

**LA FUNCIÓN UNIFORMADORA DE  
CONDICIONES DE TRABAJO DEL  
CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR  
Y LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO  
EN EL DERECHO COMUNITARIO**

María Sepúlveda Gómez  
*Profesora Contratada Doctora*  
*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

**ÍNDICE**

1. FUNCIÓN UNIFORMADORA DEL CONVENIO COLECTIVO *VERSUS* DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
2. CAUSAS QUE HACEN DESEABLE LA IGUALACIÓN DE COSTES LABORALES SECTORIALES
3. TÉCNICAS JURÍDICAS EMPLEADAS PARA CONSEGUIR LA IGUALACIÓN DE COSTES LABORALES SECTORIALES. ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO COLECTIVO
4. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL CONVENIO COLECTIVO
5. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO COMUNITARIO DE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA AUTONOMÍA DE LOS NEGOCIADORES PARA REGULAR EL ÁMBITO PERSONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

## 1. LA FUNCIÓN UNIFORMADORA DEL CONVENIO COLECTIVO VERSUS DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho del trabajo se diferencia de otras ramas del único ordenamiento jurídico, entre otras razones, por la existencia de una fuente del Derecho que sólo existe en la rama social: el convenio colectivo. A través del convenio colectivo, los trabajadores, mediante sus representantes, participan en la determinación de condiciones de trabajo; ello produce la existencia de nuevos sujetos del Derecho, que surgen para participar en esta legislación no estatal, propiciadora de una democracia industrial caracterizada por la posibilidad de que los sujetos que intervienen en el mundo del trabajo se doten de normas propias elaboradas no por el Estado, sino por los mismos que participan en la producción.

La función legitimadora de las relaciones de producción que tienen los convenios colectivos es algo aceptado generalmente desde los inicios del Derecho del trabajo; y los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva que tienen los sujetos sindicales son algo que es consustancial con el Derecho del trabajo tal como hoy se entiende. El avance que supone la participación de los sujetos obligados por la norma en la elaboración de la misma, también es algo admitido y reconocido generalmente<sup>1</sup>.

Sin embargo, existe otra función de los convenios colectivos, tal vez menos esgrimida en la doctrina y jurisprudencia, pero no por ello menos esencial para el desenvolvimiento de las relaciones de producción. Los convenios colectivos sectoriales no solamente permiten la participación de los trabajadores y sus representantes (también de las empresas y sus representantes) en la determinación de condiciones de trabajo, sino que además cumplen la función de igualar costes de producción en las distintas empresas que compiten en el mercado, de manera que son, igualmente, una herramienta de suma importancia para regular el sector<sup>2</sup> y, entre otras cosas, hacer que la competencia entre empresas no se vea falseada por una tendencia a fijar la competitividad de las empresas en una competencia basada en la tendencia a la baja de costes laborales. Esta tendencia se ha considerado desde

<sup>1</sup> Aunque M. R. Alarcón considera que la negociación colectiva también es heterónoma cuando es de sector, ya que la asimilación entre autores y destinatarios de la norma sólo se da en los convenios de empresa. En los sectoriales, ni los negociadores sindicales ni los empresariales son sujetos sometidos a la norma que crean. Vid. "La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos", publicado en VVAA, "La reforma de la negociación colectiva", Marcial Pons, 1995.

<sup>2</sup> Aunque en España la exigencia de uniformidad se ha conseguido por técnicas distintas al convenio colectivo, en épocas históricas no propicias para el desarrollo de relaciones colectivas de trabajo clásicas, según expone en "La reglamentación sectorial del trabajo", J. García Murcia, Civitas, 2001.

siempre como una competencia desleal, y se ha intentado impedir mediante una serie de técnicas jurídicas que pretenden proteger la posición del sindicato como garante de esa igualdad de costes<sup>3</sup>. Igualdad de costes que viene impuesta por una norma general, como la contenida en 82.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), a cuyo tenor, "Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia"<sup>4</sup>. En otros ordenamientos jurídicos, también existen técnicas (como el *closed shop*, la limitación de mano de obra, etc) que persiguen el mismo fin, aunque por otros medios.

Así pues, los convenios colectivos sectoriales cumplen una función ordenadora del sector y por tanto de los costes de producción, imponiendo una igualdad en materia salarial y en el resto de condiciones de trabajo que constituyen costes para las empresas, que afecta a todas las empresas de una determinada industria y también a todos los trabajadores de esa misma industria. De esta manera, la competencia entre las empresas no puede basarse en una reducción de costes salariales derivada de una retribución al personal de esa empresa por debajo del estándar sectorial, sino que debe buscarse esta competencia en otras facetas de la producción. El *dumping* social no puede ser el motivo diferencial que permita a ninguna empresa obtener una posición ventajosa en la competencia entre empresas, ya que el convenio colectivo aparece como un suelo de contratación en materia de condiciones de trabajo, impidiendo a todas las empresas del sector regulado por el convenio establecer condiciones de trabajo inferiores a las reguladas en el mismo<sup>5</sup>. Ciertamente, las cláusulas de descuelgue salarial pueden suponer una excepción a esta regla, excepción que puede tener un ámbito muy extenso ya que la ley impone necesariamente la existencia de estas cláusulas como contenido mínimo del convenio colectivo –arts. 82.3 y 85.3.c. ET–<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Así, en nuestro Derecho, la prohibición de sindicatos amarillos en la empresa que puedan aligerar los costes salariales de las mismas, o la prohibición de excluir de la regulación convencional a los grupos de trabajadores que carecen de fuerza negociadora propia, como los trabajadores precarios o temporales, o la misma exigencia (no legal, pero sí aplicada desde siempre) de que el convenio tenga un ámbito determinado por la actividad de las empresas, se pueden entender como exigencias derivadas de esa necesidad de igualación de costes entre empresas contenidas en los convenios colectivos.

<sup>4</sup> Entiendo que la fuerza vinculante que la Constitución reconoce los convenios no exige necesariamente la eficacia general.

<sup>5</sup> Tampoco está permitida la diferenciación salarial en razón del grupo al que pertenezca el trabajador afectado por la diferenciación (por ser trabajador temporal o precario, por ser mujer o por cualquier otra condición personal del trabajador), pero esta prohibición de diferenciación no tiene por causa la igualación de costes entre empresas, sino el principio de igualdad entre trabajadores.

<sup>6</sup> No obstante, esta excepción se regula de modo restrictivo y, en todo caso, se establece la necesidad de que la empresa que pretenda inaplicar las condiciones salariales del convenio sectorial, obtenga la autorización de los representantes del sector (y por tanto, de los competidores de la empresa que pre-

Las posibilidades, pues, de que una empresa pueda competir en el mercado en función de una reducción de costes salariales respecto a los regulados por el convenio, aparecen *prima facie* como algo no deseado por el Derecho<sup>7</sup>. Claro que esto no impide la existencia de técnicas de ingeniería jurídico-laboral que permitan a las empresas escaparse del convenio sectorial, como están demostrando cada vez más las empresas multiservicios que no se atienen a ningún convenio sectorial dada la multiplicidad de actividades que dicen desempeñar<sup>8</sup>, o la posibilidad de subcontratar una parte del proceso productivo en una empresa contratista que no está sometida al convenio sectorial de la actividad de la empresa principal, sino al convenio de la actividad subcontratada<sup>9</sup>. Se está desarrollando, pues, "...una despiadada competitividad y una búsqueda denodada de abaratamiento de costes y de flexibilidad impacta, con una contundencia desconocida hasta ahora, en la regulación y aplicación de las condiciones de trabajo", en donde influyen también las exigencias de la Unión Europea<sup>10</sup>.

La uniformidad de condiciones de trabajo, y con ello, la uniformidad de costes laborales para las empresas que compiten en un mismo sector, aparece como una de las características esenciales del convenio, y una finalidad aceptada por todos los sujetos que participan en la elaboración y aplicación del convenio colectivo sectorial: "...una de las funciones consustanciales que ha de cumplir la negociación de ámbito sectorial: a saber, la de 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"<sup>11</sup>.

---

tenda inaplicar el régimen salarial del convenio, representados en el órgano que debe autorizar el descuelgue), a través de la comisión paritaria del convenio, y si existen causas económicas que justifiquen este descuelgue y quedan acreditadas. También los convenios colectivos de ámbito inferior al sectorial pueden excepcionar, de *ipso*, la regla de la uniformidad de costes salariales, pero el art. 84 ET impide que a nivel de empresa se pacten condiciones salariales inferiores al convenio sectorial.

<sup>7</sup> Salvo el caso de los enclaves laborales, a los que no se les aplica el convenio del sector de la actividad a que se dediquen, sino el convenio propio, que puede ser, y de hecho es, inferior en condiciones de trabajo al sectorial. Precisamente creemos que la norma intenta permitir que los enclaves compitan en el sector mediante la reducción de costes, a consecuencia de que de otra manera tienen muy difícil la competencia.

<sup>8</sup> Aunque se está abriendo paso una doctrina judicial que considera aplicable a las empresas multiservicios los convenios colectivos de cada una de las actividades que desarrollen. Así, SSTSJ Valencia de 3.5.2006, AS 2006/2536, y 22.2.2007, AS 2007/1721; STSJ de Andalucía, Granada, de 14.3.2007, AS 2007/3392; STSJ Castilla-La Mancha, de 26.7.2005, AS 2005/2366; STSJ Cantabria de 1.10.2007, AS 2007/3325; entre otras.

<sup>9</sup> Sobre la materia, puede verse M. Sepúlveda, "La estructura sectorial de la negociación colectiva: problemas a resolver", REDT n.º. 127, Julio/Septiembre de 2005.

<sup>10</sup> Según R. Escudero Rodríguez, "La negociación colectiva en España: una visión cualitativa", Tirant lo Blanch, 2004, p. 29.

<sup>11</sup> R. Escudero Rodríguez, "La negociación colectiva en España: ...", cit. p. 30.

Las actuaciones que algunas empresas emprenden para escapar a la regulación general de costes de trabajo se consideran en general como actuaciones indeseables, y que por ello deben ser anuladas mediante diversas técnicas jurídicas. Y ello aunque estas actuaciones tendentes a escapar del convenio sectorial se realicen a través de la negociación colectiva, permitiendo así que los representantes de los trabajadores sigan participando en la elaboración de las normas; lo rechazable en estos casos no tiene nada que ver con el deseo de fomentar la participación de los trabajadores, sino con la finalidad pretendida y los resultados que pretenden obtener<sup>12</sup>, que no es más que escapar a la aplicación del convenio sectorial y, por tanto, a la aplicación de costes del trabajo uniformes.

En este contexto, han aparecido diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que ponen en entredicho estas técnicas normativas unánimes de igualación de costes salariales respecto de las empresas que operen en un mismo sector y territorio. Estas sentencias aplican el Derecho comunitario, y las libertades comunitarias fundamentales, pero inciden en la configuración de los convenios colectivos, en la posibilidad de que los convenios colectivos determinen el ámbito de aplicación de los mismos y, por tanto, en la posibilidad de que se mantenga una igualación de costes regulada por convenio colectivo, en un determinado sector de la producción. A la influencia de estas sentencias en la configuración del convenio colectivo en Derecho español, y a las consecuencias que de ello derivan, vamos a dedicar esta comunicación.

## 2. CAUSAS QUE HACEN DESEABLE LA IGUALACIÓN DE COSTES LABORALES SECTORIALES

A primera vista, la igualación de costes salariales en un determinado sector de la producción es algo que puede resultar ventajoso para los trabajadores, pero no para los empresarios. Es ventajoso para los trabajadores porque de esta manera se aseguran un suelo de contratación, por debajo del cual nadie podrá legalmente prestar su trabajo, eliminando con ello la competencia a la baja entre los que ofrecen

---

<sup>12</sup> Así, se ha dicho que el mecanismo de negociación colectiva en el sector de las ETTs, previsto en la redacción inicial de la Ley 14/1994 "adolecía de un error fatal, que distorsionó en la práctica el funcionamiento del sistema: se trataba de un mecanismo que operaba de forma estrictamente supletoria (...) el legislador preveía que no habría representantes legales y, por tanto, tampoco convenios colectivos. De lo que no se dio cuenta es que con este mecanismo supletorio lo que estaba potenciando en realidad era la existencia de estos órganos y la firma de convenios colectivos propios, ya que el régimen aplicable, cuando éstos existían, era mucho más favorable para las ETTs", en "El impacto de las empresas de trabajo temporal en España: de la legalización a la reforma", Dir. M. C. Rodríguez-Piñero Royo, Tecnos, 2000, p. 153.

su fuerza de trabajo en el mercado laboral, y garantizando a todo trabajador del sector un mínimo de ingresos por debajo del cual se considera contraproducente prestar trabajo. Pero esa misma característica hace que la igualación de costes salariales pueda parecer contraproducente para los empleadores, ya que, precisamente, no podrán buscar la competitividad de su empresa mediante la reducción de costes en materia salarial, y ello con independencia del juicio moral que esta competitividad merezca. Sin embargo, merece la pena profundizar en el análisis para ver si esta primera impresión es correcta o no.

Respecto de los trabajadores, es indudable que el hecho de que la fijación de un coste igual para el sector y, por tanto, mínimo para todas las empresas que en el mismo compiten, es algo beneficioso. Como se sabe, los gremios anteriores a la Revolución liberal pretendían evitar la competencia a la baja en cuanto a la retribución de los agremiados, y para ello se elaboraron las ordenanzas gremiales, que imponían una igualdad no sólo de costes, sino incluso de calidad de los productos y de las materias primas. La Revolución liberal vino a terminar con las regulaciones gremiales que impedían la libre concurrencia en el mercado, sobre todo a los capitalistas que no pertenecían a ningún gremio. No obstante, los antiguos agremiados, ahora trabajadores libres por cuenta ajena, intentaron impedir la competencia basada en la reducción de ingresos entre los oferentes de fuerza de trabajo, y así aparecieron los primeros sindicatos, que a través de técnicas nuevas impuestas por la desaparición del antiguo régimen y la aparición del sistema liberal, pretendían mantener las condiciones de trabajo de los trabajadores, evitando su caída como consecuencia de la competencia entre trabajadores por los puestos de trabajo. Sólo en aquellas actividades en que los trabajadores no estaban organizados, apareció la competencia entre trabajadores por el puesto de trabajo, y con ella, la caída de condiciones de trabajo. La evolución del sindicalismo en cada ordenamiento no es más que la historia de los intentos de imponer esta igualación de costes salariales mediante la negociación colectiva u otras técnicas que perseguían los mismos fines<sup>13</sup>, es decir, el intento de anular la competencia liberal en el ámbito de la oferta de fuerza de trabajo; por ello en Gran Bretaña se ha considerado tradicionalmente que los sindicatos vienen a imponer una serie de prácticas restrictivas de la competencia para anular los perjuicios que a los trabajadores había causado la implantación del régimen liberal<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Vid. S y B. Webb, "Historia del sindicalismo, 1666-1920", MTSS, 1990 y "La democracia industrial", Biblioteca Nueva, 2004; también M. R. Alarcón Caracuel, "El derecho de asociación obrera en España, 1839-1900", Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975.

<sup>14</sup> Como prácticas restrictivas del comercio han sido interpretadas, por los jueces del *common law*, las actuaciones colectivas sindicales, y como tales, ilegales. Es por ello que el sistema británico se basa en una serie de leyes que otorgan una serie de inmunidades a los sindicatos por su actuación sindical, pero considerando a tales inmunidades como privilegios, es decir, que parten de la base de que la actuación colectiva sindical es una actuación contraria a Derecho, pero ningún perjuicio le puede venir de

Pero la igualación de costes salariales también resulta deseable para los empresarios. A través de la igualación de costes derivados de la aplicación general del convenio colectivo, los empresarios evitaban la conflictividad social, y la competencia desleal de quienes intentasen reducir costes aplicando condiciones salariales inferiores al convenio colectivo<sup>15</sup>. Esta preferencia empresarial por la aplicación general del convenio colectivo es algo que se ha producido en todos los ordenamientos, y en todas las épocas a partir de la Revolución industrial<sup>16</sup>, ya que al evitar la competencia desleal basada en la reducción de salarios, se fomenta la competencia de los empleadores en cuanto a la calidad del producto y a la innovación de los métodos de producción, lo que genera una situación general más beneficiosa que la producida por la reducción de costes. "La insistencia sindical en las condiciones de empleo uniformes realmente estimula la invención y la adopción de nuevos procesos productivos"<sup>17</sup>, a la vez que de esta manera se elimina a los empleadores incompetentes y anticuados, porque "cada vez que un sindicato realmente obtiene una regulación común, sea por negociación colectiva o por disposición legal, se da un paso más hacia el hundimiento de los empleadores menos inteligentes y peor equipados de la industria"<sup>18</sup>.

De igual manera, también el Estado está interesado en la igualación de costes en la actividad, no ya solamente porque en estas circunstancias se mejora la producción y se genera más riqueza, sino también por la "utilidad del sistema para la consecución de los fines ético-sociales que son consustanciales al Estado contemporáneo", entre los que se incluyen el "limitar los perniciosos resultados que había ocasionado el libre juego de la autonomía de la voluntad individual", y en todo caso, a través del convenio de aplicación general se consigue la paz social<sup>19</sup>. Tam-

---

ello a consecuencia del privilegio legal de la inmunidad. Vid, a estos efectos, Lord Wedderburn, "Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa", MTSS, 1991, especialmente pp.83 y ss. En el mismo sentido, H. Phelps Brown, en "Los orígenes del poder sindical", MTSS, 1990, especialmente pp. 16, 72, 73, 105 y 258. También O. Kahn-Freund, "Trabajo y derecho", MTSS, 1987, especialmente pp.45 y ss. Es de destacar que este autor considera que la legislación laboral, al restringir el poder directivo del empresario, no produce una restricción de la libertad de contratación, sino todo lo contrario: "...la legislación laboral amplía la esfera de libertad de los trabajadores frente al poder de dirección de los empresarios, o, si se prefiere, su libertad de anteponer sus propios intereses y los de sus familias a los intereses de su empresario" p. 59.

<sup>15</sup> Según M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer "Eficacia general del convenio colectivo", Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960, pp. 28 y ss.

<sup>16</sup> Para las relaciones laborales en Gran Bretaña, vid, S. y B. Webb, "La democracia Industrial", Editorial Biblioteca Nueva, 2004, pp. 535 y ss.

<sup>17</sup> S. y B. Webb, "La democracia industrial", cit, p. 541.

<sup>18</sup> S. y B. Webb, "La democracia industrial", p. 544.

<sup>19</sup> M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "Eficacia General del convenio colectivo", cit, p. 32-35.

bién, la regulación general hace desaparecer los agrios conflictos entre los trabajadores sindicados y no sindicados y borra de los pactos colectivos las cláusulas irritantes de seguridad sindical como carentes de objeto, supone la fijación de unos niveles mínimos, especialmente en cuanto a salarios, de manera que se garantiza que la competencia entre empresas no pueda ya montarse sobre reducciones de éstos<sup>20</sup>. Pero, fundamentalmente, la determinación de salarios a través de convenios colectivos puede convertirse en una medida de política económica estatal cuando el Estado influye de alguna manera en esa negociación colectiva<sup>21</sup>.

En definitiva, se considera deseable que el convenio colectivo sectorial marque “una zona económica, determinada por la uniformidad de las condiciones de producción y la similitud en el coste de vida”, ya que “la necesidad de contrarrestar los efectos de la libre concurrencia que aquí se manifestaría como competencia desleal, es lo que ha obligado a la convención colectiva a ir ampliando el ámbito de su aplicación”<sup>22</sup>. En todas las épocas a partir de la implantación de la Revolución liberal, y en todas las culturas occidentales, la igualación de costes salariales para las empresas que compiten en el mercado se ha considerado algo beneficioso y deseable, y se ha dejado al convenio colectivo la función de conseguir este objetivo.

Lo dicho anteriormente no es puesto en entredicho por las nuevas circunstancias económicas, y los nuevos métodos de producción. Ciertamente, “en plena era post-industrial existe una tendencia creciente al abandono de la uniformidad del modelo fordista y a la consolidación de un modelo en el que se intensifica la diversificación de condiciones de trabajo. En suma, las fórmulas retributivas flexibles tienden a garantizarse”<sup>23</sup>. El auge de la descentralización productiva como mecanismo de huida de los convenios colectivos con mejores condiciones de trabajo hacia otros claramente peyorativos o de mínimos, el auge de la autonomía individual y del poder empresarial como mecanismo de fijación de condiciones de trabajo, el todavía incompleto grado de cobertura de la negociación colectiva al quedar excluido de ella un número relativamente importante de trabajadores, entre ellos los autónomos dependientes, y el incumplimiento más o menos solapado de la negociación colectiva, principalmente en las pequeñas empresas, son mecanismos que

<sup>20</sup> Según M. Alonso Olea, “Pactos colectivos y contratos de grupo”, Comares, 2000, p. 88.

<sup>21</sup> Sobre la materia, puede leerse a Melvin W. Reder, “El interés público en los asuntos salariales”, en “Las negociaciones colectivas”, John T. Dunlop y otros, Ediciones Marymar, 1971, pp. 189 y ss.

<sup>22</sup> A. Gallart Folch, “Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo”, Editorial Comares, 2000, p. 173. Otro beneficio de la regulación convencional general, según este autor, consiste en que al estar fijado con cierta estabilidad el esfuerzo productivo exigible a cada obrero, y la retribución debida, se puede hacer un cálculo previo más aproximado del coste de producción y con ello, un planteamiento más racional y menos aleatorio del negocio industrial. *Ibidem*, p. 32.

<sup>23</sup> J. R. Mercader Uguina, Dir., “El contenido económico de la negociación colectiva”, MTAS, 2005, p. 18.

tienen a eludir la aplicación de los convenios colectivos<sup>24</sup>. Pero aún así, es el convenio colectivo el que tiene que regular tanto la diferenciación retributiva en la era post-industrial<sup>25</sup>, como los modos de evitar su expulsión de las fuentes de derechos y obligaciones en la relación de trabajo.

### 3. TÉCNICAS JURÍDICAS EMPLEADAS PARA CONSEGUIR LA IGUALACIÓN DE COSTES LABORALES SECTORIALES. ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO COLECTIVO

La técnica jurídica con la que preferentemente se persigue la igualación de costes salariales es el convenio colectivo sectorial de eficacia general. Se trata de una norma que contiene unos estándares aplicables a todos los afectados por el convenio (que por definición son todos los trabajadores y empresarios dedicados a una cierta actividad, y en un determinado territorio), que resulta de obligado cumplimiento y que impide la contratación de trabajo por debajo de los mínimos convencionales. Se trata de conseguir que el convenio colectivo sectorial se convierta en la ley de la profesión o industria<sup>26</sup>. Esta es la técnica que más difusión ha tenido en todos los tiempos, y en todas las culturas jurídicas.

Pero la utilización del convenio colectivo como técnica para igualar costes salariales en un sector requiere la existencia de ciertos mecanismos previos que la hacen operativa, sin los cuales resultaría inútil. La fuerza vinculante de los convenios, de manera que no se trate sólo de acuerdos entre caballeros, sino de normas jurídicas invocables ante los Tribunales, se muestra como un requisito previo sin el cual la técnica analizada no opera con normalidad. Pero además de la fuerza vinculante, el convenio colectivo necesita la eficacia general para que nadie pueda escapar a la regulación contenida en el mismo. Y para que un ordenamiento jurídico otorgue eficacia general y fuerza vinculante a una norma elaborada por sujetos privados, al margen del procedimiento constitucional ordinario previsto para aprobar las leyes y reglamentos estatales, se necesita articular un modo de asegurar que los sujetos que elaboran el convenio colectivo con eficacia general y fuerza vinculante,

<sup>24</sup> Según R. Escudero Rodríguez, “La negociación colectiva en España...”, cit, p. 28 y 29.

<sup>25</sup> “... las fórmulas retributivas flexibles tienden a generalizarse y el convenio colectivo resulta, en todo caso, un buen lugar para su concreción”, según se expone en “El contenido económico de la negociación colectiva”, cit, p. 18.

<sup>26</sup> Como dice M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Para que el convenio colectivo alcanzase su plenitud se tenía que convertir en la ley de la profesión o industria”, en “Eficacia general del convenio colectivo”, cit, p. 39, con expresión tomada de M. Alonso Olea, “Pactos colectivos y contrato de grupo”, cit, p. 87.

representen al menos a una porción de la población que va a resultar obligada por la norma que sea suficientemente representativa, a fin de no olvidar los principios de democracia y participación en la elaboración de estas normas, así como articular un modo (sea por un acto especial para cada convenio, sea por el establecimiento de unas reglas generales para la negociación del convenio) de que el convenio adquiera eficacia general. Se necesitan, pues, normas que regulen la constitución y funcionamiento regular de los sujetos colectivos, así como normas que controlen el grado de representatividad de estos sujetos, y un procedimiento para que el convenio adquiera la eficacia general.

Hasta ahora, la determinación de la forma y procedimiento en que se han conjugado estas técnicas, se ha producido a nivel de Estado, de manera que cada Estado ha tenido una evolución diferente y ha dado lugar a unas reglas de juego, en esta materia, propias y diferenciadas, con independencia de la similitud y homogeneidad de estas técnicas en los distintos Estados que conforman una misma cultura jurídica. Pero ello conlleva, necesariamente, que las diferencias de cultura jurídica, o el diferente nivel de evolución en cada época, producirán unos resultados distintos en otros ordenamientos que persigan el mismo fin de igualación de costes salariales en un determinado sector<sup>27</sup>.

En definitiva, el convenio colectivo, sea norma jurídica o no, necesite o no un acto del Estado para ser obligatorio, se imponga su cumplimiento por los órganos jurídicos estatales o por la acción sindical de autotutela, es el instrumento a través del cual se establece la igualdad de costes salariales, la regulación del sector y unas condiciones de trabajo estándar aplicable a todos los sujetos que intervengan en una determinada actividad. Todas las culturas jurídicas, al menos en el mundo desarrollado, utilizan esta técnica<sup>28</sup>, y se pretende que en aquellas culturas que no se utiliza, se desarrolle cuanto antes esta manera de determinar condiciones de trabajo.

<sup>27</sup> Por ello, incluso en ordenamientos jurídicos en que no se recoge expresamente el derecho subjetivo de libertad sindical, ni se reconoce valor jurídico vinculante a los convenios colectivos, como ocurre en el sistema de relaciones laborales británico, existen técnicas para imponer un sistema igualitario de costes salariales. Aunque el convenio colectivo en Gran Bretaña no sea norma jurídica invocable ante los Tribunales, existen técnicas para hacerlo aplicable, y con ello, imponer una igualación de costes salariales en el sector. En el caso británico, las técnicas utilizadas no van en el mismo sentido que las técnicas vistas más arriba, pero igualmente producen el mismo resultado. Las cláusulas de garantía salarial, y las inmunidades sindicales previstas por la legislación británica, que permiten una acción sindical tendente a los mismos fines que en otras culturas jurídicas se consiguen a través de las técnicas jurídicas que más arriba hemos visto, ofrecen una cobertura suficiente para conseguir los mismos fines aunque con distintos medios. Sobre la materia vid. Lord Wedderburn, "Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa", MTSS, 1992. y F. Fita Ortega, "La negociación colectiva en Reino Unido", publicado en "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", Dir. T. Sala Franco, Tirant lo Blanch, 2008., entre otros. En parecido sentido se producen las relaciones laborales en otros países, como explica, por ejemplo, Albert Rees en "La influencia económica de los sindicatos en Estados Unidos", MTSS, 1987.

<sup>28</sup> Para una visión de conjunto, puede verse F. Valdés Dal-Ré (Dir). "Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea", MTAS, 2006, y T. Sala Franco (Dir), "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", cit.

#### 4. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL CONVENIO COLECTIVO

Dado que la determinación de condiciones de trabajo estándares a través del convenio colectivo interesa a todos los sujetos que intervienen en las relaciones laborales, incluido el Estado, se necesita una regulación legal que dote al sistema de estabilidad y lo proteja frente a quienes intenten dejarlo en desuso. Por tanto, los distintos ordenamientos jurídicos han establecido unas reglas de funcionamiento, control y promoción de la negociación colectiva, que sitúan a ésta en el centro del sistema de relaciones laborales, de manera obligatoria para todos los sujetos.

Las reglas que garantizan el uso de la negociación colectiva para determinar las condiciones de trabajo se encuentran al máximo nivel en la jerarquía normativa de cada ordenamiento. Así, en España es la Constitución la que garantiza no sólo la existencia y fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1), sino también la existencia y funcionamiento libre de los sujetos que los pactan (arts. 37.2 y 28.1), existiendo también normativa infraconstitucional que desarrolla los preceptos constitucionales en la materia. Pero al igual que en España, en el resto de países de nuestro entorno, la garantía del sistema de negociación colectiva se encuentra en la más alta norma jurídica de cada país. Así, en Alemania<sup>29</sup>, Bélgica<sup>30</sup>, Francia<sup>31</sup>,

<sup>29</sup> Se ha dicho que "es el art. 9.3 de la Constitución de la República Federal de Alemania, de 23 de mayo de 1949, la columna vertebral de la negociación colectiva en Alemania, artículo éste que garantiza, a todas las personas y en todas las profesiones, el derecho a formar asociaciones para salvaguardar y mejorar las condiciones económicas y de trabajo", entendiéndose la doctrina y jurisprudencia que "la libertad sindical lleva implícito el derecho de las asociaciones profesionales a la conclusión de convenios colectivos en nombre propio, de tal forma que el núcleo de este derecho fundamental garantizado por la Constitución descansa, precisamente, en la garantía estatal de un sistema de negociación colectiva", según Gladis B. Olmeda Freire en "La negociación colectiva en Alemania", dentro de la obra colectiva "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", cit., pp. 43 y ss.

<sup>30</sup> "El derecho a la negociación colectiva se encuentra reconocido en el art. 23 de la Constitución Belga (desde la reforma de 1993), dentro de un amplio grupo de derechos calificados como económicos, sociales y culturales que están fundamentados en el derecho a la dignidad humana", según A. Guzmán Hernández, "La negociación colectiva en Bélgica", publicado en "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", cit, pp. 105 y ss.

<sup>31</sup> Ya que aunque la Constitución francesa no contiene ninguna referencia a la negociación colectiva en su articulado, "el preámbulo prevé, como principio, el derecho de todo trabajador a participar, a través de sus representantes, en la determinación colectiva de condiciones de trabajo", según A. Blasco Pellicer, "La negociación colectiva en Francia", publicado en "El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria", cit, pp. 281 y ss.

Italia<sup>32</sup>, Bulgaria<sup>33</sup>, etc. En otros países de nuestro entorno, cuando por alguna razón (normalmente de índole histórica), la libertad sindical y su derivado, el derecho de negociación colectiva, no aparecen en la Constitución del país, se admite que estos derechos están garantizados a partir de la Convención Europea de Derechos Humanos que, a estos efectos, funciona como la Constitución<sup>34</sup>.

En estas circunstancias, diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español han señalado la relación estrecha entre el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la libertad sindical, de manera que cuando se pretende sustituir las normas emanadas o que han debido emanar de la negociación colectiva por normas emanadas de otras fuentes, se está violando el derecho de libertad sindical de los sujetos sindicales que han sido postergados en su derecho a participar en la determinación paccionada de normas laborales<sup>35</sup>.

Normas fundamentales del Derecho Internacional también constituyen una protección legal del sistema de negociación colectiva, por encima de las garantías contenidas en las constituciones de los diversos países<sup>36</sup>. Así, no sólo la convención Europea de Derechos Humanos puede citarse como norma garante de la libertad sindical y la negociación colectiva, sino también, y especialmente, el Derecho surgido de la OIT<sup>37</sup>, sobre todo el contenido en sus Convenios sobre libertad sindical (Convenio número 87, de 9 de julio de 1948) y sobre negociación colectiva (Convenio número 98, de 1 de julio de 1949); Convenios universalmente ratificados y aplicados, y que vienen a manifestar una voluntad mundialmente compartida, de

<sup>32</sup> “El art. 39 de la Constitución italiana de 1948 dispone en su apartado cuarto –tras consagrar el principio de libertad sindical– que los sindicatos registrados y dotados, en consecuencia, de personalidad jurídica, podrán, representados unitariamente en proporción a su número de afiliados, firmar convenios colectivos de trabajo con eficacia obligatoria para todos los pertenecientes a las categorías a las que se refiera el convenio”, según E. López Terrada, “El sistema italiano de negociación colectiva”, publicado en “El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria”, cit. p. 329 y ss.

<sup>33</sup> “La libertad de asociación sindical es uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos por la Constitución del país. El art. 49m párrafo 1 de la CRB, establece que “los trabajadores y los empleados serán libres de formar organizaciones y alianzas sindicales en defensa de sus intereses relacionados con el trabajo y la seguridad social”, según Nadezhda Daskalova–Nikova y Nikolay Sapundzhiev en el capítulo cuatro de “Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea”, MTAS, 2006.

<sup>34</sup> Así, en Gran Bretaña según Lord Wedderburn en “Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa”, MTSS, 1994, especialmente pp. 201 y ss., y en Austria, según Franz Marhold en el segundo capítulo de “Libertad de Asociación de trabajadores y empresarios...” cit.

<sup>35</sup> Por todas, SSTC 107/2000 y 225/2001.

<sup>36</sup> Los procedimientos de protección de estos derechos los describe M. F. Canessa Montejo en “La protección internacional de los derechos humanos laborales” Tirant lo Blanch, 2008.

<sup>37</sup> Vid. J. Bonet Pérez, “Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político–jurídico universal”, Atelier, 2007.

otorgar a los representantes de los trabajadores y empresarios la tarea de establecer las condiciones de trabajo de manera paccionada y sin influencias externas.

En definitiva: es mundialmente aceptado que la determinación de condiciones de trabajo es algo que no compete a los Estados, sino a los sujetos colectivos, a través de procedimientos voluntarios de negociación colectiva. Y que al usar estos procedimientos, se están poniendo en aplicación derechos fundamentales propios de la más alta escala axiológica.

## 5. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO COMUNITARIO DE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA AUTONOMÍA DE LOS NEGOCIADORES PARA REGULAR EL ÁMBITO PERSONAL DE LOS CONVENIOS

De lo que hemos visto hasta ahora se deduce que actualmente en nuestra cultura jurídica, y tendencialmente en todas las culturas jurídicas, los sujetos colectivos tienen libertad para establecer las normas que regulan la prestación de trabajo en un determinado sector; que son esos sujetos colectivos y no otros, los encargados de dar el contenido a las normas reguladoras de la prestación de trabajo; y que al configurar unas normas generales, de obligado cumplimiento para todos los sujetos que operen en la misma actividad y el mismo territorio, están tutelando un interés que afecta tanto a los trabajadores y sus representantes, como a los empleadores y sus representantes, e incluso al Estado y a la sociedad en general. Igualmente, hemos visto que al proceder de este modo, los sujetos colectivos están usando derechos de la máxima importancia, previstos en las Constituciones de cada Estado, y en normas internacionales que intentan proteger derechos fundamentales.

Como resultado de la aplicación de estas técnicas y de estos derechos fundamentales, los convenios colectivos actuales tienen un ámbito de aplicación personal determinado por los negociadores del convenio. En este ámbito de aplicación personal, se incluyen todos los trabajadores y empresarios que actúan en una determinada actividad y en un determinado territorio, porque así lo han decidido los negociadores del convenio, y en consecuencia, el ordenamiento ha dado eficacia general a la norma que regula el ámbito personal.

En ese sentido se puede entender la doctrina judicial existente en materia de aplicación de los convenios colectivos sectoriales a trabajadores que han sido objeto de traslados desde el territorio regido por un convenio sectorial provincial, a territorio de otro convenio provincial distinto. Doctrina judicial uniforme<sup>38</sup>, que

<sup>38</sup> Recogida, entre otras, en las SSTSJ Castilla y León Valladolid, de 7.9.1992 (AS 1992/4676), Cataluña de 2.3.2005 (AS 2005/1256), Andalucía–Sevilla, de 7.11.2001 (AS 2003/2473) y 3.12.2002 (AS2003/545).

viene a estatuir que el convenio aplicable al trabajador desplazado es el convenio del centro en que presta sus servicios durante el desplazamiento. Y ello por aplicación directa del convenio, en cuyo ámbito de aplicación personal se incluyen a todos los trabajadores y empresas que prestan sus servicios en la actividad y el territorio regulados por el convenio.

Así las cosas, según la práctica y doctrina judicial española, el convenio colectivo aplicable resulta ser el que rige en el centro de trabajo en que realmente presta sus servicios el trabajador sometido a movilidad territorial, es decir, el convenio aplicable al centro en que ha sido desplazado, y ello durante el tiempo que dure su desplazamiento. De esta forma se consigue la uniformidad de costes para todas las empresas que actúan en el territorio, evitando el abaratamiento artificial de costes al desplazar trabajadores desde territorios con convenios inferiores; pero también se consigue equilibrar los intereses del trabajador, que va a tener por su trabajo un salario igual que el resto de los trabajadores que realizan el mismo o similar trabajo en el mismo territorio. Y todo ello se consigue, simplemente, por la aplicación directa y normal de las normas convencionales elaboradas por los sujetos colectivos en uso de sus derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

En cambio, en el ámbito del Derecho comunitario se han alzado varias sentencias del TJUE que, aplicando las libertades fundamentales comunitarias, especialmente la libertad de establecimiento, vienen a imponer una solución distinta a este conflicto de elección del convenio colectivo aplicable, cuando el desplazamiento de trabajadores se produce entre dos empresas establecidas en diferentes Estados miembros de la UE<sup>39</sup>.

Así, la Sentencia del TJUE de 11.12.2007, Asunto C-438/05, *Viking*, considera que una medida de conflicto iniciada por un sindicato a fin de que una empresa acuerde con ese sindicato determinadas condiciones de trabajo de determinados trabajadores, puede considerarse una medida contraria a la libertad de establecimiento de esa empresa, cuando la misma pretende establecerse en un país con condiciones laborales inferiores, para realizar el mismo servicio de transporte de pasajeros. En el mismo sentido, la Sentencia del TJUE de 18.12.2007, Asunto C-

<sup>39</sup> Como es sabido, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, ya transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, constituye una norma comunitaria de Derecho internacional privado, cuya finalidad ha sido la de evitar las situaciones de «dumping social» que podrían derivarse de la aplicación del art. 6 del Convenio de Roma (sustituido, para los contratos que se celebren a partir del 17 de diciembre 2009, por el Reglamento CE 593/2008, de 17 de junio) a los supuestos de desplazamientos temporales de trabajadores, pues, en su virtud, la ley objetivamente aplicable es la del país de origen, de suerte que el trabajador desplazado no gozaba de los mismos derechos laborales que los trabajadores del país de desplazamiento, lo que daba lugar a ventajas comparativas para las empresas en detrimento de los derechos de los trabajadores desplazados y de los trabajadores del país de desplazamiento.

341/05, *Laval*, considera que también es una medida contraria a la libertad de establecimiento una acción sindical de presión para obligar a una empresa a pactar las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados por esa empresa, con el sindicato del país en que la empresa va a prestar el servicio. Abundando en la materia, la Sentencia del TJUE de 3-4-2008, Asunto C-346/06, *Rüffert*, considera igualmente contrario al derecho de libertad de establecimiento, una actuación estatal consistente en excluir de la posibilidad de acceder a un contrato público aquellas empresas que no se comprometan a pagar a los trabajadores que empleen, al menos la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución.

Para el TJUE el nivel mínimo de derechos garantizados por la Directiva 96/71 a los trabajadores desplazados temporalmente por una empresa de la UE a otro Estado miembro, es también un máximo de derechos a exigir a dichas empresas, ya que «la Directiva 96/71 no tiene por objeto la armonización de los sistemas de fijación de las condiciones de trabajo y empleo en los Estados miembros, éstos pueden elegir a nivel nacional, un sistema que no figure expresamente entre los previstos en esa Directiva, siempre que no obstaculice la prestación de servicios entre los Estados miembros»<sup>40</sup>. Dado que la Directiva sólo protege la cuantía del salario mínimo, según el TJUE no se puede invocar esta disposición para fundamentar que los prestadores de servicios están obligados a respetar cuantías de salarios que no constituyen salarios mínimos.

Entendemos que la doctrina contenida en estas sentencias comunitarias no consigue el deseable equilibrio entre las libertades comunitarias y los derechos fundamentales a la negociación colectiva y la libertad sindical regulados a nivel nacional. Y ello, porque el TJUE es un órgano encargado por los Tratados fundacionales para la consecución de los objetivos de la Comunidad Europea, entre los que figura la libertad de establecimiento, pero no figuran los derechos fundamentales, regulados

Pero con la Directiva citada y las leyes nacionales que la han transpuesto, no se evita totalmente la competencia entre empresas basada en la reducción de costes laborales, ya que lo que aseguran aquellas normas es que las empresas establecidas en el territorio de los países miembros de la UE o del resto de países signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a sus trabajadores a otro Estado miembro o a otro país signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, deberán dar cumplimiento, con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo, a las disposiciones del Estado de desplazamiento relativas a las materias de: a) períodos máximos de trabajo, así como períodos mínimos de descanso; b) duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) cuantías de salario mínimo; d) condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; e) salud, seguridad e higiene en el trabajo; f) medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; y g) igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

<sup>40</sup> Sentencia TJUE C 341/05, Asunto *Laval*, párrafo 68.

a nivel nacional en las Constituciones de cada país. Desde el Tratado fundacional de la CEE, en su art. 4, al TJUE se le ha hecho “corresponsable de la realización de las tareas confiadas a la Comunidad”, por lo que “el Tribunal se ha atribuido la función de promotor de la política jurídica comunitaria” y “resolvió normalmente el problema dando prioridad a los valores e intereses que sirven mejor a la Comunidad”<sup>41</sup>. Es por ello que el TJUE “ha contribuido de forma decisiva al progreso de la integración en orden al logro de los objetivos comunitarios”<sup>42</sup>, desarrollando un acervo comunitario que no considera al mismo nivel las libertades comunitarias, reguladas en los Tratados fundacionales y de cuya consecución está encargado, que los derechos fundamentales, ausentes de los textos comunitarios, y regulados en unos Derechos, los nacionales, que están supeditados al Derecho comunitario en virtud del principio de primacía.

La falta, pues, de la consideración debida a los derechos fundamentales, sobre todo cuando friccionan con el Derecho comunitario (sea original o derivado) es patente en la jurisprudencia del TJUE. La posible vía para tenerlos en consideración, consistente en la ratificación por parte de la Unión Europea de la convención Europea de Derechos Humanos, ha sido rechazada expresamente por las instituciones comunitarias<sup>43</sup>, por lo que la construcción que la Corte de Justicia de Estrasburgo ha hecho sobre los derechos humanos, parece inaplicable en sede comunitaria.

---

<sup>41</sup> Según expone Hjalte Rasmussen en “El Tribunal de Justicia”, publicado en VVAA, “Treinta años de Derecho comunitario”, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1981, p. 161 y ss, especialmente pp. 205, 207 y 208.

<sup>42</sup> Gil Carlos Rodríguez Iglesias, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, publicado en VVAA, “El Derecho comunitario y su aplicación judicial”, Civitas, 1993.

<sup>43</sup> Vid. J. A. Carrillo Salcedo, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Tecnos, 2003, especialmente, pp. 111 y ss.