial?», en AA DD *Las nuevas formas de organización del trabajo. Viejos retos de nuestro tiempo*, MTSS, 2ª edición, 1991, pgs. 54 y ss.

²³ «Desgraciadamente las antiguas agrupaciones de oficios fueron barridas por la oleada de individualismo, y en vez de organizaciones profesionales se crearon sociedades cuya finalidad era preparar los conflictos y triunfar en ellos. Sobre el ideal del oficio se sentó el espíritu de clase, cristalizado en la lucha sin fin y en la huelga, con quebranto profundo para el bien colectivo. Las huelgas eran la batalla en el campo de la producción, y en ellas culminaban los afanes de las sociedades de resistencia», según E. AUNÓS PÉREZ, *Las corporaciones de trabajo en el Estado moderno*, Juan ORTIZ, Editor, 1928, pg. 31. El mismo autor, en *Estudios de Derecho corporativo*, Editorial Reus, 1930, pg. 6, afirma que «Esta política sindical, fundada en la absorción de la personalidad individual por la del grupo, presentó caracteres de suma gravedad cuando las Asociaciones se convirtieron en elementos políticos, entrando el sindicalismo en su última fase en que, aliados más o menos directamente con los elementos libertarios, pretendió imponer su disciplina en los talleres y en las fábricas, transformando a las fuerzas que impropriadamente decía representar, en instrumentos políticos capaces de destruir los más sólidos cimientos de la paz social». Por su lado, P. ZANCADA, en *Derecho corporativo español*, Juan ORTIZ, Editor, S/F, pg. 14, tras referirse a «aquella conmoción moral que hizo sentir sus efectos en todas las clases», es decir, la Comuna de París en 1870, se refiere a «Las repercusiones del régimen soviético, aquella verdadera epidemia de agitación que en los años siguientes al armisticio, 1919 y 1920 sobre todo, cundió por Europa, apresuraron en casi todos los países una obra de gobierno de intervención eficaz, activa y vigorosa en los conflictos de trabajo».

²⁴ Apelando incluso a la «garantía del maüßer» como síntesis de los adelantos del armamento, de la balística y de los elementos de defensa del poder público, como hizo F. SILVELA en el Congreso, sesión de 14-4-1902, según relata M. C. PALOMEQUE, *Derecho del trabajo e ideología*, AKAL/UNIVERSITARIA, 20 edición, 1984, pg. 98, donde transcribe la

modo, intentar que los sindicatos de clase se integrasen en el sistema, que formasen parte del mismo²⁵. Se crea así la estructura corporativa del Estado²⁶, iniciada en España bajo la dictadura de Primo de Rivera, que pretende centrar la atención de las asociaciones sindicales en los problemas de los diversos sectores de la producción²⁷, a fin de que abandonen una visión generalizada de los problemas de la clase trabajadora, limitándose a los problemas de una determinada profesión o actividad²⁸.

La idea que hace funcionar el sistema corporativo no es la de control de la actividad industrial por parte del Estado, sino la de integrar a los sindicatos de clase en el sistema, haciéndoles perder la visión global de la lucha de clases, y limitándolos a la gestión de los problemas de una profesión u oficio. Por ello, la estructura corporativa impuesta por la dictadura no está dividida exclusivamente en sectores de actividad empresarial, sino que coexisten en las mismas estructuras de oficios con estructuras de industria. En todo caso, la base de la estructura corporativa estaba compuesta por órganos parita-

intervención de SILVELA, que por su claridad en la descripción el problema, interesa reiterar: «... ese maüßer de que se habla con desprecio, y que ha relegado a los museos de antigüedades las barricadas de principios de siglo, ése es el que constituye la garantía de la prudencia y de la medida de los partidos socialistas...»;

²⁵ «Emprender, en fin, el lento camino de las reformas para evitar el violento de las revoluciones», según la frase de Gumersindo de Azcárate que recoge M. C. PALOMEQUE en *Derecho del trabajo e ideología*, cit., pg. 112.

²⁶ De esta manera, los obreros, «Los miembros de los Comités paritarios, Comisiones mixtas y Consejos de Corporación, son elegidos por los sindicatos patronales y obreros, pero tienen convalidados sus nombramientos por una Real orden del Ministerio de Trabajo, lo cual significa que cuando forman parte de dichos organismos corporativos, poseen ya una misión que cumplir, derivada no tan sólo de los poderes conferidos por sus representados, sino también de aquellos con que los inviste el Estado mediante su nombramiento. Existe, por tanto, una organización que surge del Sindicato en cuanto es origen y fuente del mandato; pero completamente distinta de él, tan distinta que les es posible a los obreros, dentro del Sindicato, defender los intereses de clase como tales obreros, pero dentro del Comité, ungidos por la investidura recibida del Estado, resolver inspirándose en las altas conveniencias de la industria y de la colectividad», según E. AUNÓS PÉREZ en *Las corporaciones del trabajo...*, cit., pgs. 39-40.

²⁷ A. GALLART FOLCH, recordando lo dicho por Aunós, consideraba que «La corporación laboral debe tener, como dice Aunós, un sentido de integralidad, es decir, incluir en su seno la representación totalitaria de los intereses de la profesión. El que estos intereses patronales u obreros estén situados en diferente plano económico, no constituye un inconveniente, sino por el contrario, la mejor justificación de la existencia del organismo corporativo, que viene precisamente a salvar este desnivel» Vid. *Derecho español del Trabajo*, Editorial Labor SA, 1936, pg. 162.

²⁸ Ya que «En el oficio deben inspirarse las asociaciones profesionales, apartadas de otras orientaciones que les son ajenas, puesto que aquél crea una semejanza entre quienes lo cultivan fruto de homólogas vocaciones, de intereses comunes, de géneros de vida semejantes, si no idénticos (...)», según E. AUNÓS PÉREZ, *Las corporaciones de trabajo en el Estado moderno*, cit., pgs. 30-31. Sobre el edificio corporativo de Primo de Rivera, puede consultarse también, del mismo autor, *La reforma corporativa del Estado*, M. AGUILAR EDITOR, Madrid, 1935, y *Estudios de Derecho corporativo*, cit. así como el libro de P. ZANCADA, *Derecho corporativo español*, cit.

rios²⁹ integrados por representantes de trabajadores, empresarios y Administración, que constituían un órgano de negociación y discusión permanente, pero relativo a sectores u oficios concretos. Con ello, aparece una incipiente estructura de negociación colectiva por sectores de actividad u oficios, y, por tanto, una regulación para esas mismas actividades u oficios, que dará lugar a una inercia que permanecerá en las relaciones colectivas de trabajo hasta hoy.

Se trata de una opción política, adoptada por el Estado, consistente en evitar que las asociaciones de trabajadores centren su atención en ámbitos distintos a la profesión, impedir que el eje central de la acción sindical sea la clase obrera y sus problemas, porque la solución que podría adoptarse sería contraria al *status quo*. Esta opción política se lleva a la práctica mediante diversas técnicas que dan lugar a un modelo concreto de organizaciones sindicales, y por tanto unas actuaciones sindicales—incluyendo en ellas a los convenios colectivos, como fruto de la acción sindical³⁰—que tienen su referente en el oficio o la industria y no en la clase.

La llegada de la II República española no significó el desmantelamiento completo de la estructura corporativa de Primo de Rivera³¹. Se mantuvo el primer escalón de esta estructura, el que constituía un foro permanente de discusión entre trabajadores y empresarios del sector o del oficio: los Jurados Mixtos—nombre que sustituye al de comités paritarios³²—, organismos heredados de la dictadura de Primo de Rivera, que mantuvieron su división por oficios o industrias, aunque se anuló la superestructura jerárquica corporativa³³.

²⁹ Que aunque no fueron creación *ex novo* del Estado corporativista, ya que existían con anterioridad, como nos relata E. PRAT DE LA RIBA, «Los jurados mixtos para dirimir las diferencias entre patronos y obreros y para prevenir o remediar las huelgas», cit., sí se les dio un auge e importancia que los llevó a primer término de la acción estatal en materia social.

³⁰ Acción sindical que parece incluso obligada, ya que el fin primario del sindicato, en nuestra cultura, es la negociación de convenios colectivos. Así lo dice M. ALONSO OLEA en «Introducción al Derecho del trabajo», cit., pg. 332: «no hay propiamente sindicato si la estructura no persigue su fin esencialmente a través de la negociación colectiva». Nótese que el autor vincula la función sindical de negociación colectiva con la estructura.

³¹ A. GALLART FOLCH, en *Derecho español del trabajo*, cit., pg. 41, alude a que «El cambio de régimen realizado en España al implantarse la República en 14 de abril de 1931, no altera esta orientación, pues la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre del mismo año, es la confirmación por el parlamento, con ligeras modificaciones de nomenclatura y detalle, de las disposiciones hasta entonces dictadas por el Poder ejecutivo».

³² Como recuerda A. GALLART FOLCH, subrayando las similitudes con el sistema corporativo de Primo de Rivera, en *Derecho español del Trabajo*, cit. pg. 166.

³³ E. AUNÓS, en *La Reforma corporativa del Estado*, cit. pg. 141 nos aclara las similitudes y diferencias de la legislación corporativa y la republicana: «Es cierto que la Ley de jurados mixtos copió muchas cosas del Real Decreto-Ley de Organización corporativa nacional de 1926, sobre todo en cuanto se refiere a la clasificación de los grupos industriales, forma de constituirse los Jurados, normas para su funcionamiento, que transcribe hasta con puntos y comas de aquella disposición legal; pero se olvidan cuestiones fundamentales que les hacen diferenciarse total y absolutamente. En efecto: los comités paritarios

En definitiva, aunque «no se declare abiertamente, como sucede en la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931 suscrita por Largo Caballero, en España se ha implantado el régimen corporativo, en la esfera laboral, pues se ha estructurado la organización de trabajo en corporaciones u organismos de Derecho público, compuestos de representación patronal y obrera, cuya finalidad es la ordenación jurídica de la vida del trabajo en la agrupación humana autónoma que es cada comunidad productora»³⁴.

Ello dio lugar a la aparición de normas colectivas paccionadas que tenían como ámbito de vigencia, unas, la actividad industrial completa, otras un oficio concreto³⁵. Estas normas tenían eficacia general para todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de regulación, eficacia general que venía derivada de la existencia misma del órgano corporativo en que se crea, por su «carácter de organismo de Derecho público, o sea de institución consagrada por la Ley y a la que ésta reconoce facultades normativas y jurisdiccionales asistidas de coactividad jurídica»³⁶, es decir, por «la autarquía profesional de la corporación»³⁷.

En tiempos de la dictadura de Franco, la idea legitimadora de la regulación sectorial de condiciones de trabajo no era solucionar los problemas de los trabajadores, ni los de los oficios, sino la de dirigir la economía desde arriba, estableciendo una regulación general de costes sociales por parte del Estado, como una medida más de su política económica. Por ello, la estructura del sindicato vertical se basaba en la industria, no en los oficios, y las ordenanzas se dictaban para que regulasen las diversas industrias³⁸, no los diversos oficios. Cuando se promulga la Ley de 6 de diciembre de 1940, de organización sindical³⁹, que regula los denominados sindicatos nacionales, se organizaron los distintos sindicatos por ramas de actividad, de forma que:

eran la base de una estructura jerárquica corporativa cuyo alcance acaba de dibujarse. Dicha ordenación empezaba en esos organismos, ascendía por las Comisiones mixtas de Trabajo al Consejo de la Corporación profesional, y en su cúpula a la comisión delegada de Consejos de Corporaciones, entidad esta última que aun cuando no llegó a constituirse tuvo su atisbo de funcionamiento en la comisión interina de corporaciones...».

³⁴ A. GALLART FOLCH, *Derecho español del Trabajo*, cit. pg. 162.

³⁵ En *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, L. E. DE LA VILLA GIL, Comares, 2003, pg. 310, aparece un listado indicativo de estas normas, llamadas Bases de trabajo, creadas por los Jurados Mixtos: acomodadores y similares, espectáculos públicos, corridas de toros y novillos, banderilleros y picadores, personal de carreras de galgos y caballos, profesores de orquesta, artes gráficas, coristas, ferrocarriles de la Robla, tramoyistas de teatro, banca, pianistas, Compañía de ferrocarriles del Cantábrico y astillero de Ontaneda, maestros directores, concertadores y pianistas, personal obrero de fábricas de cerillas, transportes marítimos, personal de cabinas de cinematografía, actores, CAMPSA, etc. Como el mismo autor dice, «se observan variantes en ámbitos y extremado casuismo en la regulación». *Ibidem*.

³⁶ A. GALLART FOLCH, *Derecho español del Trabajo*, cit. pgs. 163-164.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sobre la materia, vid. J. GARCÍA MURCIA, «La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva», cit., *passim*.

³⁹ BOE de 7-12-1940.

«Cada Sindicato Nacional comprende el proceso económico de uno o más productos análogos y sus derivados desde la iniciación de la fase productiva hasta que pasan a poder del consumidor» (art. 9).

Así, el criterio para encuadrar a los trabajadores en un sindicato no es la profesión o actividad a que se dedica el trabajador, sino el producto o la actividad a que se dedica la empresa en que presta sus servicios. El listado de sindicatos existentes, por ramas de actividad, aparece en la Ley de 23 de junio de 1941, de clasificación de sindicatos. No existía la posibilidad de agrupamiento de sindicatos de diversas ramas de la producción al margen de la estructura oficial de los Sindicatos verticales.

Comparando este listado de sindicatos nacionales con el listado de jurados mixtos contenido en la Ley de jurados mixtos de 1935, arriba citada, se aprecia una gran diferencia entre ellos. En primer lugar, el listado de sindicatos nacionales es un listado cerrado, que no contiene la posibilidad de creación de nuevos sindicatos conforme a la voluntad de los agentes sociales, como contenía el listado de jurados mixtos, entre otras razones, porque los agentes sociales no existían en la legalidad.

De otro lado, el listado de jurados mixtos se refería a la actividad a que se dedicaban las empresas, mientras que el listado de sindicatos nacionales hace más énfasis en el producto elaborado por las empresas⁴⁰, de donde se puede deducir que el objetivo del listado de sindicatos no es cooperar en la solución de los conflictos generados en el sector de actividad –conflictos, por otro lado, inexistentes, según la doctrina oficial– sino organizar de manera jerarquizada la producción de bienes industriales, estableciendo un sistema que daría como resultado una regulación igual para todos los empresarios en lo referente al costo del factor trabajo; el sindicato es un instrumento de gestión del aparato productor de bienes y servicios⁴¹; estos sindicatos no son un instrumento de gestión de las relaciones laborales en una determinada rama de la actividad, sino un instrumento de gestión de la actividad misma, del aparato productivo organizado por ramas de actividad, que produce una regulación uniforme para todas las empresas dedicadas a la actividad en lo que respecta al factor trabajo utilizado en la producción⁴².

⁴⁰ O sea, por el «conocido criterio del objeto producido por su completo ciclo económico, por ramas completas de la producción», como se dice en «La organización sindical española», cit., pg. 105, que pretende deducir este criterio de las tesis del fundador de la Falange Española.

⁴¹ Es decir, que sirve para encuadrar personalmente a los productores dentro del proceso económico de uno o más productos análogos, o para integrar en un organismo jerarquizado bajo la dirección del Estado a todas las personas que intervienen en el proceso económico de un servicio o rama de la producción, parafraseando los arts. 4 y 9 de la Ley de 6-12-1940. El número 1 de «Arriba», publicación de la Falange Española, especifica que es su objetivo político «la implantación de un Estado sindicalista que garantice la producción nacional en todas sus industrias y actividades», según aparece en pg. 53 de «La organización sindical española», op. cit.

⁴² M. ALONSO OLEA lo decía en relación con los pactos colectivos celebrados dentro de la organización sindical, al considerar que la extensión general del pacto «... supone la fijación de unos niveles mínimos, especialmente en cuanto a los salarios, que garantiza

El modelo, pues, de sindicato impuesto por la Ley consistía en un instrumento del Estado para organizar y controlar a los trabajadores, que a su vez era un modo de controlar el aparato productivo nacional, que permanecía en manos privadas. Por ello, el sindicato legal se organizaba por sectores de actividad empresarial y no por oficios de los trabajadores⁴³, ya que ningún objetivo se marcaba el sindicato legalmente reconocido en orden a mejorar mediante la negociación colectiva las contraprestaciones que por su trabajo recibían los trabajadores. Tampoco el sindicato tenía facultades de negociación colectiva, ya que las condiciones de trabajo se fijaban mediante normas emanadas del Estado. Así, no es que al sindicato se le limitasen los intereses que debía proteger o se le impusiera la defensa de unos intereses en detrimento de otros; es que el denominado sindicato no era un instrumento de protección de los intereses de los trabajadores.

La regulación de condiciones de trabajo se hacía a través de normas emanadas del Estado, las Ordenanzas y Reglamentaciones de trabajo, que normalmente tenían un ámbito de vigencia determinado por la actividad de las industrias reguladas, actividad que quedaba definida y estructurada según la clasificación de actividades e industrias recogida en la Ley de 16 de julio de 1938 para la constitución de comisiones Reguladoras de la Producción, y posteriormente en la Ley de 23 de junio de 1941 para determinar la composición de la Organización Sindical Española, estructurada en sindicatos nacionales organizados por ramas de actividad. «De cualquier modo, las Reglamentaciones de trabajo y Ordenanzas Laborales fueron mayoritariamente normas de ámbito nacional aplicables a los grandes sectores de actividad y, sobre todo, a las ramas de actividad típicas o más conocidas»⁴⁴.

Cuando aparece la Ley de convenios colectivos sindicales de 24 de abril de 1958⁴⁵, la regulación de condiciones de trabajo deja de ser un monopolio del Estado, para permitir un cierto inicio de actividad legislativa de los implicados en la producción, trabajadores y empresarios. No obstante, esta Ley viene a permitir los convenios colectivos sólo en lo que se ha denominado «unidad apropiada», término que se refiere al «expreso reconocimiento por

el que la competencia entre las empresas no pueda ya montarse sobre reducciones de éstos», en *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Editorial Comares, 2000, pg. 88. La primera edición de esta obra es de 1955.

⁴³ «Desde los primeros momentos del nacimiento de la doctrina se nota esta tendencia al abandono del profesionalismo. En el punto 9 del nacionalsindicalismo se habla de "... organizar corporativamente la sociedad española mediante un sistema de Sindicatos verticales por ramas de la producción...". El criterio económico sustituye al profesional. Los sindicatos "comprenden todas las actividades de cada ciclo completo de la producción, o lo que es lo mismo, abarcan todos los escalones o fases de un ciclo productivo: la fase de la producción, la fase de transformación, de la distribución y consumo". Se va, por tanto, hacia una clasificación sindical por ciclos productivos», como se podía leer en «Asociaciones sindicales, agrupación profesional y de ciclo económico», anónimo, en el núm. 1 de la Revista de Trabajo, agosto de 1939.

⁴⁴ Según relata J. GARCÍA MURCIA en *La reglamentación sectorial del trabajo*, cit. pgs. 70 y 71.

⁴⁵ BOE núm. 99, de 25 de abril.

el ordenamiento de que una determinada colectividad –por su extensión, su composición o sus caracteres– debe ser considerada con entidad y autonomía suficiente para dar lugar a un convenio colectivo único y propio, y por tanto constituye una apropiada unidad de negociación. Si, por el contrario, se excluye esa unidad, no se admite o no se considera apropiada, esa colectividad no puede ser objeto de una normación colectiva específica y propia»⁴⁶. Las unidades apropiadas de negociación en esta Ley, es decir, los ámbitos de esta nueva regulación de condiciones de trabajo, se copian de las Ordenanzas laborales. Así, el art. 4 de la citada Ley, que regula los ámbitos de aplicación de los convenios colectivos, lista los siguientes:

- a) La totalidad de empresas afectadas por una misma Reglamentación laboral, en el ámbito local, comarcal, provincial o interprovincial.
- b) Un grupo de Empresas definidas por sus especiales características en el ámbito local, comarcal o provincial.
- c) Una sola Empresa; y
- d) Un grupo o sección de trabajadores de una Empresa».

Como se ve, con carácter general, los ámbitos de los convenios colectivos de sector serán los mismos que los ámbitos regulados por las Ordenanzas y Reglamentaciones laborales, por exigencias del apartado a) de la citada Ley, que exige identidad de ámbitos funcionales entre Ordenanza laboral y convenio de sector. De esta manera, los convenios colectivos seguirán ejerciendo la misma función igualadora de costes laborales para todas las empresas de una industria, aunque la norma venga redactada por alguien distinto del poder ejecutivo. Ciertamente, el mismo precepto permite otros ámbitos distintos, pero:

i.–Dos de ellos, el c) y el d) tienen un ámbito de empresa o inferior, de manera que no pueden permitir el surgimiento de convenios colectivos por oficio o por ámbitos distintos al marcado por la actividad de la empresa. Nótese que cuando el apartado d) permite que la determinación del ámbito del convenio venga dada por los trabajadores y no por la empresa, los convenios que así surjan habrán de regir solamente en una empresa, no en todas las empresas de un territorio.

ii.–Aunque el apartado b) permita convenios colectivos de ámbito superior al de empresa no determinado por la actividad de las mismas, esta posibilidad se consideraba como excepcional. La doctrina de la época interpretaba que «se trata de una unidad que por romper los esquemas normativos existentes supone algo anormal y excepcional, por lo que sólo es admisible con restricciones», que además viene a ser limitado por el Reglamento de la ley, que sólo permite este tipo especial de convenio colectivo «cuando especiales circunstancias lo requieran», lo que supone un límite para la actuación de este tipo de unidad apropiada, pues no basta la existencia de características especiales comunes que delimiten objetivamente una unidad para que ésta pueda ser considerada como apropiada»⁴⁷.

⁴⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La unidad de negociación...* cit.

⁴⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La unidad de negociación...* cit.

En todo caso, por diversas circunstancias la norma general de que las reglamentaciones de trabajo tenían un ámbito sectorial determinado por la actividad a que se dedicaba la empresa tuvo algunas excepciones, generalmente de poca importancia. Así, aparecieron diversas reglamentaciones sectoriales que constituían normas «personales», que acompañaban al profesional con independencia de la empresa o el sector en el que presta sus servicios⁴⁸, como las Reglamentaciones y Ordenanzas de espectáculos taurinos, profesionales de la música, profesionales de teatro, circo y variedades, auxiliares sanitarios, matronas y practicantes, empleados de la Organización Médica colegial, o empleados de fincas urbanas. Se trata de grupos de profesionales que, en todo caso, no prestan sus servicios en empresas de cualquier sector, sino en empresas cuya actividad viene a coincidir con la actividad de estos grupos de trabajadores, por lo que su desgajamiento de la norma general sectorial no es muy definido.

No obstante, interesa resaltar otra excepción a la norma general de la referencia a la actividad de la empresa como determinante del sector a que se refieren las Ordenanzas. Nos referimos a la Ordenanza de trabajo en actividades diversas, aprobada por Orden de 31 de diciembre de 1945, que rompe los esquemas de regulación sectorial de condiciones de trabajo hasta entonces aplicados, y los aplicados con posterioridad a esta época. En efecto, esta Ordenanza rompía el principio de unidad de empresa, a causa de «un posible fallo de los esquemas normativos trazados por las reglamentaciones que no han tenido en cuenta la existencia de esa categoría y han insertado a empresas de problemática similar en reglamentaciones diversas»⁴⁹. Esta Ordenanza sirvió de antecedente a la Reglamentación Nacional de Trabajo en Oficinas y Despachos, aprobada por Orden de 21 de abril de 1948, mediante la cual, se trata, de tomar como referencia más que la actividad empresarial propiamente dicha, el lugar donde se realiza la prestación laboral o el tipo de actividad profesional ejecutada por sus empleados, «En realidad se trata de un “macrosector”, pues a través del mismo se pretende englobar al conjunto del sector terciario de la economía, incluyendo dentro de su ámbito a cuantas empresas y trabajadores pertenezcan al sector servicios, con independencia de cual sea su concreta actividad negocial»⁵⁰.

La restauración de la democracia, si bien trajo consigo un modelo de relaciones laborales opuesto y distinto al modelo que rigió en tiempos de la dictadura militar a partir de la guerra civil —caracterizado por la supresión de la libertad sindical y por la asunción por el Estado de un papel interven-

⁴⁸ J. GARCÍA MURCIA, *La reglamentación...*, cit, pg. 72.

⁴⁹ Según M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *La unidad de negociación...*, cit.

⁵⁰ Según dice J. CRUZ VILLALÓN en «La negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos», incluido en AA DD, *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, MTAS, 1999, pg. 418. El autor señala que esta delimitación se va transmitiendo sucesivamente de las Ordenanzas Laborales a los convenios colectivos, de manera que la regulación convencional actual del sector servicios es tributaria de esta normativa heterónoma.

tor en las relaciones laborales— no cuestionó la estructura de la regulación sectorial de condiciones de trabajo. Ya se ha dicho que «dicha estructura parece presentar una clara influencia del sistema de relaciones laborales preconstitucional, lo que se refleja, entre otras cuestiones, en la existencia de una elevada correspondencia de los ámbitos de los convenios con los de las extintas Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo, tanto en los convenios provinciales como en los interprovinciales o nacionales»⁵¹. Incluso se mantienen en vigor las Ordenanzas Laborales hasta mucho tiempo después de la restauración de la democracia⁵², es más: las previsiones legales del Estatuto de los Trabajadores de 1980 —Ley 8/1980 de 10 de marzo— en su Disposición Transitoria segunda, configuraban una vigencia transitoria de las Ordenanzas Laborales, con valor de derecho dispositivo, «en tanto no se sustituyan por convenio colectivo».

De esta manera, se establecía que la manera normal de sustituir la regulación sectorial estatal de condiciones de trabajo contenidas en las Ordenanzas Laborales, consistía en su sustitución por una regulación convencional de condiciones de trabajo que mantuviese la estructura sectorial de las Ordenanzas. O sea, el Estatuto de los Trabajadores estableció el fin de la regulación estatal de condiciones de trabajo por sectores, pero aludiendo expresamente a que fuera sustituida por una regulación convencional que mantuviese la misma estructura sectorial —si bien no lo imponía de manera preceptiva, ya que el párrafo segundo de la misma Disposición Transitoria permitía la derogación de Ordenanzas sin necesidad de previa existencia de convenio del mismo sector⁵³—.

Esta regulación provocó una dinámica en los agentes sociales que dio lugar a que «la derogación, en resumidas cuentas, tan sólo se llevó a cabo cuando se constató la existencia de convenio que pudiera dar cobertura al correspondiente sector de las relaciones de trabajo...»⁵⁴. La inercia de mantener las viejas estructuras de la negociación colectiva sin cuestionar su división

⁵¹ Según *La estructura de salarios pactados en España*, de Hipólito J. SIMÓN PÉREZ, publicado en www.cervantesvirtual.com, pg. 29.

⁵² J. GARCÍA MURCIA, op. cit., pgs. 131 y ss.

⁵³ Como es sabido el texto del ET fue reformado de forma importante en 1994, siendo esta Disposición Transitoria una de las afectadas: Pasó a ser la núm. 6ª, continuando su vigencia como derecho dispositivo hasta 31 de diciembre de 1994, con dos salvedades: Que por acuerdo de los previstos en el art. 82.2 y 3 del ET se dispusiese otra cosa en cuanto a su vigencia, por un lado, y por otro lado que el Gobierno acordara o bien la derogación total o parcial, de forma anticipada, o bien acordara prorrogar hasta 31 de diciembre de 1995 aquellas ordenanzas correspondientes a sectores que presentaran problemas de cobertura. Tras esta previsión normativa, se fueron derogando un importante número de ordenanzas, pero a la vista de que se sobrepasaron los plazos de prórrogas y aún así quedaban sectores que no habían cubierto su ámbito con convenios colectivos, se acordó entre las organizaciones sindicales y patronales más representativas un Acuerdo Interprofesional sobre materia concreta del art. 82.3 ET «De Cobertura de Vacíos».

⁵⁴ J. GARCÍA MURCIA, *La reglamentación sectorial...*, cit, pg. 167. Al mismo autor le parece llamativo el hecho de que el Estatuto no exigiese de manera imperativa la previa existencia de convenio colectivo de sector para poder derogar la Ordenanza. op. cit., pg. 166.

en sectores, ni el ámbito de estos sectores, denota una falta de análisis de la materia por parte de los interlocutores sociales, y una actitud carente de intencionalidad innovadora en la materia, lo que está produciendo, entre otras consecuencias, la dificultad para los actores sociales en relación a regular las nuevas actividades que están surgiendo –que no disponen de regulación convencional–, y para la doctrina científica en relación con «la elaboración de propuestas concretas de adaptación, al tener éstas que afrontar la realidad de una práctica negocial con un fuerte contenido de tradición, y un cierto nivel de inercia»⁵⁵.

Igualmente, la recuperación de la democracia no supuso una alteración de la estructura de la organización de los trabajadores. Ciertamente, el sindicato vertical fue abolido, y aparecieron sindicatos de base asociativa voluntaria, pero la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical exigía a los nuevos sindicatos tener una estructura por rama de actividad. Su art. 1 establecía: «Los trabajadores y los empresarios podrán constituir *en cada rama de actividad*, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos»⁵⁶. La opción legislativa puede ser entendible si se tiene en cuenta que la intención general era seguir negociando los convenios colectivos que ya existían, convenios que tenían eficacia general y cuyo ámbito de vigencia venía determinado por la rama de actividad empresarial, de manera que los nuevos sujetos colectivos debían tener una representatividad acorde con el ámbito de vigencia del convenio, pero no por ello deja de ser una imposición estatal. Ciertamente, la vigente Ley Orgánica de Libertad Sindical-Ley 11/1985, de 2 de agosto– no exige esta organización sindical por ramas de actividad, pero la organización sectorial de los sindicatos sigue existiendo, por exigencias de representatividad, no sólo porque la inercia ha llevado al mantenimiento de las mismas unidades de negociación, sino también porque la Ley Orgánica de Libertad Sindical no se aplica a las asociaciones empresariales, que siguen rigiéndose por la Ley de asociación sindical de 1977, de manera que aunque los sindicatos puedan adoptar estructuras distintas que permitan una representatividad suficiente para firmar convenios de otro ámbito funcional distinto a la rama de actividad, la parte con la que se ha de firmar el convenio, la asociación patronal, no, lo que impide el surgimiento de convenios colectivos de ámbitos distintos a la rama de actividad, y se perpetúa el criterio.

Pero en la actualidad aparecen dos aspectos nuevos que influyen en la negociación colectiva:

Uno, la aparición de grupos profesionales de pequeño número, y gran poder negociador, que pretenden una regulación convencional pactada al margen del convenio general vigente para todos los trabajadores⁵⁷.

⁵⁵ AA DD, *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, CCNCC, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MTAS, Madrid, 2001, pg. 22.

⁵⁶ La cursiva es mía.

⁵⁷ A. OJEDA AVILÉS data el surgimiento de esta cuestión tras la aplicación de la Ley 38/1973, de convenios colectivos sindicales de trabajo: «Los pilotos de Iberia, los maquinistas

Dos, la aparición de la organización de la producción a través de contratas, lo que da lugar a la interrelación de varias empresas en un mismo proceso productivo y, por tanto, a la aparición de varias plantillas de trabajadores, diferenciados entre sí y con normativas convencionales distintas. Esto se agrava con la reciente aparición de empresas de multiservicios, que se dedican a prestar servicios a otras empresas, servicios de muy amplia gama, y que no constituyen la actividad propia de la empresa principal.

Todo ello da como resultado que la regulación actual de la negociación colectiva resulta insuficiente, porque no ha previsto los problemas actuales que deben ser solucionados mediante negociación. El esquema actualmente vigente es propio de un sistema de producción industrialista, pero resulta altamente insatisfactorio para dar solución, o permitir que se dé solución, a los principales problemas de fijación de las condiciones de trabajo que actualmente acucian al mundo del trabajo. A continuación expondremos algunos de estos problemas actuales de compleja solución.

III. LA VIGENTE ESTRUCTURA SECTORIAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN ESQUEMA OBSOLETO ANTE NUEVAS SITUACIONES EMERGENTES

Habiendo reseñado someramente los antecedentes normativos que creemos de más interés para entender la actual configuración del sistema de negociación colectiva en España, interesa a continuación ver cómo la legislación positiva actual estructura dicho sistema, si bien hay que recordar que «el análisis de la estructura de la negociación colectiva... constituye, sin lugar a dudas, la materia de mayor complejidad dentro del conjunto de la regulación de los convenios colectivos, al menos por lo que afecta a nuestro ordenamiento positivo»⁵⁸.

La Constitución no impone ningún tipo concreto de convenios colectivos. Se limita a reconocer la fuerza vinculante –lo que equivale a eficacia normativa– del convenio colectivo –art. 37.1– sin más especificaciones. En consecuencia, todo acuerdo celebrado entre representantes de los trabajadores y de los empresarios, podría, en principio, tener la virtualidad prevista constitucionalmente. Aunque esta cuestión sigue siendo controvertida entre los

de RENFE o los médicos del Hospital Clínico de Barcelona, negocian sus convenios particulares, al margen de lo existente para el resto del personal de esas empresas», dice en «Los convenios de franja sectoriales», AL 2000 LIV.

⁵⁸ Según se expone en el comentario al art. 83 ET, en *Estatuto de los Trabajadores comentado*, J. CRUZ VILLALÓN, P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO y R. GÓMEZ GORDILLO, Tecnos, 2003, pg. 983.

estudiosos de los convenios extraestatutarios⁵⁹ y de los convenios franja⁶⁰. Conviene aclarar que el presente trabajo se centra en el convenio colectivo estatutario.

En cuanto al ámbito de aplicación del convenio, ni la Constitución ni el Estatuto de los Trabajadores establecen la necesidad de que sea un o unos ámbitos en concreto, dejando su fijación a la voluntad de las partes –así el art. 83.1 del ET establece que los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden– y, por tanto, «los poderes públicos formalmente adoptan una postura abstencionista, no interviniendo en el diseño de la estructura desde la Ley»⁶¹, o dicho de otra manera, «el reconocimiento constitucional del principio de autonomía de las partes sociales, a través de sus representantes sindicales y sus organizaciones empresariales, para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales (autorregulación de sus intereses recíprocos) y el necesario respecto a la libertad de sindicación negociación colectiva y el derecho de huelga, implican una li-

⁵⁹ Así, R. Y. QUINTANILLA NAVARRO haciéndose eco de la doctrina de la época, *Convenios colectivos extraestatutarios*, Tecnos, 1992: «... el derecho a la negociación colectiva, en relación con la libertad sindical, regulados ambos en los artículos 37.1, 7 y 28.1, CE respectivamente vienen permitiendo un doble sistema de negociación: el sistema de convención colectiva que regula el ET, y otro distinto sometido básicamente al régimen general de contratación que se manifiesta en los mencionados convenios colectivos extraestatutarios...» pg. 10. Posteriormente, esta autora, en «Los convenios colectivos irregulares», CES, 1998, considerará que los convenios colectivos extraestatutarios son nulos en términos absolutos, al no poder encuadrarse en ninguna figura jurídica válida, típica o atípica, *passim*, aunque lo resume en las conclusiones, pg. 205. En suma, como afirma J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, en «Los convenios colectivos extraestatutarios», III Ponencia del XIII congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, que bajo el título *La eficacia de los convenios colectivos*, publicó el MTAS en 2003 (pgs. 735 a 841), «... un sector minoritario cuestionará su legalidad y acabará sosteniendo su nulidad de pleno derecho; otro, como quien firma esta ponencia, mantendrá su validez. El tenor del art. 37.1 CE sirve de argumento a unos y otros». En todo caso, aunque la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 73/1984 y posteriores) afirma que «la legítima opción legislativa por un convenio dotado de eficacia general, en todo caso no agota la virtualidad del precepto constitucional», entiendo, con M. R. ALARCÓN CARACUEL, que «mantener la «doble vía» de ejercicio –conforme a la Ley y al margen de ella– no me parece sostenible»; vid. «La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos», en *La reforma de la negociación colectiva*, cit. 61.

⁶⁰ Así, S. DEL REY GUANTER, en «Los convenios colectivos de franja», Civitas, REDT, núm. 17, enero/marzo 1984, considera que «... si el legislador ordinario no podría, con base en la Constitución, ni prohibir ni imponer la existencia del convenio colectivo de franja, tampoco puede desarrollar una regulación que imposibilite su existencia legal, de forma que ha de establecer una normativa de especificación del artículo 37.1 de la Constitución que permita su viabilidad legal, dejando a la realidad de las relaciones laborales la existencia fáctica de los mismos». En el mismo sentido, A. OJEDA AVILÉS en «Los convenios de franja sectoriales» cit., argumenta sobre la posibilidad legal de existencia de estos convenios aunque no estén previstos por el legislador, por la existencia de, según el autor citado, «una laguna con lo que nos topamos, por lo que hará falta una interpretación integradora, que salve el lapsus del legislador al respecto».

⁶¹ Vid. Los comentarios al art. 83 ET de J. CRUZ VILLALÓN, P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO y R. GÓMEZ GORDILLO, *Estatuto de los Trabajadores comentado*, cit.

bertad y autonomía de las partes en la determinación de la unidad de negociación del convenio»⁶². En principio, la autonomía colectiva exige esa libertad, incluso por razones etimológicas. Y así se recoge expresamente en el apartado primero del art. 83 ET, citado, al reconocer que: «Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden».

No obstante, pese a la inicial declaración de libertad absoluta en materia de fijación de ámbitos de los convenios colectivos, aparecen limitaciones de orden legal en la materia, que los negociadores deben respetar, para evitar la nulidad de lo pactado. La necesidad de estas limitaciones viene dada por la eficacia general de los convenios colectivos estatutarios en relación con el principio de igualdad⁶³ y la representatividad de los sujetos que convienen. Así, la doctrina ha señalado que pese a la claridad de la norma, lo cierto es que esa libertad es más aparente que real, ya que ni en cuanto al ámbito territorial ni en cuanto al ámbito funcional o personal, las partes negociadoras tienen una libertad absoluta de fijación de ámbitos⁶⁴. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia reciente, cuando la STS de 28-10-2003, citando jurisprudencia constitucional, afirma que:

«... las partes negociadoras de un Convenio Colectivo no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación. Antes al contrario, la negociación colectiva de eficacia general, al que pertenece el Convenio de que ahora se trata, está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación»⁶⁵.

La necesidad de una legitimación adecuada, referida a una representatividad suficientemente aceptada, de los sujetos negociadores del convenio colectivo, impone una serie de limitaciones a la teórica plena libertad de fija-

⁶² Según dice M^a. Nieves MORENO VIDA, en sus comentarios al art. 83 ET, en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1998. Dir., J. L. MONEREO PÉREZ.

⁶³ Que impide excluir del ámbito de aplicación del convenio a ciertos grupos de trabajadores, como los temporales. No trataremos de esta limitación a los negociadores por no afectar a la línea de análisis que estamos siguiendo.

⁶⁴ En este sentido, aunque desde la perspectiva de que la libertad de fijación del ámbito del convenio deriva de una previa libertad de organización del sindicato, en los países de libertad sindical, decía M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, en *La unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo*, cit, pgs. 5 a 41, que «como el sometimiento al convenio depende sustancialmente del poder normativo de las partes que lo establecen, del ámbito de su «representatividad», el tema de la sujeción al convenio se vincula muy directamente a la estructura de los entes sindicales, a las unidades de negociación elegidas por ellos que influirán directamente sobre las unidades de negociación. Es decir, los criterios que los sindicatos hayan adoptado para definir su propio ámbito y especialidad, así como los propios aceptados por las asociaciones de empleadores, en base ambos a la existencia de determinadas categorías o grupos de actividad económica influirán luego en los esquemas que se adopten en los convenios colectivos (...) en efecto, son las propias organizaciones pactantes las que definen libremente, según su propia opinión o conveniencia, el *Geltungsbereich* profesional del convenio, dándose una gran elasticidad para elegir el que estime más oportuno, lo que no deja de presentar, sin embargo, dificultades y problemas».

⁶⁵ La STC citada por la STS es la 136/1987, de 22 de julio.

ción de unidades de negociación, que da lugar a una rigidez de las estructuras negociadoras, y de los ámbitos de vigencia de los convenios colectivos, que no son previstos, *ab initio*, por la normativa reguladora de la libertad sindical y de negociación colectiva. Se crea así un entorno muy similar, en cuanto a sus consecuencias, al existente cuando la normativa estatal, desconocedora de las libertades públicas referidas, imponía *ex lege* la necesidad de que los convenios se firmen en unidades «apropiadas», listadas desde la Ley.

Así, la limitación primera y fundamental que se impone a los negociadores del convenio, derivada de la necesidad de representatividad suficiente para regular condiciones de trabajo con eficacia general, consiste en que no podrán negociar condiciones de trabajo con un ámbito, sea territorial o funcional, que supere al de los negociadores. O sea, «la eficacia normativa del convenio no permite que pueda proyectarse fuera del ámbito restringido de quienes intervienen en las negociación, de manera que no se pueden imponer obligaciones para sujetos no comprendidos en la unidad de negociación correspondiente...»⁶⁶.

Ésta es una limitación propia de la negociación colectiva, que no existía cuando la normativa que fija condiciones de trabajo venía elaborada por el Estado, y por tanto no tenía problemas de representatividad⁶⁷. Pero la exigencia de representatividad adecuada viene a funcionar como la exigencia de unidad «apropiada», que en su momento se requería⁶⁸. De hecho, la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, cuando analiza supuestos de unidades de negociación en que aparecen sujetos carentes de la representatividad o legitimación necesaria para formar parte de las mismas, viene a usar el mismo término que hace años servía para limitar las unidades de negociación a las previstas legalmente: la unidad apropiada. Así, la STS de 18.12.2002, Rec. Casación 1154/2001, establece que:

«Es evidente pues, en contra de lo afirmado por la recurrente, que el Convenio Catalán de Aparcamientos no estaba obligado a respetar el ámbito funcional fijado por el Convenio General. (...) Ahora bien, lo anterior no quiere decir que los negociadores del Convenio Catalán tuvieran plena libertad para establecer su propio ámbito funcional. Esta Sala ha declarado [sentencias de 19-12-95 (rec. 34/95), 28-10-96 (rec. 566/1996) y 2-12-96 (rec. 1149/96)] que la regla del art. 83.1 ET que consagra la libertad de negociación no es incondicionada, sino que está sometida a determinadas

⁶⁶ J. GARCÍA VIÑA, «El ámbito del convenio colectivo ¿Cuáles son sus límites, según la jurisprudencia?», *REDT*, núm. 120, nov./dic. 2003. El mismo autor ofrece el ejemplo de la STS 28-10-1996 (RJ 1996, 7797), que anula la obligación subrogatoria que se imponía hacia la empresa principal, en un convenio colectivo de una empresa contratista de un servicio para otra.

⁶⁷ Salvo los problemas de representatividad general que tenía el Estado, cuyos órganos de representación no surgían de elecciones públicas.

⁶⁸ A la que nos hemos referido más arriba, con citas de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *La unidad de negociación...* cit.

limitaciones que se relacionan por una parte con exigencias de objetividad y estabilidad (S. 20-9-93, rec. 2724/91) y por otra con la propia representatividad de las organizaciones pactantes (S. 23-6-94, rec. 3968/92), aparte de las que derivan de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores sobre concurrencia y articulación de convenios. Desde esta perspectiva hay que señalar (...) que la *unidad apropiada* de negociación suele construirse a partir de criterios de cierta homogeneidad que permitan establecer una regulación uniforme de condiciones de trabajo, sin perjuicio del juego de otros mecanismos excepcionales de corrección, como los que hoy contemplan los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores».

También alude a esta cuestión la STS de 17-6-2002, Rec. Casación núm. 1001/2001, según la cual:

«el problema es simple, porque si la *unidad apropiada*, a estos efectos, es el sector y no la empresa, la exclusión del sindicato demandante operaría no por una decisión voluntaria de los demandados, sino por aplicación de una norma legal»⁶⁹.

De esta manera, las exigencias de representatividad de las partes que firman el convenio perpetúa las estructuras de las unidades de negociación, y por tanto, de los ámbitos de vigencia de los convenios colectivos. En todo caso, entiendo que la perpetuación de las estructuras negociales no es una consecuencia de la perpetuación de las estructuras organizativas de sindicatos y patronales —ya que igualmente se podría decir lo contrario: el mantenimiento de las estructuras sindicales y patronales produce que no se puedan firmar convenios colectivos de ámbito distinto a la rama de actividad—. Más bien se trata de una opción general por la estructuración de las relaciones colectivas a nivel de sector de rama de actividad, y en desarrollo de esa opción, se adoptan estructuras sindicales y patronales por rama de actividad, y convenios colectivos con este ámbito de vigencia⁷⁰.

No obstante, la rigidez en materia de fijación de ámbitos de vigencia de los convenios colectivos, en el sentido de que la actividad a que se dedica la empresa sigue siendo el criterio utilizado para determinar el ámbito de aplicación del convenio, no puede hacer frente a las realidades económicas y sociales actuales. Existen actualmente algunos problemas no resueltos por la estructura clásica de la negociación colectiva. A continuación haremos referencia sólo a tres de ellos, por la limitación de espacio de este trabajo.

⁶⁹ Los subrayados en ambas sentencias son míos.

⁷⁰ La situación entiendo que es la misma, aunque con distintos mecanismos jurídicos, que la que describe F. VALDÉS DAL-RÉ refiriéndola a la negociación colectiva surgida con la Ley de 1958: «El criterio decisivo para la determinación de los niveles de negociación no dependía de la “estructura orgánica de las representaciones profesionales”, sino de la decisión legal de haber sido calificada como “apropiada” una determinada unidad», en *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, MTAS, 1996, pg. 376, con cita de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO.

III.1. Los convenios franja supraempresariales

Existen colectivos de trabajadores que no constituyen la totalidad de los trabajadores de la empresa o del sector, que tienen una conciencia de colectividad separada y un poder de negociación suficiente para poder establecer condiciones de trabajo por sí mismos, de manera separada a la del resto de trabajadores del sector. Esta realidad ha dado lugar a la existencia del convenio colectivo de franja, sea de empresa o de ámbito superior a la empresa; para ello, la doctrina ha abierto camino a una interpretación de las normas reguladoras de la legitimación para negociar, que permiten la existencia actual de multitud de convenios colectivos de franja, a nivel de empresa o superior, que dan solución a este problema⁷¹.

Ciertamente, los convenios de franja «poseen en nuestra doctrina laboral una tradición de juicios netamente desfavorables en base a fundamentaciones diversas, que van desde la catalogación del convenio colectivo de franja como “una importante quiebra del principio de unidad de empresa” o como expresión de una “ruptura de toda solidaridad” entre los trabajadores, hasta su consideración como “unidad de contratación anómala”, o más recientemente, como “manifestación ahistórica”⁷². En todo caso, los convenios colectivos de franja, que anteriormente podían tener similitudes con los antiguos convenios de oficios, dan hoy respuesta a un problema diferente.

Como ya se ha dicho, «Estos convenios son expresión de una diversificación –fundamentalmente debida a cambios tecnológicos– en el seno del mercado laboral y representan una expresión a nivel convencional de autoafirmación de intereses diferenciables respecto a otros colectivos de trabajadores, de manera que aunque los convenios de franja mantengan similitudes con los convenios de oficio, aquellos representan una nueva dimensión en el sistema de relaciones laborales. Mientras que unos se refieren a categorías de trabajadores manuales normalmente en proceso de desaparición o de redefinición respecto a su rol profesional en el mercado laboral, los otros, además de referirse principalmente a trabajadores no manuales, están relacionados con categorías y grupos profesionales en proceso de crecimiento. En este sentido, los convenios colectivos de franja son más un indicio del futuro que un legado del pasado»⁷³.

Esta diversificación de colectivos puede tener lugar dentro de una empresa, o a un nivel superior, de manera que los convenios colectivos de franja pueden ser necesarios o convenientes a niveles superiores a los de empresa. No obstante, la norma positiva sólo contempla, aunque no de forma expresa, los convenios colectivos de franja a nivel de empresa. El art. 87.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere, por un lado, a los convenios que afecten a la totalidad de los trabajadores de la empresa, y por otro lado, a

⁷¹ A este respecto, véase el estudio monográfico de M. NOGUEIRA GUSTAVINO *Sindicato y negociación colectiva franja*, Tirant lo Blanch, 2001.

⁷² Según S. DEL REY GUANTER, *Los convenios colectivos de franja*, cit.

⁷³ S. DEL REY GUANTER, *Los convenios colectivos de franja*, cit.

los demás convenios, con una referencia que la totalidad de la doctrina ha interpretado que va dirigida a los convenios de franja⁷⁴. Pero incardinándose esta nueva norma en el apartado 1 del art. 87, dedicado a la legitimación en los convenios de empresa o ámbito inferior, resulta que la norma positiva no regula la posibilidad de convenios colectivos de franja a nivel sectorial, siendo así que el problema al que el convenio franja viene a dar solución puede plantearse igualmente a nivel superior al de empresa.

Pues bien, pese al silencio legal en la materia, la doctrina ha interpretado que los convenios franja de sector son posibles en nuestro ordenamiento, y de hecho existen⁷⁵, y ello porque cuando el legislador reformó el art. 87 ET en 1994, permitió los convenios de franja, de manera apresurada, y «si la jurisprudencia y doctrina hablaba de la franja empresarial, el legislador de 1994 sencillamente ha pensado que no existían otros, abstraído en tan amplia reforma como la producida con aquella Ley, donde este punto no era ni el más importante ni el más urgente de los tratados», por lo que no estamos más que ante «una laguna con la que nos topamos, por lo que hará falta una interpretación integradora, que salve el lapsus del legislador en este aspecto»⁷⁶.

Sin embargo, entendemos que para admitir la legalidad del convenio de franja sectorial, no hay que recurrir a interpretaciones correctoras ni integradoras de la norma, porque estos convenios, a niveles superiores a la empresa, son perfectamente legales por las razones que seguidamente se dan. Pero antes conviene aclarar que al término «franja», en este caso, no le damos el significado de grupo homogéneo de trabajadores que forman parte o son una fracción de un sector, es decir, aunque son una colectividad de trabajadores que tienen un elemento en común –como misma categoría profesional o titulación– entendemos que dicho grupo por sí mismo puede ser considerado un sector definido por la actividad de los trabajadores que integran el grupo y no por la actividad de la empresa en la que prestan sus servicios. Así pues, más que convenios franja de sector, sería más apropiado definirlos como convenios franja supraempresariales.

⁷⁴ Por todos, J. CRUZ VILLALÓN, P. RODRIGUEZ RAMOS VELASCO y R. GÓMEZ GORDILLO, *Estatuto de los Trabajadores comentado*, cit., en sus comentarios al art. 87 ET, especialmente pg. 1037: «... es de interpretación generalizada que el sistema introducido por la reforma de 1994 iba destinado exclusivamente a los convenios de franja, a pesar de que la expresión legal fuera más amplia, con referencia a todo tipo de convenios de ámbito inferior a la empresa. Además por la lógica general del sistema escogido parece que carece de sentido extender las reglas del párrafo segundo más allá del concreto supuesto de convenios de franja».

⁷⁵ A. OJEDA, en *Los convenios de franja sectoriales*, cit., lista los siguientes: convenio de empresas de doblaje y sonorización, rama técnica (BOE 9-10-1993); III Acuerdo del sector portuario, para estibadores portuarios (BOE 10-12-1999); II convenio colectivo del ciclismo profesional (BOE 14-2-1998); II convenio colectivo del Baloncesto profesional (BOE 3-2-1994), II convenio colectivo de fútbol profesional (BOE 8-7-1998); Convenio colectivo de balonmano profesional (BOE 4-6-1998), y convenio nacional taurino (BOE 20-11-1997).

⁷⁶ A. OJEDA, *Los convenios...*, cit.

En cuanto a las razones para mantener la legalidad de estos convenios franja supraempresariales se basan en lo siguiente: Los convenios de franja a nivel empresarial son los que no afectan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, conforme el tenor literal del art. 87.1 ET; y son convenios de franja y no ordinarios, porque el convenio de empresa ordinario es el que afecta a todos los trabajadores de la empresa, por exigencia del art. 82.3 ET, de la prohibición de discriminación y del principio de unidad de empresa. Esto es perfectamente lógico en los convenios de ámbito de empresa o de centro de trabajo, en los que la normativa lleva a la aplicabilidad del convenio a todos los trabajadores de la empresa, o a una parte de los mismos a través del convenio franja de empresa.

Pero esta construcción de los convenios de empresa no necesariamente tiene que ser trasladada a los convenios denominados de sector, o dicho de otro modo, traspasar esta construcción a los convenios franja supraempresariales sólo es posible si aceptamos como obligatorias diversas premisas que no están en ninguna parte de la normativa. Y ello, porque ninguna parte de la norma define qué es un sector de actividad ni aparece un listado de sectores en parte alguna; más bien la norma deja a las partes libertad de fijación del ámbito, como ya hemos visto. No existe actualmente, la imposición legal de unidades apropiadas de negociación. Y para aceptar la existencia de convenios de franja sectoriales, habría que presuponer que:

1. Existe una unidad de negociación apropiada para el sector en que va a operar el convenio franja sectorial. O sea, el sector tendría que venir determinado por una normativa situada por encima de los negociadores, y que exigiera que, en principio, el convenio colectivo se aplicara a todos los trabajadores de ese sector predeterminado.
2. El convenio de franja vendría a ser una excepción a esta exigencia preliminar, porque no afectaría a todos los trabajadores del sector, sino a una parte de ellos. Por tanto, se trataría de un convenio irregular o distinto al previsto por la norma previa que impone la unidad apropiada de negociación.
3. La existencia de una autorización legal para incumplir esta exigencia previa.

Consideramos que los convenios colectivos denominados de franja sectoriales son simplemente convenios colectivos ordinarios, de los previstos expresamente por el art. 87.2. La única diferencia con los convenios socialmente típicos es que en estos convenios de que hablamos, el ámbito de aplicación acordado por las partes no se refiere a un sector determinado por la actividad de la empresa –cosa que, como hemos dicho, no es una exigencia legal, aunque sea la manera típica de fijar los ámbitos de negociación de los convenios de ámbito superior a la empresa– sino a un sector determinado por la actividad a que se dedican los trabajadores. Nada impide que las partes, en uso de la libertad que les reconoce el art. 83.1 ET, escojan esta forma de determinar el ámbito de aplicación del convenio. Así, estaremos ante un

convenio colectivo normal, que cumple las previsiones del ET⁷⁷ –aunque rompe el esquema de la tradición heredada de la dictadura de Primo de Rivera–, que se podría negociar por los mismos sujetos legitimados en el ámbito supraempresarial –obviamos el análisis de los posibles problemas de legitimación que se pueden objetar en este supuesto, pues ello nos desviaría de la materia central de este trabajo–.

III.2. El convenio colectivo aplicable en las nuevas formas de organización empresarial: Las contrata de obras o servicios

Otro problema distinto con que se tiene que enfrentar la actual estructuración de la negociación colectiva estriba en la generalización del trabajo subcontratado, y los problemas que ello conlleva en cuanto a la determinación del convenio colectivo aplicable. Como hemos visto, el convenio aplicable a una concreta relación laboral viene determinado por la actividad a la que se dedica la empleadora. Pues bien, mediante la subcontratación se permite que varias empresas participen en un mismo proceso productivo. Ello conlleva que, como no es la participación en un concreto proceso productivo sino la pertenencia a una concreta empresa lo que determina el convenio aplicable, puede resultar que no todos los trabajadores que participan en un proceso productivo único vean regidas sus relaciones laborales por el mismo convenio colectivo sectorial.

Pero teniendo en cuenta que es el empresario principal quien decide si subcontrata o no⁷⁸, y cómo se va a llevar a cabo la subcontrata, al hacer esta elección en la forma de producción, y a través de la elección misma, está también determinando qué convenio colectivo, de entre los varios posibles, es el que se va a aplicar a los trabajadores que participen en su proceso productivo; puede, pues, adoptar unilateralmente decisiones que afecten a las condiciones de trabajo de colectivos enteros de trabajadores, sin necesidad de que éstos pertenezcan a la plantilla de su empresa. Esta importante ventaja para las empresas entendemos que es, en gran medida, una de las causas determinantes de la proliferación del uso de la contrata como forma de organización del trabajo. En lo que sigue intentaremos acercarnos a la mecánica jurídica a través de la cual se produce esta afectación.

⁷⁷ Esta construcción salvaría la objeción que se puede hacer a la falta de previsión normativa expresa de los convenios franja sectoriales: Igual que una parte de la doctrina opina que los convenios extraestatutarios no son alegales, sino simplemente ilegales, como hemos visto más atrás, los convenios de franja sectoriales, no previstos expresamente en la Ley, podrían ser ilegales por la misma razón.

⁷⁸ Téngase en cuenta que la posibilidad de adoptar esta decisión se inserta dentro del poder de dirección del empresario principal, tal como pone de relieve A. MONTAÑA MELGAR, en «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», *Revista del MTASS* núm. 48, 2004, pgs. 135 y 136: «Al que llamamos poder directivo general pertenecen decisiones globales que tienen por objeto la organización laboral de la empresa, tales como la determinación del volumen de la plantilla, la contratación del trabajo de modo directo –mediante contratos laborales– o a través de procedimientos de «externalización» del trabajo «mediante contrata, empresas de trabajo temporal, etc.».

Resulta obvio y reiterativo afirmar que el mundo actual no es igual al existente al tiempo en que se tomó la decisión de regular las relaciones de trabajo de manera sectorial. Los cambios habidos desde entonces, acelerados en los últimos tiempos, han producido una realidad económica muy diferente a aquélla. No obstante, y como hemos visto, la estructura de la negociación colectiva sigue, en términos generales, igual a la de aquella época. Los cambios producidos desde entonces se centran, en lo que aquí interesa, en dos aspectos principales: a) El desarrollo de nuevos modos de organizar el trabajo en la producción de bienes y servicios, siendo el más evidente de entre ellos el que se desarrolla a través de la subcontratación entre empresas, y b) La aparición de nuevas actividades desconocidas con anterioridad.

Es un lugar común en la doctrina afirmar que la extensión de la descentralización productiva ha sido una respuesta a la crisis petrolífera de los años 70, «entendida como forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y servicios y de prestación de servicios mediante el recurso a contratación de proveedores y suministradores para la ejecución de ciertas fases o actividades»⁷⁹, mediante la cual se pretende romper las rigideces del mercado de trabajo, y abaratar costes⁸⁰. Las empresas contratistas o subcontratistas intervienen, mediante esta forma de organizar la producción, en el proceso de elaboración de bienes y servicios de otras empresas, pero no son ni forman parte en sentido jurídico de esas otras empresas. La participación en un mismo proceso productivo no produce, obviamente, la confusión de personalidad jurídica entre las diferentes empresas. Cada una de las empresas sigue siendo diferenciada de las otras⁸¹, y por tanto, sujeta a sus propias circunstancias.

La reducción de costes laborales está en la base de la mayoría de las opciones de descentralizar actividades⁸². Con ello, «se produce una huida de los convenios colectivos aplicables a las empresas principales, precisamente por-

⁷⁹ Según la definición de F. VALDÉS DAL-RE en «La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo», en AA DD, *La externalización de actividades (outsourcing)*: una visión interdisciplinar, Cord. A. PEDRAJAS MORENO, Editorial Lex Nova, 2002, pg. 29.

⁸⁰ Por todos, vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja», *RRL*, 1991/I.

⁸¹ Incluso respecto de los trabajadores de unas y otras, según indica A. MONTAÑA MELGAR «El poder de dirección...», cit., pg. 137: En principio, la situación jurídica es muy clara: -El contratista, único patrono o empresario laboral de los trabajadores por él contratados, es también titular único del poder directivo; -El empresario principal es un tercero frente a dichos trabajadores; al no ostentar respecto de ellos la condición de empleador carece de título contractual para dirigir su trabajo».

⁸² «Cierto es que la reducción de costes laborales no es el único factor de la descentralización; pero sí es una ventaja perseguida por las estrategias descentralizadoras y que, de seguro, ha anidado en algunas de las opciones de política de Derecho adoptadas por los poderes públicos en los últimos años, así como influido en algunas interpretaciones jurisprudenciales de la misma época» según F. VALDÉS DAL-RE, en «Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo», *Sistema*, núm. 168-169/2002. Igual dice el mismo autor en *La externalización de actividades laborales...* cit., pg. 41.

que éstos dispensan un mayor nivel de protección de los referidos derechos que los aplicables a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. En suma, al aprovechar a fondo las posibilidades que ofrecen los amplísimos márgenes concedidos legalmente a la negociación colectiva, se están abriendo importantes vías de agua en la intensidad de la garantía de los derechos laborales de los trabajadores de dichas empresas»⁸³. En definitiva, los objetivos de carácter económico que las empresas pueden perseguir mediante la subcontratación se centra principalmente en «reducir costes de instalación inherentes a la capacidad productiva que se descentraliza; reducir los costes correspondientes a la mano de obra; desplazar el riesgo y las responsabilidades de varias partes del ciclo productivo; prescindir de actividades con rendimientos descendentes, etc.»⁸⁴.

La técnica jurídica a través de la cual se consigue esta diferenciación de costes laborales para las empresas es la aplicación de convenios diferentes a los trabajadores de las diversas empresas que participan en un único proceso productivo, elección que realiza el empresario principal en el uso de su poder de dirección, a través de la elección de la actividad que subcontrata, y cómo y a quién la subcontrata. La existencia de ámbitos distintos de vigencia de los convenios sectoriales determinados por la actividad de la empresa, permite que se pueda producir esta situación en la que, de forma indirecta, es el empresario principal, y no los sujetos colectivos, el que decide qué condiciones de trabajo, de entre las diversas regulaciones convencionales existentes, se les va a aplicar a los trabajadores de las actividades subcontratadas.

III.3. Las empresas multiservicios: Nuevas actividades

Por otro lado, la situación descrita anteriormente se complica desde el momento en que aparecen nuevas actividades que escapan de las reguladas por

⁸³ Según expone R. ESCUDERO RODRÍGUEZ en «Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva», en AA DD *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV jornadas de Estudio sobre la Negociación colectiva*, CCNCC, MTAS, 2002, pg. 54, haciendo notar el autor, a renglón seguido que la tesis de que el recurso a las subcontratas reduce los derechos de los trabajadores es algo ya trillado en la doctrina anterior, con cita de BLAT GIMENO, RECIO ANDREU, J. RIVERO LAMAS, A. SUPLOT y F. VALDÉS DAL-RE. El artículo de R. ESCUDERO RODRÍGUEZ también se puede consultar en *Observatorio de la negociación colectiva*, R. ESCUDERO COORD. Editado por la Secretaría Confederal de Política Institucional, Política Social y Estudios de CCOO, Paralelo Edición SA, 2002, pgs. 43 a 70.

⁸⁴ Vid. S. GARGANTÉ PETIT e. a. *Contratas y subcontratas. Criterios para la Actuación sindical*, editado por la CONC, en 2003, y también publicado en www.conc.es/ceres. En igual sentido vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ «Reflexiones preliminares sobre la necesidad de analizar cualitativamente la negociación colectiva» en *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*, AA DD, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, donde en referencia a la descentralización productiva dice que: «... El proceso de huida de convenios colectivos con mejores condiciones de trabajo hacia otros claramente peyorativos o de mínimos es una de las principales manifestaciones de este exacerbado y preocupante fenómeno», pg. 28.

los convenios colectivos sectoriales, actividades que, en su mayor parte, van a ser prestadas a través de contratatas.

La aparición del sector servicios en la economía, que constituyó una primera quiebra de las estructuras de la regulación sectorial de condiciones de trabajo, dio lugar a la aprobación de la Ordenanza laboral de Oficinas y Despachos. En el sector de oficinas y despachos, la división funcional por sectores de negociación colectiva determinados en función del tipo de bienes o servicios que producen las empresas quiebra, pues este sector intentó, desde el principio, tomar como referencia «el lugar donde se realiza la prestación laboral o el tipo de actividad profesional ejecutada por sus empleados. En realidad se trata de un “macrosector”, pues a través del mismo se pretende englobar al conjunto del sector terciario de la economía, incluyendo dentro de su ámbito a cuantas empresas y trabajadores pertenezcan al sector servicios, con independencia de cuál sea su concreta actividad negocial»⁸⁵.

Sin embargo, pese a que cabría presumir que la regulación sectorial en este sector iba a adquirir con el paso del tiempo un protagonismo dominante en el conjunto de nuestro sistema de negociación colectiva, la realidad muestra todo lo contrario, el sector de oficinas y despachos ha ido retrocediendo en importancia hasta convertirse en un sector marginal⁸⁶.

En todo caso, han seguido surgiendo sectores de actividad nuevos, al margen de los sectores previstos por la estructura de la negociación colectiva⁸⁷, que igualmente están poniendo en cuestión la eficacia del actual sistema de negociación. La complejidad de la situación no deriva sólo del hecho de tratarse de nuevas actividades no encuadrables en ningún sector de los existentes, sino de que, además, estas nuevas actividades se llevan a cabo, principalmente, a través de la fórmula de las contratatas.

Un ejemplo de ello son los servicios de seguridad privada, que van a ser desarrollados por empresas que se dedican exclusivamente a esta actividad –por imperativo de la normativa de seguridad privada– mediante la prestación de estos servicios a otras empresas que se dedican a otras actividades distintas de la seguridad, a través de contratatas de servicios. La solución en este caso ha venido por la negociación de un convenio del sector de seguridad privada, es decir, que se ha creado un sector nuevo que viene a sumarse a los existentes tradicionalmente, aunque se diferencie con respecto a éstos en que los servicios de seguridad siempre van a ser prestados a otras empresas –principal– que tienen una actividad distinta a la contratata, a través de contrata de servicios.

Otro ejemplo mucho más problemático es el de aquellas empresas denominadas de «multiservicios», que también por medio de la contratación con otras empresas, les ofrecen a éstas una variada gama de servicios diferentes,

⁸⁵ Según J. CRUZ VILLALÓN, *La negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos*, cit.

⁸⁶ J. CRUZ VILLALÓN, *Ibidem*.

⁸⁷ Situación analizada por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO e. a. en *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, CCNCC, MTAS.

cada uno de los cuales se podrían integrar por separado en un sector de los existentes, o simplemente no existe un sector donde encuadrarlos –servicios de limpieza, de auxiliares, mantenimiento, jardinería, etc.–. Por el conocido principio de unidad de empresa, evolucionado al principio de la actividad principal, cuando una empresa se dedique a más de una actividad, se le aplicará el convenio de la actividad principal. Pero tampoco esta solución vale para el supuesto referido, pues en él ¿cuál es la actividad principal? La solución que han dado los Tribunales a estos casos de diversas actividades, independientes, es que el principio de unidad de convenio para la empresa no puede oponerse a que los trabajadores de la misma que se dediquen a actividades diversas puedan regularse por convenios diferentes –STSJ Cataluña de 7 de febrero de 1992–.

Pero el problema no queda totalmente satisfecho con esta solución, pues puede haber una o más actividades en la misma empresa que sean nuevas y no puedan ser encuadrables en ningún convenio colectivo, ni constituyan por sí mismas un sector propio, en el significado tradicional del término. Sencillamente las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por esta situación, no se regulan en convenio colectivo, «y ello es preocupante respecto de aquellos que se encuentran en situación de mayor debilidad y sin otra red de seguridad que la aplicación de los crecientemente menguados e incompletos mínimos legales»⁸⁸. Así, además de la falta de reconocimiento de una serie de derechos, podrían tener como sueldo el fijado por el salario mínimo interprofesional y, sobre todo, sin expectativas de que se negocie un convenio para los mismos por las dificultades derivadas de la clásica estructura de la negociación colectiva.

IV. POSIBLES SOLUCIONES

Entendemos que la estructura de la negociación colectiva actualmente vigente no puede hacer frente a los problemas que se están generando, algunos de los cuales hemos referido anteriormente. La fijación de sectores de la producción como determinantes del ámbito de aplicación del convenio colectivo deja a las nuevas actividades emergentes sin cobertura convencional, y además permite a las empresas principales inaplicar la normativa convencional que surge con vocación de regular todas las relaciones laborales existentes en un determinado sector, produciendo situaciones claramente no deseadas por los que negocian el convenio colectivo.

Hasta ahora no existen soluciones satisfactorias, en nuestra opinión, hacia estos problemas. Interesa a estos efectos hacer referencia a la solución que ofrece la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 28 de enero de 2004, Recurso de Suplicación núm. 2167/03, que analiza un supuesto en que una empresa de servicios –que a su vez forma parte de un grupo–, no acogida a convenio sectorial alguno por tratarse de una empresa multiservicios, pero con convenio de empresa propio con escaso nivel en la regulación de las

⁸⁸ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La negociación colectiva en España...* cit., pg. 28.

condiciones de trabajo. Dicha empresa ordena a una de sus trabajadoras realizar funciones propias de vigilantes de seguridad –categoría profesional prevista en el convenio estatal de seguridad– pero formalmente le atribuye a todos los efectos una categoría profesional distinta, contemplada en su convenio de empresa. El problema se planteó con ocasión del despido del que fue objeto la trabajadora citada, a la hora de determinar el salario a efectos de despido.

La Sentencia considera que «... a los efectos de poner coto a la anómala situación que ello comporta, y como cuestión a resolver en el propio pleito de despido, en cuanto determinante de sus consecuencias económicas, se deba admitir que, en atención al trabajo realmente desempeñado por la trabajadora recurrente para el grupo Eulen, el salario que se le debía de abonar no debía ser el del Convenio colectivo Provincial de Ciudad Real de dicha empresa, sino el de cuantía superior, correspondiente a la categoría realmente desempeñada, descrita en el Convenio Estatal, y de superior cuantía».

Como se ve, la sentencia transcrita decide aplicar el convenio de mayor condiciones de trabajo, el sectorial estatal de seguridad, y ello «en atención al trabajo realmente desempeñado por la trabajadora recurrente», y no en atención a la actividad de la empresa. Esta solución, aunque pueda ser justa, formalmente podría estar no respetando los ámbitos de aplicación funcional del convenio estatal de Seguridad Privada, que, como la generalidad de los convenios sectoriales, se define por la actividad desempeñada por las empresas del sector –en este caso por la actividad de seguridad privada– y se aplican a las empresas de dicho sector y a trabajadores que prestan servicios en las mismas –téngase en cuenta que la empresa que despide no está dedicada a la actividad de seguridad privada–. Ciertamente, el supuesto de hecho de la sentencia se complica por el hecho de que la empleadora era una empresa integrada en un grupo de empresa, del que forma parte también otra empresa dedicada exclusivamente a la actividad de seguridad privada.

La sentencia toma como criterio determinante para aplicar el convenio colectivo –del sector de seguridad privada– el trabajo realmente desempeñado por la trabajadora, con independencia de la actividad a la que se dedique la empresa para la que trabaja. De esta manera ciertamente se evitan los efectos del fraude consistente en incluir a la actora en la plantilla de una empresa del grupo distinta a la empresa de seguridad privada con la finalidad de aplicarle un convenio colectivo menos beneficioso. Pero precisamente por la concurrencia de esta circunstancia concreta en el presente caso –la de ordenar trabajos distintos a la actividad de la empresa de forma fraudulenta– es lo que impide que esta solución se pueda extrapolar a otros supuestos, es decir, que la actividad del trabajador sea el criterio determinante para la aplicación de un convenio colectivo, pues la vigente estructura sectorial de la negociación colectiva lo impide.

Consideramos que este tipo de fraudes, y otras situaciones que no llegan a ser consideradas fraudulentas –pero que igualmente persiguen la aplicación de convenios colectivos con inferiores condiciones de trabajo– sólo se pue-

den solucionar mediante la alteración de la estructura de la negociación colectiva, en el sentido de fijar los ámbitos de vigencia de los convenios sectoriales en función de la actividad desempeñada por los trabajadores y no por la actividad desarrollada por la empresa –más que a través de una solución de equidad *ad hoc*–. Así, resultaría imposible huir de la vigencia de un convenio colectivo a través de la técnica de subcontratar la actividad a otra empresa, ya que la actividad a tener en cuenta para la determinación del convenio aplicable sería la actividad del trabajador, no la de la empresa subcontratista. También se evitaría el vacío de normativa convencional para los trabajadores de las empresas dedicadas a los nuevos sectores de la economía, ya que estos nuevos sectores serían indiferentes a la hora de determinar la vigencia de los convenios sectoriales.

Por último, de esta manera, también se daría eficacia real a la facultad de los interlocutores sociales para fijar condiciones de trabajo, es decir, al derecho a la negociación colectiva, y con él, a la libertad sindical, del que forma parte⁸⁹, ya que la aplicabilidad de las condiciones de trabajo pactadas para los trabajadores que desempeñan un determinado trabajo no podría ser evitada por las empresas mediante las técnicas que hemos visto.

Con ello, se produce una situación que se asimila a una vuelta a los orígenes de la negociación colectiva. En efecto, ya hemos visto cómo M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, en 1969 argumentaba que la determinación de las unidades de negociación podía determinarse según lo que se denominaba *craft unit* –es decir, por oficios– o según lo que se denominaba *industrial unit* –por actividad de la empresa– y cómo la primera estaba pasada de moda, por lo que todos los países han ido pasando paulatinamente de la horizontalidad a la verticalidad, así que «no tiene nada de extraño que en nuestro ordenamiento haya seguido estas orientaciones que salen al paso a los efectos atomísticos de la unidad horizontal que divide a la empresa en grupos independientes. Hoy es un hecho, subrayado por la sociología del trabajo, que el trabajador está más afecto y ligado a la empresa y rama en la que trabaja que a su oficio o especialidad personal»⁹⁰.

En la actualidad, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, al analizar los problemas derivados del surgimiento de nuevas actividades y sectores, llega a la conclusión de que «... la negociación colectiva no puede, en su estructuración actual, dar cobertura a todos los nuevos factores que intervienen en estos nuevos sectores, por lo que se precisan cambios en el sentido de centrar más la regulación laboral en el trabajador que en la empresa»⁹¹.

1. Bibliografía

AA DD:

⁸⁹ Vid. A. M. CARMONA CONTRERAS, *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva*, Tecnos/CARL, 2000.

⁹⁰ En *La unidad de negociación...*, cit.

⁹¹ *Nuevas actividades...*, cit., pg. 35. El subrayado es mío.

La negociación colectiva en España: una visión cualitativa, Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Tirant lo Blanch, 2004.

Las negociaciones colectivas, Ediciones Marymar, Buenos Aires, 1971, Coord. DUNLOP, J. T.

La negociación colectiva en el escenario del año 2000, XII Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de convenios Colectivos, MTAS, 1999.

La reforma de la negociación colectiva, Marcial Pons, 1995, M. R. ALARCÓN/S. DEL REY Coords.

Las nuevas formas de organización del trabajo. Viejos retos de nuestro tiempo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 20 edición, 1991.

Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva, CCNCC, Coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MTAS, Madrid, 2001.

La eficacia de los convenios colectivos, MTAS, 2000, Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Comares, 1998. Dir. J. L. MONEREO PÉREZ.

La externalización de actividades (outsourcing): una visión interdisciplinar, Coord. A. PEDRAJAS MORENO, Editorial Lex Nova, 2002.

Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV jornadas de Estudio sobre la Negociación colectiva, CCNCC, MTAS, 2002.

Observatorio de la negociación colectiva, Coord. R. ESCUDERO. Editado por la Secretaría Confederal de Política Institucional, Política Social y Estudios de CCOO, Paralelo Edición SA, 2002.

Contratas y subcontratas. Criterios para la Actuación sindical, editado por la CONC, en 2003 y también publicado en www.conc.es/ceres, autores: S. GARGANTÈ PETIT e. a.

ALARCÓN CARACUEL, M. R., «La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos», integrado en *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, 4ª edición, Madrid, 1981.

–*Pactos colectivos y contratos de grupo*, Editorial Comares, 2000.

BAYLOS GRAU, A., «Sobre la decisión unilateral del empresario sustitutiva de la negociación colectiva», *RDS*, núm. 10.

AUNÓS PÉREZ, E., *Las corporaciones de trabajo en el Estado moderno*, Juan ORTIZ EDITOR, 1928.

–*Estudios de Derecho corporativo*, Editorial Reus, 1930.

–*La reforma corporativa del Estado*, M. AGUILAR EDITOR, Madrid, 1935.

CARMONA CONTRERAS, A. M., *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva*, Tecnos/CARL, 2000.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, Instituto Editorial Reus, 1957.

CASTILLO, J. J., «El taylorismo hoy: ¿arqueología industrial?», en AA VV, *Las nuevas formas de organización del trabajo. Viejos retos de nuestro tiempo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 20 edición, 1991.

CAVAS MARTÍNEZ, F., «Contratación plural de condiciones de trabajo y autonomía colectiva: ¿Antisindicalidad o normalidad en la articulación entre las fuentes jurídico-laborales», *Aranzadi Social*, núm. 4, mayo 2002.

CENTRO DE ESTUDIOS SINDICALES, *La organización sindical española*, Madrid, 1957.

CHADLER, M. K., «Las negociaciones colectivas en los Sindicatos de Gremios», en J. T. DUNLOP, *Las negociaciones colectivas*, Ediciones Marymar, Buenos Aires, 1971.

CRUZ VILLALÓN, J. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO P., GÓMEZ GORDILLO, R., *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, 2003.

CRUZ VILLALÓN, J., «La negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos», incluido en VV AA, *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, MTAS, 1999.

DE LA VILLA GIL, L. E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, 2003.

DEL REY GUANTER, S., «Los convenios colectivos de franja», *Civitas, REDT*, núm. 17, enero/marzo 1984.

–«Transformación del sistema de negociación colectiva y “refundación” de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en M. R. ALARCÓN/S. DEL REY Coords., *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, 1995.

ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, –reflexiones preliminares–. Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Tirant lo Blanch, 2004.

–«Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva», en AA DD, *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV jornadas de Estudio sobre la Negociación colectiva*, CCNCC, MTAS, 2002.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «Los convenios colectivos extraestatutarios», III Ponencia del XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, *La eficacia de los convenios colectivos*, MTAS, 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Estructura del Estado y ámbito territorial de la negociación colectiva», en VV AA, *La negociación colectiva en el escenario del año*

2000, *XII Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de convenios Colectivos, MTAS, 1999.

GALLART FOLCH, A., *Derecho español del Trabajo*, Editorial Labor SA, 1936.

GARCÍA MURCIA, J., *La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, Civitas, 2001.

GARCÍA VIÑA, J., «El ámbito del convenio colectivo ¿Cuáles son sus límites según la jurisprudencia?», *REDT*, núm. 120, nov./dic. 2003.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., «La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes», *REDT*, núm. 103, enero/feb., 2001.

KANH FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, MTSS, 1987.

MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», *Revista del MTAS*, núm. 48, 2004.

MORENO VIDA, «Comentarios al art. 83 ET», en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1998, Dir., J. L. MONEREO PÉREZ.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *Sindicato y negociación colectiva franja*, Tirant lo Blanch, 2001.

OIT, *La libertad Sindical. Estudio internacional*, Publicaciones de la OIT, M. AGUILAR EDITOR, Madrid, 1929.

OJEDA AVILÉS, A., «Los convenios de franja sectoriales», *AL*, 2000/LIV.

PALOMEQUE, M. C., *Derecho del trabajo e ideología*, AKAL/UNIVERSITARIA, 20 edición, 1984.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja», *RRLI*, 1991/I.

PHELPS BROWN, H., *Los orígenes del poder sindical*, MTSS, 1990.

PRAT DE LA RIBA, E., *Los jurados mixtos para dirimir las diferencias entre patronos y obreros y para prevenir o remediar las huelgas*, Imprenta del Asilo de huérfanos del S. C. de J., Madrid, 1901.

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., *Convenios colectivos extraestatutarios*, Tecnos, 1992.

–*Los convenios colectivos irregulares*, CES, 1998.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo», *RPS*, núm. 84, oct./dic. 1969.

ROMAGNOLI, U., *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, CES, 1997.

SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2001.

SIMÓN PÉREZ, H. J., *La estructura de salarios pactados en España*, www.cervantes-virtual.com.

VALDÉS DAL-RÉ, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, MTAS, 1996.

–«La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo», en AA DD, *La externalización de actividades (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Coord. A. PEDRAJAS MORENO, Editorial Lex Nova, 2002.

–«Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo», *Sistema*, núms. 168-169/2002.

WEBB, S. y B., *Historia del sindicalismo, 1666-1920*, MTSS, 1990.

ZANCADA, P., *Derecho corporativo español*, Juan ORTIZ Editor, S/F.

2. Abreviaturas

AA DD: Autores diversos

AL: Actualidad Laboral

AS: Revista de Aranzadi Social

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CES: Consejo Económico y Social

CCNCC: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

CONC: Comisión Obrera Nacional de Cataluña

ET: Ley del Estatuto de los Trabajadores

MTAS: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

MTSS: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

OIT: Organización Internacional del Trabajo

RDP: Revista de Derecho Privado

RDS: Revista de Derecho Social

REDT: Revista española de Derecho del Trabajo

RRLI: Revista de Relaciones Laborales

RPS: Revista de política Social

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional