

# LA DESNATURALIZACIÓN DE LA CCNCC EN LA INAPLICACIÓN DE CONVENIOS: BALANCE DE UNA (NEGATIVA) EXPERIENCIA

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Jaén

*“El paisaje y la ciudad siguen a oscuras al otro lado de las ventanas; non se ve ninguna luz, ni el menor destello en la noche. Uno también construye lo que le ocurre. Lo construye, lo invoca, no deja escapar lo que tiene que ocurrir...”*

MÁRAI, Sándor. *El último encuentro*.  
Narrativa Salamandra. 1999 (original), 2009 (traducción).

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Comisión Consultiva Convenios, negociación colectiva, descuelgue, flexibilidad interna, derechos fundamentales, Convenios OIT

Para facilitar al empresario la mejora de su posición competitiva en situaciones de crisis y/o cambio del mercado en que concurre, el artículo 82.3 ET introdujo un sistema de solución, subsidiario y de último grado, de las discrepancias en materia de inaplicación de convenios basado en un arbitraje público obligatorio, a cargo de la CCNCC. Este sistema está provocando múltiples problemas jurídicos y también de eficacia práctica. La Audiencia Nacional ha salvado la constitucionalidad de esta medida favorable a la liberación de las deudas del empresario fijadas en un convenio colectivo, con lo que anticipaba el aval que acaba de darle la STCO de 16 de julio de 2014. En cambio, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha considerado que tal sistema es contrario a los Convenios n. 87 y 98. En este estudio, el autor hace un análisis detenido de las razones que avalarían un juicio de invalidez constitucional, nacional, comunitaria e internacional de ese sistema. Pero también, selecciona una serie de casos en los que se pone de manifiesto que, además, ese sistema es altamente ineficaz, por dilatorio, no resolutorio y susceptible de prestarse a usos fraudulentos, como está sucediendo en la práctica.

## ABSTRACT

**Key Words:** collective bargaining, non-implementation collective bargaining, internal flexibility, fundamental rights, ILO Conventions

To facilitate the entrepreneur improve their competitive position in crisis and/ or market changes, the article 82.3 ET introduced a system solution of the discrepancies in derogation agreements based a public mandatory arbitration. This final decision, subsidiary and last degree, was attributed to CCNCC. This system is causing multiple legal problems and practical effectiveness. Recently, the Social Chamber of the National Court he saved the constitutionality of this legal measure, which promotes the release of the liability of an employer established in a collective agreement. Anticipating the judgment of legitimacy that just give the Spanish Constitutional Court (July 16, 2014). Instead, the Committee on Freedom of Association of the ILO has held that such a system is contrary to Conventions n. 87 and 98. In this study, the author makes a detailed analysis of the reasons that would support a judgment of invalidity constitutional, national and international, that system. But along with this judgment of constitutional invalidity also selected a number of cases where it becomes clear that, in addition, this system is highly ineffective, dilatory, indecisive and open to fraudulent use, as is happening in practice.

**ÍNDICE:**

1. PRÓLOGO: "QUERER" NO ES SIEMPRE "PODER" -JURÍDICO-
2. EL "TEXTO" DE REFORMA: LA "NORMALIZACIÓN LEGAL" DE LA CCNCC COMO "AUTORIDAD ARBITRAL PÚBLICA OBLIGATORIA"
3. CONTEXTO LEGISLATIVO-INSTITUCIONAL: EN "REGRESO A UN NUEVO" MODELO AUTORITARIO DE RELACIONES LABORALES
  - 3.1. "Pretexto" de la reforma: "la resistencia de una conservadora práctica convencional, con un golpe de autoridad se vence".
  - 3.2. "Ley del Péndulo": Del blindaje de la autonomía a la exaltación del "orden público competitivo" y "la función gestional"
4. DE LA "LEY" AL "DERECHO": RAZONES DE INVALIDEZ JURÍDICA E INEFICACIA PRÁCTICA DEL PAPEL DECISOR DE LA CCNCC
  - 4.1. Más allá de las palabras: el triple reduccionismo mistificador inherente a la nueva "autorización-habilitación" administrativa
  - 4.2. "Juicio de invalidez" del sistema decisorio de último grado: razones de su dudosa constitucionalidad nacional y comunitaria
    - 4.2.1. *La excepcionalidad constitucional del sistema legal decisorio último: ¿una interpretación abrogatoria o correctora?*
    - 4.2.2. *El mítico interés general a la tutela del empleo como razón para la liberación del deudor y el recurrente principio de proporcionalidad*
    - 4.2.3. *El precio del aval judicial a la decisión del CCNCC: vaciado de eficacia reguladora, presunción de certeza técnica*
    - 4.2.4. *La colisión con la juridicidad transnacional: invalidez comunitaria e internacional*
      - 4.2.4.1. Una vía a transitar "ad futurum" y "ad causam": El doble desajuste de la decisión arbitral pública con la "Ley comunitaria"
      - 4.2.4.2. Otra vía ya transitada y más fructífera para la interpretación abrogatoria: vulneración de la doctrina del CLS
  - 4.3. El "juicio de ineficacia": marginalidad y disfunciones prácticas del papel de la CCNCC
5. REFLEXIÓN FINAL: EQUILIBRIO RAZONABLE, ENTRE VALORES, LEYES Y REALIDADES
6. EPÍLOGO: ¿Y AHORA QUE EL TCO HA HABLADO QUÉ?

**1. PRÓLOGO: "QUERER" NO ES SIEMPRE "PODER" -JURÍDICO-**

Sin pretensión alguna de remontarme en el tiempo, ni menos aún de mostrarme trascendente, sí considero oportuno iniciar este estudio jurídico-social crítico, cuyo objeto es la función decisoria atribuida ex art. 82.3 ET a un órgano administrativo tenido otrora sólo por consultivo, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, mirando al pasado. El horizonte involutivo que tiene este concreto punto, aunque también otros, de la reforma de la negociación colectiva en 2012, hace especialmente adecuado, para comprender mejor el modelo normativo de fondo subyacente, recordar un dato de historia del Derecho. Me refiero, cómo no, a que en todas las "grandes luchas" o "batallas" que en el tiempo se han librado a fin de resolver, el problema de conciliar la necesidad de firmeza de la regla de Derecho -*seguridad* o estabilidad del orden jurídico establecido- y el imperativo de adaptación a los nuevos valores

e intereses emergentes *-flexibilidad* del orden para permitir el tránsito a otro “nuevo”-, hallaremos la pugna entre dos principios<sup>1</sup>:

- a) el denominado “*principio de autoridad* (de un poder soberano que decide)” y la consiguiente “concepción autoritaria” del Derecho que promueve (el orden jurídico es obra de un autor o poder único, indiscutible y decisivo, cuya sola voluntad deviene en “ley vinculante”), de un lado, y
- b) el “*principio de razón histórico-filosófica*” (de la sociedad política, económica y laboralmente organizada) y la “concepción pluralista” del Derecho que subyace (el orden jurídico efectivamente aplicable no puede prescindir ni de la fuerza intrínseca de las reglas de principio que deben informar y conformar las reglas de autoridad ni de la presión social existente antes y después de puestas éstas).

En un Estado Social y Democrático, el Derecho no puede ser nunca sólo, o sobre todo, el resultado de la voluntad de un autor único, indiscutible y decisivo, que hace, aunque sea mediante Ley -reflejo formal de la soberanía popular y de su interés general- de su declaración institucional de voluntad la norma vinculante. Si así es con carácter general para toda la vida del Derecho, más lo es para un *modelo democrático* de relaciones laborales. El Comité de Libertad Sindical -CLS- lo acaba de recordar con claridad: “... *Si un gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos vigentes*”.

Esta doctrina del CLS, si no propiamente vinculante sí clave interpretativa axial para la comprensión de las normas reguladoras del derecho a la negociación colectiva -STCO 61/2013, de 14 de marzo, FJ 4-, absolutamente conocida y reconocida desde hace décadas, se ha reavivado a raíz de la queja sindical presentada, ante la OIT, contra los aspectos más críticos de la reforma de la negociación colectiva. El imperativo de Derecho Sindical Internacional de consentimiento libremente expresado por ambas partes del convenio para su novación, total o parcial, está en el párrafo 464 del 371 Informe del CLS, aprobado por el Consejo de Administración en su 320ª reunión celebrada en Ginebra entre los días 13 a 27 de marzo de 2014 -*caso 2947*-.

Pues bien, esta elemental exigencia de cualquier sistema legal de negociación colectiva, contenido esencial del derecho fundamental, garantizado hoy no solo en la Constitución “nacional” -arts. 37 y 28 CE-, sino también en la comunitaria -artículo 28 Carta de la UE-, ha sido completamente ignorado por el enunciado del art. 83.2, último párrafo ET. De este modo, el Gobierno

<sup>1</sup> Vid. Pound, R. “*Cap. I. Historia y Derecho*”. Id. Las grandes tendencias del pensamiento jurídico. Comares. 2004. pp. 6 y ss.

primero, y la mayoría absoluta del mismo en el Parlamento, después, promoverían el retorno a un modelo trasnochado de negociación colectiva, tan sólo justificado por la exacerbación de la defensa de un cierto modelo de productividad empresarial, el basado en la rebaja-devaluación de los costes del factor trabajo con la promesa, vaga, pues no se asegura en el intercambio contractual, de que es la condición para mantener el empleo. Sin embargo, la doctrina de la Audiencia Nacional -AN- acaba de ratificar la legitimidad constitucional, nacional y transnacional, de este modelo -SAN 28/2014, de 11 de febrero-. Eso sí, para salvar esta opción legislativa de devaluación de la fuerza vinculante del convenio, a costa también de la desnaturalización absoluta de la CCNCC como órgano orientado a favorecer consensos y diálogo social, no duda en reescribir el texto legal, dictando, como si del mismísimo TCO, se tratara, una sentencia “manipulativa” o “interpretativa”, consideradas expresión, para algunos estudiosos, de una “*actividad creativa para-legislativa*” del juez<sup>2</sup>.

En este estudio pretendo someter a una doble crítica tanto la atribución legal de esta competencia decisoria a un órgano orientado por el principio del consenso, que se ve abocado a abandonarlo para poder ejercerla, cuanto el ejercicio concreto que ha hecho de la misma en estos ya más de dos años de creciente aplicación del art. 82.3 ET. A saber:

- (1) el *juicio de invalidez jurídica* de esta opción legislativa. Esta invalidez no se daría ya sólo (1.1.) en el plano *nacional* -contraste con los arts. 37 y 28 CE; a lo que habría que sumar el desplazamiento de competencias autonómicas que ha realizado la regulación a favor de la Administración central-, sino, lo que es incluso más relevante, por las oportunidades de inaplicación directa -una suerte de interpretación abrogatoria en la práctica- de la Ley nacional que abre al juez ordinario, sin acudir al dilatorio trámite del TCO, en el (1.2) plano *transnacional*, sea (1.2.1.) *comunitario* -art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales; Derecho Comunitario de la Competencia-, sea (1.2.2.) *internacional* -Convenios OIT-
- (2) el *juicio de ineficacia del sistema de intervención administrativa* dirimente, pues no sólo se ha revelado estadísticamente residual -más de un 90 por cien de las inaplicaciones lo son por acuerdo, eso sí, la gran mayoría a través de las dudosas Comisiones ad hoc ex art. 41.4 ET-, sino que en las muy pocas

<sup>2</sup> Parfraseando lo que de esta, siempre conflictiva, tipología de sentencias se ha dicho respecto del TCO, se puede decir, respecto de la AN, que “*no manipula la disposición, que es una competencia exclusiva del legislador. Lo que manipula, son los sentidos interpretativos que de esa disposición se pueda extraer*” -en este caso, del art. 82.3 ET-. Las sentencias manipulativas como ésta, a un tiempo interpretativas o condicionales y también integradoras o aditivas, buscan entonces preservar la obra legislativa, no sólo eliminando las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan ser consideradas contrarias al orden jurídico, sino añadiendo elementos al enunciado para hacerlo coherente con aquél. VID. MORENO MILLÁN, F. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*, Editorial Leyer, Bogotá, D.C., 2002, pág. 65.

ocasiones en que interviene -1 por cien de las inaplicaciones-, a menudo no sólo se dilatan los expedientes por la intensa dialéctica entre la CCNCC y los Tribunales -sobre todo la AN-, sino que ni siquiera asegura una decisión.

## 2. “TEXTO” DE REFORMA: NORMALIZACIÓN LEGAL DE LA CCNCC COMO AUTORIDAD ARBITRAL OBLIGATORIA

No es objeto directo de nuestro estudio analizar, ni siquiera de forma sucinta, las muy numerosas y no menos complejas cuestiones, tanto jurídicas como prácticas, que suscita la nueva regulación, sustantiva y procedimental, del otrora llamado “descuelgue salarial”, y hoy “inaplicación-devaluación de convenios colectivos” conforme al art. 82.3 ET. Por eso, aquí bastará con recordar brevemente las claves sustantivas de este importante cambio legislativo, y también de experiencia socio-laboral colectiva, que resulten útiles para centrar nuestro tema de atención: el procedimiento de solución “efectiva” de las discrepancias. Como es sabido, la inaplicación de los convenios, hasta hace bien poco tiempo una mera posibilidad nominal, carente de significativo refrendo práctico, ha adquirido una auténtica carta de naturaleza en nuestro sistema de relaciones de trabajo y está desplegando efectos reales, como muestra el crecimiento exponencial de acuerdos de este tipo año a año, mes a mes<sup>3</sup>.

La “autoridad de la Ley”, una vez más, ha provocado este profundo cambio de experiencia, revelando la debilidad o gran laxitud de los límites legales, sustantivos -causales y materiales- y formales - procedimiento, de esta técnica de la devaluación salarial mediante descuelgue singular. De ahí, que

<sup>3</sup> No comparto, pues, el juicio de un cierto sector doctrinal que minimiza la importancia de estas prácticas por considerarlas como expresión de un “instrumento excepcional”. Cfr. NAVARRO, F. “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”. *Temas Laborales*, n. 120/2013, p. 237. Baste considerar que, según las estadísticas del REGCON, en el año 2013 se triplicaron -2500- las inaplicaciones respecto a 2012 -unas 750-, mientras que multiplicó por casi 5 veces el número de trabajadores afectados -160.000 en 2013, sólo 30.000 en 2012-. Casi 2.200 Empresas aplicaron esos descuelgues, lo que comparado con el número de empresas con convenios colectivos de ese ámbito pone de manifiesto que la conformación de este tipo de unidades de negociación informal tienen un notable predicamento, por el tipo de representación con el que se entabla -ad hoc-. En lo que va de 2014 esa progresión sigue, como también ilustran las estadísticas del CARL, que registra un incremento de casi el 25 por cien de inaplicaciones hasta el mes de mayo de 2014 respecto del mismo periodo de 2013. En el plano nacional, en sólo dos meses de 2014 -enero y febrero-, ya se habían registrado inaplicaciones -550- que afectaban casi al mismo número -27.000- que todos los afectados en 2012. En suma, mientras en 2012 se registraron 75 inaplicaciones de media mensual de los diez meses con inaplicaciones registradas, en 2013 este dato subió a 209 inaplicaciones de media mensual y la media de los dos meses de 2014 da ya un 30 por cien más, 267 inaplicaciones al mes. la media mensual de trabajadores afectados por inaplicación también se está incrementando: la media mensual de 2012 fue de 2.935 trabajadores al mes; la media de 2013 fue de 13.296 y la media de los dos primeros meses de 2014 es de 13.765 al mes. Vid. el Informe de UGT, disponible en <http://www.ugt.es/actualidad/2014/marzo/InformeNCfebrero2014.pdf>.

esta nueva realidad, más “impuesta” que promovida por la Ley sea, a su vez, fuente de creación de obstáculos a un modelo más coherente, equilibrado y sostenible, económico y social, de desarrollo o crecimiento económico productivo-competitivo<sup>4</sup>. El coste normativo-institucional es considerable, pues, como veremos, se ha debido desnaturalizar aspectos básicos del sistema, como son los sujetos representativos interlocutores del empleador, creándose un vía ad hoc para facilitar no ya el proceso sino el acuerdo mismo, al no representar contrapoder de ningún tipo, al tiempo que se flexibiliza el proceso negociador, clausurado, en caso de fallido, por una decisión pública, que asegure siempre, una “solución efectiva”.

En tales casos, hoy residuales, aunque no dejan de ser significativos en el plano cualitativo, el tenor legal, aun con sus deficiencias -vicios de contradicción o antinomia y de lagunas- parece claro en lo sustancial:

“... cualquiera de las partes podrá someter la solución... a la CCNCC cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. (1) **La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos** con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. (2) **Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas** y (3) **sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET**”.

A la vista de este enunciado legislativo, tres son los mandatos en este punto crítico del régimen de inaplicación. El primero, la naturaleza del órgano que ha de tomar la decisión final ante el fracaso de los diversos periodos de negociaciones. Se trata claramente de un órgano administrativo laboral, sea estatal -CCNCC-o, en su caso, autonómico, de carácter tripartito, eso sí. Un órgano originariamente consultivo deviene ahora decisorio. Hoy se regula en la disposición final segunda ET y su naturaleza jurídica es la propia de un auténtico órgano administrativo de carácter colegiado -artículos 38 y 39 Ley 6/1997, LOFAGE- y composición tripartita, que ejerce sus competencias con independencia y autonomías plenas - art 2 RD 1362/2012, de 27 de septiembre-. El inequívoco “principio de autoridad”, en detrimento del principio de autonomía, que rezuma el precepto, se concreta también en relación a la ordenación de la

<sup>4</sup> Un sugerente análisis crítico de esta evolución práctica, tanto en los acuerdos colectivos de inaplicación como en los convenios sectoriales que, sin resistirse como antaño de forma numantina, buscan poner algo de orden en esta espiral de descuelgues, en Álvarez Montero, A. “Las nuevas cláusulas convencionales de inaplicación de convenios de las normas a las prácticas”. CEF-Trabajo y Seguridad Social. n. 374/2014, pp. 11 y ss

eventual diversidad territorial -autonomía territorial- de opciones organizativas a la hora de ejercer la función decisoria prevista en la Ley, pues la DA 6ª del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, incurriendo en un claro vicio de regulación des-localizada, desplazó el principio de cooperación convencional previsto en la DA 2ª del RD 1362/2012, para apremiar a las CCAA a crear el órgano competente, so pena de perder mientras no lo hiciesen la competencia a favor de la intervención de la “autoridad del órgano administrativo decisorio central”<sup>5</sup>.

El segundo mandato legal atiene a la eficacia jurídica atribuible a dicha decisión administrativa. La Ley sigue al respecto, cierto que con mayor imprecisión, dejando en evidencia una cierta improvisación o deficiencia técnica, incluso una laguna -que para otros podría ser una antinomia-, una cláusula análoga a otros preceptos concurrentes, de modo que atribuye de forma expresa la “*eficacia de los acuerdos alcanzados en periodos de consultas*”. De este modo, parece inequívoca la voluntad legislativa de configurar estas decisiones con un carácter “arbitral”, sea directamente resolutoria por el órgano o indirectamente a través del “árbitro”, en los términos del art. 91.2, in fine ET.

En efecto, conforme al último precepto referido, al que se remite expresamente el art. 83.2 ET, si bien a los efectos de los motivos de impugnación de la decisión, el “acuerdo logrado a través de la mediación y *el laudo arbitral tendrá la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos* regulados en la presente Ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o **suscrito el compromiso arbitral** tuvieran la legitimación que les permita acordar... un convenio colectivo...”. Incluso podría pensarse que el legislador de reforma volvía a una regla parecida a la del art. 92.2 ET, claro resabio residual del precedente modelo autoritario de relaciones laborales, conforme a la cual se atribuye a un “acto administrativo” típico la posibilidad de cubrir una laguna de regulación profesional por especiales dificultades negociadoras, extendiendo un convenio colectivo susceptible de aplicación a una diversidad o pluralidad empresarial o a un sector de actividad -RD 718/2005; STS 21 de enero 1995-. Así, el precepto expresamente atribuye al acto administrativo

<sup>5</sup> Bajo el pretexto de garantizar la igualdad de oportunidades a todos los empresarios del país, al margen del territorio de establecimiento y en función de la unidad de mercado existente, el Gobierno central se arroga la competencia autonómica en mientras exista esa laguna orgánica, quebrando así el principio de autonomía organizativa y funcional. La situación actual evidencia una notable diversidad de opciones. Mientras que persisten algunas CCAA que mantienen acuerdos de colaboración con la AGE, delegando en la CCNCC la competencia -Navarra, Aragón, Canarias-, la mayoría se han visto obligadas, algunas contra su voluntad abstencionista inicial -País Vasco-, a crear un órgano tripartito equivalente -Comisión Consultiva de CC de Islas Baleares; Cantabria...-, mientras que otras han podido reconducir esa competencia a órganos preexistentes -Andalucía (CARL), Cataluña-. Vid. la web CCNCC: [http://www.empleo.gob.es/es/sec\\_Trabajo/ccncc/A\\_Informacion/Inaplicacion/CCAA/index.htm](http://www.empleo.gob.es/es/sec_Trabajo/ccncc/A_Informacion/Inaplicacion/CCAA/index.htm)

extender “con los efectos previstos en el art. 83.2” ET, las disposiciones de un convenio en vigor “por el perjuicio derivado de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo...”.

Ahora bien, queda igualmente claro que en tales casos hay un presupuesto inexistente en el art. 83.2 ET último párrafo: un acto de autonomía colectiva válido y eficaz, bien en el compromiso de suscripción del arbitraje bien en el convenio colectivo extendido. Consecuentemente, es manifiesto que no puede el legislador hacer aplicación automática de esa posibilidad de atribuir una función reguladora normativa a la decisión arbitral, pues falta el presupuesto de la voluntariedad conjunta de las partes. Por ello, la doctrina judicial ha establecido, también a través de una interpretación sistemática con la regulación reglamentaria, lo que es un ejercicio discutible por la carencia de tal valor de la norma reglamentaria cuando puede alterar el sentido de la Ley -ampliándolo o, incluso, como en este caso, restringiéndolo-, que hay una diferencia radical entre este tipo de decisiones “mediales” o “arbitrales” administrativas y los característicos laudos, privando a aquéllas de cualquier contenido regulador “positivo”, normativo o no<sup>6</sup>.

Precisamente, esta pretensión legislativa de no identificar naturalezas jurídicas, pero sí equivaler o equiparar eficacias -reguladoras y personales- entre la citada decisión arbitral de inaplicación y los laudos arbitrales típicos se concretaría, de manera aún más clara, y es el tercer mandato legislativo a tener en cuenta, en el régimen de impugnación judicial de tal decisión. De nuevo, es inequívoca no sólo la voluntad legislativa sino el enunciado normativo, aunque la doctrina judicial, en su ineludible juicio de validez según el test de coherencia con el conjunto del ordenamiento corregirá, una vez más, tal voluntad legal de restringir el control judicial. Cuando quiere que “sólo” sea recurrible según “*el procedimiento y en base a los motivos*” ex art. 91 ET, propone una *cognición judicial limitada*, por estar en juego una regla ordenadora de conflicto de intereses. En efecto, no sólo se trataría de una cuestión eminentemente técnico-económica, basada en juicios relativos a la contabilidad y capacidad financiera y organizativa, sino de una decisión por órgano dirimente con valor de árbitro público, imparcial. Veremos que la SAN 28/2014, a diferencia de las precedentes, hace otra lectura distinta.

Pero la voluntad legislativa es clara aquí, como lo es el enunciado. Otra cosa es que “querer”, como se dijo al inicio del estudio, no es siempre, ni

<sup>6</sup> “... una cosa es que la Ley le confiera la eficacia de un acuerdo colectivo o establezca que la impugnación pueda hacerse por los cauces procesales propios de los convenios colectivos... y otra cosa es que estemos realmente ante un producto de la negociación colectiva, lo que obviamente no es así. El acto administrativo de inaplicación se produce, precisamente, por la inexistencia de un acuerdo... y su objeto es... dejar sin efecto lo que sí es resultado de la negociación colectiva. No es preciso crear nuevas categorías jurídicas para encuadrar este tipo de actuación como... **acto administrativo**” - SAN 28/2014, FJ Undécimo-.



siquiera con mayoría absoluta parlamentaria, “poder” jurídicamente, y la “palabra de Ley” no es norma laboralmente aplicable hasta que no se convierte en “palabra de Juez” -del “Supremo”, aunque hoy esa instancia última se haya multiplicado, no sólo dentro, sino también más allá de nuestras fronteras-.

Antes de terminar este sucinto repaso a los aspectos claves del nuevo sistema legal de decisión dirimente de los conflictos de inaplicación, para afrontar de lleno su adecuación al doble juicio aquí seleccionado, el de validez jurídica “superior” a la Ley y el de eficacia socio-laboral, debe recordarse que, por estricta voluntad legal, este muy complejo y abigarrado dispositivo aparece legalmente como dispositivo. Aquí, y aunque sea de una forma ambigua, el legislador abandona el principio de autoridad, o lo modula de una forma muy clara, para retornar al principio del que nunca debió salir, el principio de primacía de la autonomía colectiva, tal y como deriva del art. 85.3, letras c y e) ET<sup>7</sup>. Ciertamente, aquí la “trampa legal” está en qué significa “solución efectiva”. La mayor parte de los convenios que incluyen tales procedimientos siguen defendiendo que el arbitraje, que se promueve, no sea de sumisión obligatoria, sino voluntaria. Así lo ilustra el V Acuerdo ASAC -art. 18 en relación a su art. 4-

<sup>7</sup> En este sentido, interesante es traer a colación que el propio Gobierno, a la hora de defender su reforma ante el CLS, ha destacado de una forma firme que la regulación estatutaria vigente, cierto que su origen está en otro modelo, el que representaba la reforma socialista de 2010, configura como un aspecto del “... contenido mínimo de los convenios colectivos fijar “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo... adoptando en su caso los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico...”); por ello subraya el Gobierno, en la medida en que el convenio colectivo contempla procedimientos de solución efectiva de las discrepancias el recurso a estos procedimientos es de obligada observancia por las partes sin necesidad de recurrir al nuevo mecanismo previsto...” -párrafo 450, Informe CLS para el caso 2947, Queja contra el Gobierno de España. La STSJ/Madrid, Rec. 59/2012, pone de relieve cómo, a diferencia de la regulación anterior al RDL 3/2012, la nueva redacción del art. 83.2 ET “exige con carácter preceptivo... acudir a los procedimientos establecidos para solucionar las discrepancias en los acuerdos interprofesionales”. Para las difíciles relaciones entre el art. 85.3 y el art. 83.2 ET en este punto, vid Cruz Villalón, J. “*El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012*”. RDS, n. 57, 2012, pp. 240 y ss. Más recientemente, y con mayor apertura a la autonomía colectiva, criterio que comparto plenamente, vid. Álvarez Montero, A. “*Las nuevas cláusulas convencionales...*”. Op. cit. pp. 18 y ss.

### 3.CONTEXTO LEGAL-INSTITUCIONAL: “REGRESO A UN NUEVO” MODELO AUTORITARIO DE RELACIONES LABORALES

#### 3.1.“Pretexto” de la reforma: “la resistencia de una conservadora práctica convencional, con un golpe de autoridad se vence”

Frente al idealismo, casi candor, si no fuera porque busca un objetivo concreto muy discutible socialmente, del legislador de la reforma laboral, como en su día el legislador liberal decimonónico de la codificación, habría que recordar algo elemental para la cultura y ciencia jurídicas. El enunciado de una norma legislativa no es sino el primer paso para cumplir su función ordenadora de una realidad social, nueva si es lo que busca, pero no es ni una condición necesaria ni suficiente -problema de las lagunas-, para hallar/descubrir/crear la “norma” socio-laboralmente aplicable.

Al contrario, la aplicación práctica de ese mandato requiere un proceso plural de investigación del sentido del mismo para hallar o descubrir la regla o norma socio-laboralmente aplicable, a fin de realizar de modo efectivo los valores y fines a los que ella sirve, eso sí, en un conjunto más amplio de normas y valores con los que debe, en todo momento, mantener una básica coherencia o armonía. Una exigencia, por cierto, relegada en la fundamentación del sistema de solución de discrepancias del art. 82.3 ET, que mira tan sólo al mandato constitucional de “defensa de la productividad”.

Es importante esta recalada en algo tan elemental porque suele decirse, por diversos comentaristas de la reforma laboral<sup>8</sup>, que no estaríamos nada más que ante una etapa más del proceso de reformas que han venido afectando a la negociación colectiva en el Estado español a lo largo de los dos últimos años. Por lo tanto, podría establecerse una línea de mera continuidad, tanto en los objetivos centrales –más flexibilidad para la empresa-, cuanto en las técnicas –más prioridad para el nivel de negociación de empresa, debilitando los vínculos de la empresa a los convenios para facilitar el descuelgue-. Sin embargo, es manifiesto y conviene alertarlo, sin hiperbolizar claro, que el diseño legal apunta hacia un cambio cualitativo, un salto en la regulación en relación a los antecedentes más inmediatos –Ley 35/2010 y RDL 7/2011-, porque no garantiza, como le reprocha, aun con el lenguaje críptico del CLS, propio de un órgano tripartito, que el mecanismo de descuelgue responda al enfoque de “*flexibilidad interna acordada*”, pues si exige siempre una procedimiento de negociación colectiva de buena fe -SAN 219/2013-, no sucede lo mismo con el acuerdo -SAN 28/2014-.

<sup>8</sup> Cfr. Sempere Navarro, A.v. “Retoques parlamentarios a la reforma laboral”. Aranzadi Doctrinal, n. 4. 2012, pp. 215 y ss; González Ortega, S. “*La negociación colectiva en el RDL de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*”. En Temas Laborales, n. 115/2012, pp. 85 y ss.

La decisión legislativa responde, pues, a un marcado utilitarismo economicista, que sacrifica el imperativo jurídico de asunción voluntaria del compromiso “arbitral”, una vez se ha constado el fracaso del momento negociador propiamente, a la necesidad, a la conveniencia, empresarial de disponer de un “seguro”, “efectiva”, de toma práctica de su decisión, si bien “autorizada”, en sus estrictos términos o modulados, siempre que se constate la concurrencia del presupuesto causal. Con ello, pues, se atiende de manera prevalente a la reducción, al menos en la “idea legislativa”, otra cosa será la realidad, tanto de los “costes de oportunidad” como los “costes de transacción” a cargo del empleador, aumentándose al mismo tiempo los de los representantes laborales, en especial de los unitarios -o sindicales-. El elemento convencional queda suprimido y no, argumenta el propio legislador, por gusto, sino por ineficacia de la vía consensuada para provocar esa nueva realidad facilitadora de la gestión productivista. El legislador es en este punto muy claro:

*“...La última reforma... pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis..., **no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo.... Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial... incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la CCNCC u órganos similares de las CCAA... Se trata... de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración...**”*

Emerge así con toda nitidez el “pretexto” que fundamenta el nuevo régimen. Se pretende erradicar, cambiando un modelo autónomo por otro autoritario—esto es, basado en la “decisión de autoridad” de un tercero externo a los sujetos negociadores, primero la de la Ley al regular el régimen de inaplicación, no así el concreto procedimiento de solución de discrepancias, de una forma imperativa, tratando de garantizar un resultado (“solución efectiva”), y después, para cada caso concreto, la del árbitro al decidir en última instancia la solución de la controversia-, una *precedente práctica convencional resistente* a estos mecanismos. Ciertamente, debe recordarse que esta resistencia no era puro capricho sindical, sino decisión asumida de forma conjunta y convergente por ambas partes. La revisión del convenio a la baja de modo permanente por procedimientos informales negociadores generaba, y genera, en definitiva, un riesgo de dumping social que aquella práctica de negociación quería evitar, como, por cierto, han constatado, tras la reforma, tanto el TS -STS, 4ª, 27 de enero de 2014, en relación al art. 41 ET, caso Cortefiel- como la AN -SAN 28/2014-, aunque de momento ambas sin consecuencias de carácter operativo.

Pero el legislador no comparte este modelo de competitividad cualitativa, basada en la innovación y no en la rebaja de salarios. Y, en consecuencia, decide que sólo se puede corregir esa práctica resistente a través de dos “golpes de autoridad”, el de la Ley, al imponer la solución de desbloqueo, y el de la Administración Laboral al imponer la inaplicación, si constata que existen las causas.

### **3.2.Ley del Péndulo: Del blindaje de la autonomía a la exaltación del orden público competitivo y de la “función gestional”**

En su justificación ante la OIT, el Gobierno español trata de poner de relieve que en el nuevo sistema regulador de la inaplicación no responde al principio de autoridad. La realidad dista de esta imagen. La necesaria interpretación de la disposición legal -art. 82.3 ET- en su contexto reformador evidencia que, de modo efectivo, la Ley persigue reintroducir un modelo de orden público laboral en la conformación del sistema convencional, pero no, conforme al pasado o tradición laboral, sino invirtiendo su orientación, de modo que primará no la protección sino la rentabilidad-productividad del factor trabajo. De nuevo es muy útil volver a las palabras “explicativo-justificativas” (comprensivas) del legislador, asumidas como pauta interpretativa por la AN:

*“las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”* (párrafo 5º, epígrafe IV de la EM Ley 3/2012).

Queda clara la identificación del entero régimen legal de descuelgue tanto con el fin u objetivo general de la reforma, potenciar la gestión productivo-competitiva del factor trabajo -principio de rentabilidad-, cuanto con los instrumentos priorizados para ello, como son, de un lado, el *reforzamiento de la función de gestión empresarial de los convenios o los acuerdos colectivos* de otro, la *potenciación*, para facilitar la toma de decisiones, de las “*soluciones de autoridad*”, en detrimento de las típicas “*soluciones de autonomía colectiva*”. De ahí, que el art. 82.3 ET no pueda entenderse de forma aislada respecto del art. 84.2 ET y la exaltación que hace de los niveles de decisión empresarial.

Para ello, no sólo revigoriga, a través de su diversificación y liberalización, las técnicas que permiten alcanzar, o al menos perseguir con facilidad, tal objetivo, sino que desnaturalizará la función política -de gobierno- de la negociación colectiva, y también la económica -tutela frente a la competencia desleal-<sup>9</sup>. A tal fin, la Ley plaga el sistema de reglas imperativas -orden público productivo-, o de Derecho necesario relativas, pero mejorables sólo a favor de la decisión de gestión empresarial -principio de norma mínima inversa-, faci-

<sup>9</sup> Vid. Valdes Dal-Ré, F. “*La reforma de la negociación colectiva de 2012*”. Relaciones Laborales, n. 23-24/2012, p. 225.

litando la negociación con representaciones ad hoc, elegidas o habilitadas para el momento concreto de gestión novadora *in pejus* y, por si fracasa esta vía informal, la solución público-arbitral de conflictos. De esta forma, como advierte con todo realismo el CLS, el legislador español, aunque sin clausurar la posibilidad de decisión autónoma -art. 85.3 ET-, diseña un conjunto o sistema de procedimientos que facilitan una “*sistemática negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las de nivel superior...*” -párrafo 453-.

Esos procedimientos se promueven tanto en momentos fisiológicos o positivos de la empresa -art. 84.2 ET-, cuanto en momentos patológicos o negativos -art. 82.3 ET-, con lo que, en realidad, se trata de “dos caras de la misma moneda”, consistente en una *regla de prioridad aplicativa del acuerdo de empresa respecto del convenio sectorial*. En los dos casos, la Ley “apodera” o “habilita” al empresario para que promueva, y logre, la concurrencia con el convenio vigente de un nuevo producto regulador de efectos colectivos, priorizándolo frente a aquél en caso de que logre formalizarlo tras un obligado procedimiento de negociación colectiva<sup>10</sup>. Eso sí, para favorecer que lo logra, bajo una modalidad u otra -una vez que lo libera del vínculo del convenio colectivo no estatutario en virtud del art. 41 ET, como también observa críticamente el CLS-, el legislador va a intervenir con su autoridad para allanarle el camino, a través de técnicas de regulación-gestión típicas de un modelo autoritario de relaciones laborales, como son las “*prohibiciones*” -legales- y las “*habilitaciones-autorizaciones administrativas*”.

Desde esta perspectiva de intervención prohibitivo (de la soberanía convencional sectorial resistente-promocional (de la autonomía de gestión colectiva empresarial), el empresario podrá conseguir esa preferencia reguladora a través de la promoción de un convenio colectivo de empresa de nueva creación, frente al sectorial -art. 84.2 ET-, para eso sólo tiene que convencer a los sujetos sociales legitimados para ello en la empresa. O, de darse las circunstancias del art. 82.3 ET, podrá, de forma concurrente o alternativa a aquélla, alcanzar un acuerdo colectivo de empresa, sea frente al sectorial vigente sea frente al convenio de empresa preexistente (“auto-descuelgue”), en su caso -art. 82.3 ET-, para lo cual le facilita, inventándolo *ex novo*, unos interlocutores sociales *ad hoc*, “*a medida*”, evitando que no pueda hallar, a diferencia del art. 84.2 ET, partenaire con el que lograr esa regulación priorizada en el nivel que le es propio, la empresa. Pero, si esta vía tampoco resulta exitosa, fracasando el proceso negociador, pese a la facilidad, entonces será su *decisión reguladora de efectos colectivos* la que, eso sí autorizada -más bien *habilitada*-, bien en sus propios términos bien, como será más probable para lograr la habilitación,

<sup>10</sup> Vid., para el modelo anterior a la reforma, Cruz Villalón, J. “*El descuelgue...*”. p. 231.

rebajados en intensidad, *por la administración* -art. 82.3 in fine ET-. En suma, el legislador multiplica las posibilidades de opción-decisión al empleador, a fin de lograr, en el ámbito que le es más propio, la empresa, un acuerdo liberatorio, sin que su ausencia le cierre tal posibilidad, pues siempre tendrá la vía administrativa, directa o arbitral, para seguir intentándolo y conseguir la decisión que busca. La realidad nos ha puesto de relieve que esta configuración legislativa se ha producido en la práctica.

Si este tipo de intervenciones, con una forma u otra, siguen residualmente en la legislación española -art. 92.2 ET; disposición adicional 7ª ET-, el problema ahora es que el art. 82.3 incluye una forma de intervención administrativa reguladora igualmente supletoria, pero ya no excepcional, sino normalizada, al margen de la frecuencia práctica que asuma. Y eso ya plantea problemas graves de (in)coherencia con la Constitución, pero también con el Derecho Sindical Internacional, e incluso con el Derecho Comunitario, social sí, pero también económico. No es un juicio propio del oficio de profeta, que no práctico, sino la asunción de la comprensión que -también a modo de “mensaje a navegantes”- acaba de hacer el CLS, reactualizando su doctrina en la materia. Para ésta, el mecanismo de inaplicación de convenios formaría parte de un conjunto sistemático de medidas que, fuertemente predeterminadas al margen del principio de soberanía convencional, por una sucesión de “actos-poderes de autoridad” -legal, administrativa, empresarial-, han inoculado en el sistema español de negociación una especie de “cepa viral”, esto es, una fuente de virus con el mismo “patrimonio genético”, susceptible de “...*desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y de trabajadores... en violación de los principios consagrados en los Convenios núms. 87 y 98...*” -párrafo 453-.

#### **4.DE LA “LEY” AL “DERECHO”: RAZONES DE INVALIDEZ JURÍDICA E INEFICACIA PRÁCTICA DEL PAPEL DECISOR DE LA CC-NCC**

##### **4.1.Más allá de las palabras: el triple reduccionismo mistificador de la nueva “autorización-habilitación” administrativa**

Tempranamente la AN aceptó la legitimidad de la solución de último grado a los conflictos de inaplicación, sin plantearse el problema de invalidez. La razón parecía evidente: se vincula directamente con esa fórmula mágica que parece legitimarlo ahora todo: las bondades para el empleo de la “flexibilidad

interna” -SAN 15/2013, 28 de enero de 2013 (Rec. 316/2012)-<sup>11</sup>. La AN, pues, asumiría plenamente la justificación gubernamental de esta norma como emblema de la función conciliadora o transaccional entre (el derecho a) “*la negociación colectiva*” y (la defensa de) “*el interés general*”, ejercida no ya, según el modelo tradicional de autoridad, mediante decisión sustantiva o con valor directamente regulador, que sí podría alterar gravemente el diseño constitucional de la negociación colectiva, sino de carácter reflexivo o procedimental<sup>12</sup>.

Esto es, la validez de la norma derivaría tanto de la fuente externa que la inspira -la defensa del empleo- cuanto del proceso comunicativo o dialógico de toma de decisiones al que responde en todo caso, pues se limitará no a imponer una decisión -por ejemplo habilitando al empleador que adopte por sí mismo, tras un proceso fallido de negociación-consulta colectiva-, sino a crear un nuevo canal de toma de decisiones colectivas mediante la intervención de un tercero público, pero imparcial y tripartito. Por tanto, en apariencia, siempre bajo el presupuesto de procesos de diálogo social y adopción por consenso, dada la naturaleza tripartita del órgano decisor último. En suma, para la AN, la intervención de a CCNCC, “subsidiaria y en último grado”, ni sería unilateral ni discrecional, sino dialogada y reglada -SAN 219/2013, FJ Tercero, in fine-, guiada por un sistema de “adopción por consenso”-SAN 28/2014-.

Pero la comprensión del sistema no puede quedarse en esos artificios formales. La intervención de la CCNCC -sea mediante decisiones colegiadas sea mediante “dictámenes vinculantes” o “laudos”-, constituye ejercicio de una función decisoria (art. 3.1.c) RD 1362/2012, de 27 de septiembre) expresiva de una *técnica de autorización administrativa habilitadora a un sujeto particular* -aquí la empresa- para *adoptar, modulando o no su pretensión, una decisión de eficacia colectiva* -aquí los empleados de aquélla-. Ciertamente, una lectura del precepto sólo conforme a la “letra de las palabras” puede inducirnos a error o confusión. Y para evitarlo, acudamos a la prevención adoptada hace ya más de

<sup>11</sup> La inaplicación -descuelgue- de convenios nace en 1994 como un instrumento alternativo a los despidos. Vid. Garrido Pérez, E. “*Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria*”. RL n. 1, 1995.

<sup>12</sup> El mecanismo de solución de último grado es un ilustrativo ejemplo de “norma de Derecho reflexivo”, en la conocida construcción de Teubner, motivada por la necesidad de introducir los imperativos de la economía en la producción de la norma jurídica. Como afirmaba con rotundidad este autor, el Derecho social “*tiene pocas posibilidades de ser obedecido cuando entra en conflicto directo con el motivo de la ganancia. No tiene ninguna oportunidad cuando la bancarrota amenaza la supervivencia de la organización*”. Vid. Teubner, G. *Law as an autopoietic system*. Oxford. Blackwell. 1993. p. 91 (en castellano puede leerse: *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Ara. 2005). De ahí, que las normas de derecho reflexivo respondan a una política *multiplicadora de las opciones de regulación a disposición de los sujetos interesados*, remitiendo el cumplimiento de la norma vigente -en este caso el convenio colectivo- a las concretas decisiones que adopten los sujetos interesados, privados y públicos, dentro de un procedimiento ordenado de reflexión dialógica, esto es, con la participación activa de todos, ampliando el código binario tradicional -sí (autorizado) o no (prohibido)- a otro ternario -sí, no, cómo-.

tres décadas por la célebre STCO 11/1981. Ésta, en relación a una técnica, en el plano funcional muy próxima a la que ahora prevé el art. 82.3 ET, el conocido, e inconstitucional “arbitraje público obligatorio”, advertía de la necesidad de no quedarse no ya en el nombre de las cosas, sino ni tan siquiera en su superficie formal, porque, no sino nunca “genuino arbitraje” el que reúne al mismo tiempo “las características de ser público y de ser obligatorio”, en realidad, “*más allá de las palabras*”, lo que existe es

*“la sumisión a una decisión de un órgano administrativo...intervención y... decisión... herederos residuales de un sistema de intervención administrativa que era claramente limitativo de los derechos de los administrados...”*.

Pues bien, esta es la verdadera naturaleza jurídica de la intervención de la CCNCC, ya asuma la forma de resolución directa de un órgano colegiado o la de resolución delegada -nunca laudo propiamente- en un árbitro designado por la CCNCC siguiendo el procedimiento reglamentario. Una naturaleza de autorización que tampoco cedería ya se entienda, como aquí se comparte, que responde a un típico “principio de autoridad tradicional” -relación de supremacía-, o que, en cambio, como considera la SAN 28/2014, obedece más bien a un “principio de autoridad arbitral” -relación medial o de equidad-, típico de “*un modelo de origen anglosajón*”, que, en ciertas materias, afirma con fruición el órgano judicial, “*como es ésta, puede resultar saludable*”-FJ Décimo-. En este sentido, y aunque resulte paradójico, la reforma introduce una técnica análoga a la que elimina para los despidos colectivos, pero no puede caerse en la ilusión o el espejismo de llevar ese paralelismo al juicio de constitucionalidad, como hace la AN, porque en juego no están los límites a la resolución contractual, en aras de la protección de un derecho individual -el derecho al trabajo- y su dimensión social -protección del empleo-, sino los límites a la desvinculación empresarial de una norma jurídica profesional, el convenio colectivo, cuya fuerza vinculante está constitucional e internacionalmente garantizada. Una deriva normativa de este tipo a partir de la más que manifiesta conexión conceptual es contraria a la regulación internacional, como recuerda muy oportunamente el CLS, y la AN deberá tener en cuenta este criterio.

Sin perjuicio de los mayores comentarios que se realizarán más abajo, estas tres operaciones reduccionistas y efecto mistificador, de troquelado o de desnaturalización institucional del legislador en esta materia son. A saber:

a)La reducción-devaluación *de un convenio-norma a puro contrato colectivo*

El régimen de inaplicación del art.82.3 ET se configura como una *regla especial, y más favorable al interés a la novación*, de la cláusula, implícita en todo contrato, “*rebus sic stantibus*”. No es la lógica de la modificación de normas jurídicas la que subyace al art. 82.3 ET, sino la más pura “*lógica de los contratos*”, por lo que el único presupuesto relevante sería evitar la arbitrarie-



dad ex art. 1256 CC- no la garantía de la “fuerza vinculante” del convenio. El legislador, pues, invierte su papel constitucional, de modo que el fundamento de su intervención no sería el fijar una excepción ponderada al principio de modificación de una norma sólo por quien tiene potestad para crearla, que es lo que subyace al art. 37 CE como reflejo del reconocimiento de un poder originario de regulación a la autonomía colectiva. Al contrario, en positivo, el legislador habilita al empresario -deudor, pero sujeto más fuerte de la relación- un canal -poder- efectivo de liberación-rebaja del cumplimiento de sus obligaciones cuando concurren determinadas causas, ni graves ni excepcionales, sólo idóneas para el mantenimiento o mejora de la posición competitiva de la empresa cuando pueda verse alterada por una situación económica “negativa” -pero no crítica- o de exigencia de cambios -causas organizativas, técnicas o de producción-. En suma, el legislador toma aquí partido por el enfoque contractual del convenio colectivo y, más sorprendente, la AN lo asume sin reparo, conforme a la construcción privatista-liberal<sup>13</sup>.

b) La reducción-devaluación del “*interés general*” al “*interés particular*” de la garantía competitiva de la empresa en los términos definidos por el empleador

Como es natural, en un Estado Social de Derecho, y a diferencia de un Estado liberal puro, para que esa regla especial y de favor hacia el interés empresarial de rebaja o devaluación de los mandatos normativos convencionales en determinadas situaciones pueda tener una mínima apariencia de legitimidad debe obedecer, consciente de la excepción en el plano jurídico, a un “*interés general*”, única razón que podría amparar la normalización económica, para gestionar situaciones de dificultad y/o cambio, de un poder jurídico tan extraordinario como éste. Ese interés lo sitúa el legislador, de forma expresa, en la consabida “defensa de la productividad”, fórmula mágica a su vez para la obtención de una “mejor posición competitiva” de la empresa de la que pendería, al final de todo, la continuidad del empleo. Ahora bien, es manifiesto que, como ha podido evidenciar recientemente el TS -Caso Cortefiel-, se trata de conceptos de tipo macro-económico y muy complejos, que dependen de muchísimos factores, unos racionales otros aleatorios, y que, en consecuencia, no puede asegurarse por la mera novación-devaluación de los salarios y en general del resto de condiciones laborales. Lo único que sí está claro es que, con esa opción, se concede una “ventaja competitiva” al empresario, a fin de poder afrontar mejor, en determinados casos, no excepcionales -recuérdese que admite pérdidas futuras estimadas; mera rebaja de ingresos; cambios, de cualquier tipo, en las condiciones de organización y producción de su actividad...-, las circunstancias de mercado en que

<sup>13</sup> “...la fuerza vinculante... no difiere esencialmente de la obligación de cumplir los contratos, expresada en los artículos 1258 y 1278 del Código Civil, que recogen el viejo principio latino de *“pacta sunt servanda”*...” -SAN 28/2014, FJ Sexto, penúltimo párrafo-.

se encuentra, sean de dificultad económico-financiera sean de mera necesidad -o conveniencia- de innovación o cambio organizativo.

Se trata, pues, de una forma de “privatización del interés público general”, pues el art. 82.3 ET reconoce, a diferencia por ejemplo del art. 92.2 ET, “una fórmula de liberación unipersonal” (empresa a empresa) de las correspondientes obligaciones del convenio de sector -SAN, 28/2014, FJ Sexto-. Si se compara las situaciones, residuales, en que tal posibilidad de intervención administrativa con eficacia reguladora colectiva aún son posibles, se comprobará la gran diferencia, pues en todas ellas sí ha de constatarse, además de la excepcionalidad de la situación, ese “interés general”.

c) Reducción-devaluación de la autonomía colectiva a “participación institucional”, expresión del “*principio de decisión por diálogo social y consenso*”

Como es conocido, la doctrina de la OIT mantiene que la modificación convencional ha de hacerse siempre, “cualquiera que sea la forma jurídica que asuma”, en el “marco del diálogo social”, según acaba de recordar en relación al caso español -párrafo 453-. Pues bien, el legislador, al justificar su opción, presenta un sistema basado en el principio constitucional de participación institucional de los interlocutores sociales más representativos, como suficiente garantía de negociación colectiva, porque en su dinámica de funcionamiento y adopción de acuerdos respondería al principio dialógico requerido por el estándar internacional y constitucional. La formación de la mayoría en su seno revelaría un juego de la autonomía, porque *ninguna parte podría imponer su criterio*, debiendo definirse siempre una “*tercera posición*” aglutinante de la de uno -el interés de los trabajadores a la continuidad de sus créditos- y otro -el interés empresarial al cambio liberador-novador de las obligaciones convencionales-.

Naturalmente, que el legislador asuma esta reducción-confusión conceptual y normativa, es muy criticable, pero no sorprende, pues busca un determinado interés. Lo que sí es motivo de perplejidad, a mi juicio, es que la Audiencia Nacional avale este enfoque, pese a ser consciente no sólo de que el sistema de adopción de acuerdos es singular y muy problemático en estos casos sino puramente formal, pero irreal, por el contraste de posiciones que aparece normalmente en el seno de la CCNCC en estos expedientes. Procedimientos y decisiones que sólo pueden salir adelante cuando la representación pública es capaz de convencer y sumar a su posición a una de las partes en confrontación aquí, en abstracto -observación normativa- y en concreto -observación práctica o sociológica-, la sindical, cuando su decisión es no autorizar la inaplicación, y la empresarial, cuando su decisión es autorizar, nunca o casi nunca a las dos, por lo que el principio de búsqueda del consenso se queda en mera fórmula abstracta, pero irreal<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> el problema reside en el “*sistema singular de adopción de acuerdos, basado en la búsqueda de consensos, que la separan del arbitraje clásico, lo que, en ocasiones, puede generar problemas como el de autos*” -SAN 219/2013, 9 de diciembre, FJ Cuarto, ab initio-.

La conjunción de estos tres reduccionismos legislativos, en el plano conceptual, normativo e institucional, tiene como resultado una mixtificación o falseamiento, en todo caso una desnaturalización, se decía, de las tres instituciones en juego. A saber:

1)La negociación colectiva presupuesta, a través del periodo de consultas -o de otras formas sucesivas-, se des-formaliza por completo, convirtiéndose en puro simulacro, al realizarse con sujetos ad hoc seleccionados para la ocasión, fuera del sistema general u ordinario -art. 41.4 ET-. La des-sindicalización es nítida. Un dato: de los 335 acuerdos de inaplicación registrados en Andalucía hasta mayo 2014, 272 lo han sido por comisiones ad hoc, y sólo 63 -menos del 20 por cien- lo han sido con la representación institucionalizada -unitaria y/o sindical-.

2)La pretendida “intervención arbitral”, así llamada, se queda sólo en apariencia, incluso cuando la resolución se adopta con la forma de dictamen vinculante del experto/a. En realidad, se trata funcionalmente, al margen de su forma, de una “*intervención de autoridad administrativa*” típicamente habilitadora a un sujeto particular, el empleador, para que adopte decisiones de eficacia colectiva, con el consiguiente efecto liberador-novador de las deudas normativamente contraídas en el convenio colectivo sectorial -con carácter general, siendo residuales las veces en que se solicita de empresa, aún posible-. En confirmación de ello, está, de nuevo, la experiencia, que pone de manifiesto cómo en esos casos el órgano, concebido originariamente como espacio de diálogo y consenso sociales, muta en órgano de confrontación y enfrentamiento entre posiciones radicalizadas, por lo que bien su potestad, en este caso reglada, de rechazar la decisión empresarial le permitirá atraer a su posición a la parte sindical, bien su potestad de moderar, en este caso de forma discrecionalmente técnica, la intensidad de la decisión empresarial, le permitirá atraer a su postura a la parte empresarial, adquiriendo en tal caso la mayoría cualificada necesaria para la adopción de decisiones. El principio de decisión por consenso -art 8.3 RD 1362/2012-, habitual en sus funciones consultivas, muta aquí, se troquela, *en decisión por mayoría*, siendo decisiva o determinante la posición de la parte pública.

3)El presupuesto de control jurisdiccional de la decisión de inaplicación se devalúa al atribuirle, mediante la técnica de la ficción, una eficacia como si se tratara de un laudo arbitral ex art. 91 ET, que resuelve un conflictos no sólo jurídico, sino también de equidad. Buena prueba de la voluntad legal se halla en la defensa que Abogado del Estado y MF hacen de esta vía de impugnación ante la AN. Ambos han defendido que tal *impugnación sea muy restrictiva*, para evitar que las medidas de flexibilidad interna se conviertan en un camino tan tortuoso que incentiven la externa. Por eso debía ser limitada, ciñéndose a incumplimientos flagrantes, sobre todo a los formales graves. Una visión

restrictiva que acepta de modo expreso la SAN 15/2013, de 28 de Enero, centrandó la impugnación en vicios de ultra vires, de procedimiento y normas imperativas, “*porque si no fuera así, las decisiones... no serían propiamente decisorias, puesto que se condicionarían esencialmente a la intervención jurisdiccional posterior*” -FJ Quinto-<sup>15</sup>.

#### **4.2. “Juicio de invalidez” de la solución de último grado: razones de su dudosa constitucionalidad nacional y comunitaria**

##### *4.2.1. La excepcionalidad del sistema legal: ¿una interpretación abrogatoria o correctora?*

Tanto desde un punto de vista de política del derecho, como estrictamente técnico, *la coherencia interna* de un sistema jurídico, en este caso el regulador de la negociación colectiva del Estado español, debe ser un atributo de las normas, aquí del artículo 82.3 ET. La exigencia de coherencia de la norma con el conjunto no significa una unidad de objetivos, pero sí exige evitar contradicciones de raíz con los superiores.

Este dato, hoy totalmente asumido por la cultura jurídica,<sup>16</sup> guste más o menos al titular de la potestad legislativa -al actual le gusta poco-, resulta de especial interés y actualidad para el objeto de nuestro estudio. Al respecto, es conocida la defensa de diversas posibilidades interpretativas en sede de doctrina científica<sup>17</sup>. La novedad principal reside en que, al margen de lo que en su día pueda decir el TCO -me atrevo a decir, no jugando al oficio de adivino sino leyendo su ATCO 43/2014, de 12 de febrero, que aceptará, cierto que con un fundado voto particular, su legitimidad-, ya contamos con “doctrina” de diverso “valor interpretativo-judicial” que reproduce esa misma diversidad de criterio. Una, la doctrina del CLS, otra la de la AN. La primera -*caso 2947*- evidencia su ilegitimidad internacional, que debería llevar a la invalidez constitucional por aplicación del art. 10.2 CE -STCO 61/2013, entre las más recientes-.

<sup>15</sup> Aunque la SAN 28/2014, se desmarca un poco de esa posición, termina reproduciéndola sobre la base del carácter pretendidamente no “autoritario” sino “medial” de la intervención, *revestida de potestad de discrecionalidad técnica*, de la CCNCC, porque, de lo contrario, “*ello supondría la creación de una nueva jurisdicción, lo que está vedado constitucionalmente*” -FJ Décimo tercero, último párrafo, in fine-. Pero, la realidad, es que supone una cognición limitada

<sup>16</sup> Ferrajoli, L. *Derecho y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. 4ª Edición de 2004. Pp. 15 y ss.

<sup>17</sup> Entre quienes militan a favor de su legitimidad, quizás por su “autoridad institucional” hoy, destacamos Pérez de los Cobos, F. - Thibault Aranda, J., “*La reforma de la negociación colectiva*”, Relaciones Laborales, n. 14/2010. Pp. 115 y ss. En contra de esa legitimidad, por tratarse funcional, aunque no formalmente, de un arbitraje público obligatorio, entre otros, Cruz Villalón, J. “*El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012*”. Op.cit. pp.239-244.

La segunda, en cambio, expresando una cierta, pero apreciable, evolución, se decanta, con muchas dudas y auténtico ejercicio de funambulismo hermenéutico, por salvarla mediante sentencia “interpretativa” o “manipulativa” (término italiano que le dio origen en esa experiencia), como si del TCO-legislador positivo mismo se tratara.

Ciertamente, la segunda no ha podido conocer, por razones de tiempo, la primera interpretación invalidante, en el plano de la legitimidad internacional del art. 82.3 ET. Por lo que no sería descabellado pensar en un cambio de posición. No sería extraño. Como se ha dicho, una adecuada comprensión de conjunto de la doctrina de la AN pone de relieve una evolución interna de criterio, no radical, por supuesto, pues siempre se ha defendido su constitucionalidad, pero sí relevante, tanto en los argumentos aportados para ello como en los matices derivados, cada vez mayores y que no ocultan una visión crítica de la regulación legal, con efectos internos y operativos en el enjuiciamiento de los futuros casos -justicia del caso concreto- aplicativos de la norma. Aunque aquí sólo nos interesa la dimensión procedimental, de intervencionismo público habilitador o liberalizador de los compromisos convencionales normativos, no creemos ocioso poner de relieve las etapas de esa evolución de la doctrina de la AN en esta materia.

Etapas que podemos ordenar en tres. Una primera, inmediata, en la que no se plantea formalmente el problema de constitucionalidad y asume sin reparo alguno, más bien la saluda con fervor, la solución dada por el art. 82.3 ET. Es una manifestación muy clara de la defensa, apreciable en su entera doctrina judicial, de comprender el empleo como interés general primario o preferente, legitimador de variados sacrificios de derechos laborales, individuales y colectivos<sup>18</sup>.

Una segunda, en la que, obligada ya a plantearse la constitucionalidad de la reforma, por así pedirselo la parte actora, resuelve asumir sin mayores problemas ni dudas la constitucionalidad, excluyendo todo motivo de duda constitucional. Por tanto, ni lesionaría la tutela judicial efectiva ni vulneraría la

<sup>18</sup> Aquí podemos citar a decisiones judiciales como la SAN 15/2013, de 28 de enero (Caso UNIPOST). También la SAN de 19 de junio de 2013 (Rec. 211/2013). Pero también otras, dictadas incluso no en relación al art. 82.3 ET, sino respecto de la ultra-actividad del art. 86.3 ET, evidenciando que considera conjuntamente todas estas reformas legales de la negociación colectiva. Vid. por todas, la más reciente SAN 15/2014, de 31 de enero: “Conviene destacar finalmente, que la finalidad de las reformas, impulsadas por la Ley 3/2012, en materia de negociación colectiva responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo para la adaptación de las condiciones laborales... **En la búsqueda de ese objetivo, evitar la petrificación de los convenios colectivos se constituye en un instrumento más para alcanzar dicha finalidad, que se satisface esencialmente mediante la nueva regulación del art. 82.3 ET que, a diferencia de la regulación precedente, ha encontrado un cauce adecuado para gestionar los desacuerdos...**” -FJ Tercero-.

fuerza vinculante de los convenios, pues ni se impide, sólo se difiere, el control jurisdiccional, eso sí, limitado en su cognición, lo que no le plantea dificultad alguna, ni puede desconocerse el interés general que concurriría en el mecanismo de solución del art. 82.3 ET, dada la primacía del valor de -SAN 219/2013, de 9 de diciembre, Rec. 339/2013-

La tercera y, de momento, última etapa está representada por la más elaborada SAN 28/2014, de 11 de febrero. Esta doctrina judicial, pese a reconocer que es innegable, “prima facie” dice, que la solución del art. 82.3 ET puede quebrar la fuerza vinculante de los convenios colectivos, considera que puede alcanzar una interpretación conforme a la Constitución, eso sí “después de analizar el tema con detenimiento”, y, desde luego, “reconociendo su dificultad y que caben legítimamente interpretaciones diversas”. Por ello “*no...plantea... cuestión de inconstitucionalidad...*” -FJ Duodécimo-, prefiriendo una lectura correctora de los enunciados legales, a fin de hacerla conforme con la CE, según el orden de opciones previsto en el art. 5 LOPJ.

#### *4.2.2. El mítico interés general como razón para la liberación del deudor y el recurrente principio de proporcionalidad*

La batalla hermenéutica por el salvamento de la constitucionalidad nacional del art. 82.3 ET conoce dos frentes fundamentalmente, el sustantivo y el procedimental. La AN ha afrontado, y salvado, ambos, a mi entender más con argumentos falaces que con verdaderas razones jurídicas, por lo que venimos comentando y se apostillará. Aquí me limitaré a una síntesis del primer plano o frente, pues el objeto de estudio se centra en el segundo, y más en particular en relación al mecanismo de solución última de conflictos sobre la inaplicación. En el primer plano, asumido que estamos ante una excepción a la garantía de fuerza vinculante de los convenios colectivos ex art. 37.1 CE, considera que goza de legitimidad constitucional. Primero, porque ningún derecho es ilimitado, lo que es obvio, más si nos situamos en el terreno del Derecho de los Contratos, reduciendo el convenio a contrato, lo que no sólo no es obvio sino errado, como se dijo, porque hace inútil la garantía constitucional, vaciándola de sentido al reducirla estrictamente a la civil<sup>19</sup>. Segundo, porque la restricción que introduce el art. 83.2 ET a la garantía de la fuerza vinculante del convenio colectivo sería proporcionada<sup>20</sup>.

La proporcionalidad del límite legal a la garantía constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo normativo derivaría de dos principios

<sup>19</sup> Por todos, para una revisión de este debate git en Valdés Dal-Ré, F. “*El sistema español de negociación colectiva, entre la continuidad y el cambio*”. En ID. *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Granada. 2012. Editorial Comares, pp. 7-28

<sup>20</sup> SAN 28/2014, FJ Sexto.

jurídicos, que no están en el enunciado de la Ley, que incluso, al contrario, parece querer orillarlos, pero que la AN integra a través de la comprensión hermenéutica del texto. A saber:

a) El principio de causalidad concreta suficiente -juicio de idoneidad-

Consciente la AN que la regulación legal constituye un régimen de favor hacia el interés empresarial a la novación-devaluación de condiciones de trabajo, amparado en la identificación-confusión del mismo con el citado “interés general” a la mejora de la productividad, reescribirá el enunciado normativo del art. 83.2 ET en torno al alcance de las causas de inaplicación, sobre la base del típico código binario “regla-cumplimiento-/excepción-liberación-“:

*“... La regulación de los convenios y contratos ha de tener como principio general el del cumplimiento y como excepción la liberación, para la cual las causas **han de ser graves, sobrevenidas y permanentes**. Desde este punto de vista ha de analizarse la constitucionalidad de la definición de las causas liberatorias en el artículo 82.3 ET” -FJ Séptimo, primer párrafo-*

b) Juicio de proporcionalidad de la causa seria y grave

Como en el conjunto de las reformas orientadas al mismo fin de adaptar las condiciones de trabajo a las exigencias de competitividad del mercado, también para el art. 83.2 ET el legislador habría apostado, ilusamente por supuesto, por un enunciado que facilitara al juego automático de la causa. Por supuesto, también aquí hallará, y no podía ser de otro modo en Derecho, la contestación judicial en virtud del imperativo que deriva del principio jurídico o general de proporcionalidad. Paradójicamente, la norma reglamentaria avalaría este dato, inexorable en cualquier sistema jurídico:

*“... Como el desarrollo reglamentario se ha encargado de aclarar, aunque concurre el supuesto de hecho de la norma debe acreditarse su relación... proporcionada con la inaplicación solicitada y, en todo caso, habrá que valorarse la proporcionalidad, siendo posible “proponer la inaplicación de las mismas condiciones que trabajo en distinto grado de intensidad”. **Si esto no fuese así y se pretendiese elevar una causa objetiva como fundamento de la inaplicación convencional, a juicio de esta Sala, se estaría incurriendo en inconstitucionalidad, pero interpretada la norma en el sentido indicado, que es el que resulta del desarrollo reglamentario, la inconstitucionalidad queda excluida, al no tener carácter automático” -FJ Séptimo, párrafo tercero-***

Al margen de lo llamativo, y dudoso, que resulta salvar la constitucionalidad de una Ley por la concreción reglamentaria de la misma, en principio una operación ilícita hermenéuticamente, la AN insiste en desplazar el juicio de validez constitucional al caso concreto, al terreno que le es propio, disolviendo en el control casuístico todos los problemas de incoherencia de la norma legal con el sentido de sus palabras en relación a la finalidad perseguida. Un campo abonado a la incertidumbre, y a la diferencia de los juicios en cada caso,

mayor si cabe al distinguir también el alcance del control judicial en atención a que se trate de descolgarse de un convenio de empresa -hipótesis residual en la práctica actual, aunque posible normativamente-, o de sector. En el primer caso, se exige: “... *valorar muy especialmente su carácter sobrevenido e imprevisible, puesto que si la causa ya existiese y fuese conocida por la empresa o no existiese pero fuese claramente previsible, entonces la liberación de las obligaciones convencionales se opone claramente al cumplimiento de lo pactado conscientemente, afectando a la fuerza vinculante del convenio de manera ilegítima...*” -FJ Octavo, párrafo segundo-.

#### 4.2.3. *El precio del aval judicial a la decisión del CCNCC: vaciado de eficacia reguladora, presunción de certeza técnica*

El aval constitucional por parte de la AN al aspecto procedimental de la reforma más crítico y aquí más relevante, el reconocimiento de un poder de decisión de último grado, y al margen del control, de cognición limitada, judicial, reposará también sobre dos argumentos, que enlazan parcialmente con los anteriores. De un lado, el segundo inciso - tal decisión de la CCNCC “... *sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91*” ET- podría chocar con el artículo 24 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva). Esta colisión derivaría no sólo, como inicialmente se entendió, de la eventual limitación de la cognición judicial, típica de los arbitrajes, otorgándole la eficacia privilegiada de los acuerdos colectivos y el blindaje tan típico de los laudos arbitrales, sino que según se entienda el primer inciso -“*tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas*”-, incluso podría estar creando una nueva forma de poder jurisdiccional que sí chocaría con la Constitución. De otro, consecuentemente, según el sentido que se le dé al texto relativo a la eficacia de la decisión administrativa autorizadora o habilitadora, de conformidad con el primer inciso, podría vulnerarse la garantía de fuerza vinculante de los convenios colectivos ex art. 37.1 CE.

La SAN 219/2013 despejó casi con un razonamiento de estilo e inmediato la vulneración de la tutela judicial efectiva. Para ello apela tanto al control amplio que podía desplegar el juez -aunque ya hemos visto que la SAN 15/2013 había aceptado con toda claridad esos límites, según proponía el modelo legal de cognición limitada-, cuanto al carácter no excluyente de este cauce específico y previo al control judicial. En tales casos, la legitimidad sería manifiesta, porque, de un lado, “únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y de otro, porque son trámites proporcionados y justificados ya que su fin no es otro que procurar la solución extraprocésal de controversias” - remitiendo a la doctrina de la STC 217/1991 -. Sin embargo, la SAN 28/2014 es más consciente del verdadero problema, pero “... *esa posible*



***inconstitucionalidad se puede salvar por vía interpretativa, como ya ha hecho esta Sala..., puesto que incluso considerado como arbitraje, en cuanto se trata de arbitraje de Derecho, es susceptible de impugnación por ilegalidad, sin que a ello obste el texto del artículo 91 del ET*** -FJ Décimo tercero, párrafo tercero-.

Pero aquí surge una de las más discutibles, y probablemente incoherentes, opciones interpretativas, tanto conceptuales como normativas, de la sentencia, hasta el punto de entrar en contradicción con su propia doctrina precedente en torno a cuál es la naturaleza y alcance del “arbitraje” en cuestión, problema orientado a provocar aporías desde el punto y hora de que no es, ni puede ser, ni será nunca un auténtico arbitraje -STC 11/1981-. De un lado, corrige en cierto modo la anterior configuración como un “sistema mixto”, tanto resolutorio de un conflicto jurídico -Derecho: identificación de la concurrencia de la causa- como de intereses -Equidad: ponderación del alcance de las nuevas condiciones de trabajo que regirán parcialmente la unidad-, reafirmando su dimensión puramente jurídica. De otro, a consecuencia de ello, se verá obligada a situar la cuestión del mayor margen de decisión arbitral en otro terreno no transitado por los laboralistas, sino más típico del ámbito jurídico-administrativo, en que se sitúa este tipo de intervención habilitadora: la *discrecionalidad técnica*. En suma, “*nos sacan de Guatemala -Equidad-, y nos meten en Guatemala -Discrecionalidad Técnica-*”:

“... *Cuestión distinta es que en los actos administrativos... pueda existir un **margen de apreciación técnica** que los órganos judiciales han de respetar... para resolver el supuesto concreto han de valorarse aspectos contables, económicos, tecnológicos y/o de organización productiva de la empresa...*” -SAN 28/2014, FJ Décimo tercero, párrafo cuarto-.

A partir de aquí, por errores propios y ajenos, toda la argumentación se puebla de cuestiones confusas o equívocas, como la diferenciación entre la técnica de los “conceptos jurídicos indeterminados”, que parece ser la que asume la AN a la hora de entender las causas de inaplicación, y la “potestad discrecional técnica” -SSTS, 3ª, 31 de marzo de 2004, Rec. 1441/2000 y 16 de julio de 2007, entre muchas-, que parecería descartar a favor de aquélla, pero que termina abrazando, pues apela para fijar su alcance a la doctrina constitucional sobre la legitimidad de la discrecionalidad técnica:

“...*Lo que sucede en tales casos es que la revisión jurisdiccional... experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una “presunción de razonabilidad” o de “certeza” de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación.*”

No es posible ir más allá en este análisis, que obliga a navegar con profundidad por conceptos con una fortísima construcción científica y jurisprudencial.

cial en el Derecho Administrativo. Aquí bastará con evidenciar cómo la sola opción interpretativa causa para el jurista del trabajo una enorme perplejidad, pues no se olvide que no estamos en ese ámbito jurídico, sino en el de la negociación colectiva regida, por imperativo del art. 37.1 en relación al art. 28 y 10.2 CE por un muy diferente principio, el de soberanía convencional y libertad de acuerdos. En él, no es posible, salvo situaciones no ya sólo subsidiarias de la autonomía colectiva, sino absolutamente excepcionales, lo que queda al margen de las contempladas en el art. 82.3 ET -listado abierto, no se olvide-, que la Administración pueda seguir actuando, conforme al modelo autoritario, por más que se le quiera revestir de la forma “moderna” de “decisión arbitral o de mediación social”, bajo parámetros de “presunción de verdad” o “certeza”, ahora con la envoltura de “la cuestión técnica”, cuando subyace claramente un conflicto de regulación de intereses y, por tanto, se precisan sistemas de composición autónoma de los desacuerdos. En ellos la presunción, el favor debe estar en la decisión acordada, y no de la adoptada de forma unilateral, con mediación de un órgano administrativo revestido de presunciones de certeza técnica, que se pone al servicio del principio de oportunidad, aún modulado por el órgano administrativo para conformar mayorías<sup>21</sup>. Por tanto, el problema vuelve a su núcleo, pese al loable, pero errado, esfuerzo de la SAN 28/2014.

La AN es consciente de ello, no podía ser de otro modo tras detenido y concienzudo estudio -investigación, más típica de un trabajo de doctrina científica que de una sentencia-. Por eso, centrará su juicio en el punto realmente nodal de toda la propuesta legislativa: *el juicio de proporcionalidad* de la manifiesta restricción legal a la fuerza vinculante de los convenios y a la voluntariedad de todo arbitraje.

Existe limitación, esto es ahora ya innegable, y de difícil -imposible para el CLS- sostenimiento en el actual modelo, pero, pese a todo, podría salvarse apelando al juicio de proporcionalidad -utilización del llamado triple test: juicio de la *idoneidad* de la medida, *necesidad* y *adecuación*-. Si la necesidad de la medida se asume tras la importante reconstrucción del enunciado legal de las causas, en aras del valor prioritario de la defensa de la productividad y sus exigencias de adaptación de las condiciones de trabajo, con lo que concurriría el exigido “*interés general*”, el juicio de razonabilidad derivaría tanto de la exigencia judicial de gravedad como de la idoneidad técnica del medio

<sup>21</sup> No es baladí esta cuestión, porque en el caso resuelto por al SAN 28/2014, se reconoce que, pese a no ser legítimo que se traslade automáticamente las pérdidas empresariales a la cuantía salarial, tratando de compensar con la reducción de los salarios aquéllas, dado que el riesgo de empresa es de su titular, le correspondería a la parte demandante -los sindicatos- probar la adecuación entre la nueva estructura de costes y la viabilidad empresarial. La razón estaría en que si el “árbitro” lo considera razonable, entonces, goza de presunción de certeza técnica y, consecuentemente, se trasladará la carga de la prueba al demandante -FJ Vigésimo, in fine-.

elegido. ¿Por qué? Para la AN porque, pese a la apariencia, estaríamos ante un tipo de intervención heterónoma en un ámbito de regulación autónoma con “dos importantes diferencias” en relación a los ilegítimos sistemas de arbitraje obligatorios. A saber:

a) La Administración no produce una norma, regulando un conflicto de intereses, sino que se limitaría a dejar sin efecto, parcialmente y de forma limitada, una norma colectiva en supuestos reglados, sujetos a pleno control jurisdiccional.

Por tanto, al margen del mayor o menor paralelismo entre los viejos y los nuevos supuestos que están presentes residualmente en nuestro modelo de relaciones laborales, herederos de un pasado autoritario, parece claro que: “*En el caso del artículo 82.3 ET... el acto administrativo no tiene propiamente naturaleza normativa en sentido positivo (no establece condiciones de trabajo), sino solamente en sentido negativo, al dejar sin efecto una norma convencional vigente de firma limitada y parcial*” -FJ Undécimo-.

La artificialidad de la lectura judicial parece manifiesta. Primero porque vacía de sentido una significativa, aunque no sea ni precisa ni completa, referencia legal, que dice darle eficacia -no normativa, cierto, pero sí jurídica- de acuerdo colectivo, por tanto, sí que existe esa voluntad de equiparar contenidos, al menos parcialmente. Segundo, porque para los trabajadores afectados las condiciones efectivamente aplicables será las que se hayan determinado en la decisión autorizadora, por lo que al margen de su naturaleza, los efectos serán análogos. Basta contemplar el contenido de la mayoría de estas decisiones, aunque sean pocas estadísticamente, para comprobar el efecto regulador, no como convenio colectivo, claro, que ni lo es ni lo puede ser, pero sí con eficacia reguladora de alcance colectivo. El enunciado legal no clausura ese margen de decisión de conflicto de intereses, al contrario lo abre, y la norma reglamentaría, si se deja fuera la referida consideración de su imposibilidad para usarse como interpretación del enunciado legal sea para ampliar su sentido sea para restringirlo, deja claramente en evidencia que la Administración, directamente o por delegación en el dictamen de un experto-árbitro, tiene poder de modular -no ampliar- las condiciones de trabajo -salarios, jornada, funciones...-, por lo que su incidencia reguladora, como producto de eficacia colectiva aunque no normativa, es manifiesta.

b) La decisión administrativa no genera ningún deber de paz social relativo en el ámbito de la empresa descolgada, por lo que no excluye el deber de negociar de buena fe durante su vigencia.

En el caso de los laudos de obligado cumplimiento de fin de huelga se ponía con ellos fin a la negociación, excluyendo todo deber ulterior de negociación, al darle el mismo valor que al convenio colectivo -art. 11. c) RDL 17/1977-. Pero en el caso de los laudos de inaplicación -o decisiones colegia-

das al mismo fin-, no existiría tal exclusión del deber de negociar y, por tanto, no habría contradicción entre derechos. Así:

*“El deber de paz social relativo es inherente a los convenios (incluso de los laudos producidos por la sumisión voluntaria de las partes a un arbitraje), puestos que éstos obligan a su cumplimiento durante el término pactado con arreglo a la buena fe y por ello las partes dejan de estar obligadas a retomar la negociación durante ese término y es ilícito intentar imponer su modificación prematura acudiendo a medidas de conflicto.... Pero ese efecto no se produce cuando, como en este caso, estamos ante una resolución administrativa, como tampoco se producía, a título de ejemplo, por las resoluciones de la Autoridad Laboral en ERES, incluso si adquirirían firmeza....”* -FJ Duodécimo, último párrafo, in fine-

En suma, la AN, una vez más, para salvar la constitucionalidad, le hace decir al precepto lo que éste no dice. Muy difícil entender las razones de este afán por salvar la validez constitucional de algo que, al margen de su juicio de eficacia -sobre la que luego hablaremos-, altera profundamente las bases de nuestro modelo jurídico-constitucional de convenios colectivos, como ha advertido la crítica a la reforma del CLS<sup>22</sup>. No es que no nos parezca razonable la interpretación, incluso que pueda ser la más adecuada para la armonía de la norma legal con el sistema, lo que se quiere evidenciar es que tal lectura es una completa creación del órgano judicial, que va claramente en contra no sólo de la letra de la norma sino también de su finalidad, pues es evidente que el legislador no ha querido mantener la inestabilidad reguladora tras un proceso tan dilatado de negociaciones. Si se llega a la decisión final arbitral, es para darle el mismo efecto que si de un acuerdo colectivo se tratara, o de un laudo. Reténgase que es obligado fijar un periodo concreto de duración de la decisión de la CCNCC, por lo que, aunque exista un deber de negociar de buena fe durante todo ese proceso, lo que parece obvio, que el empresario, durante ese periodo, podrá esgrimir que está en plena vigencia la medida y que, por lo tanto, si no se modifican significativamente las circunstancias, no estará en condiciones ni obligado a hacer nuevas propuestas.

Otra cosa es, claro está, que esa finalidad choca directamente con el modelo constitucional, por eso es insalvable interpretativamente. Por más que sea

<sup>22</sup> Y ha venido constituyendo una doctrina asentada del TCO. Primero en la STCO 11/1981 y después en la menos recordada, pero muy ilustradora, STCO 92/1992, de 11 de junio, relativa a un supuesto de intervención administrativa novatoria de regulaciones convencionales en situaciones análogas a las del actual art. 82.3 ET, si bien no tenía un carácter subsidiario ni materialmente limitado. Según esta doctrina la *“la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, constitucionalmente legítima, no implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que no sólo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 CE”* -FJ 4-

loable llevar a cabo esfuerzos interpretativos de carácter corrector, que integran los enunciados legales con los imperativos del conjunto del ordenamiento jurídico, de conformidad con la realidad social del tiempo, en este concreto punto procedimental, el art. 82.3 E debe ser declarado o inconstitucional o, en su caso, contrario a la legalidad internacional, pero no es coherente ni con el concepto ni con el sistema jurídico su continuidad, dejando sus efectos a cada decisión judicial. Precisamente, afirmando este enfoque de “sospecha y cautela” en torno a esta regulación, la AN avista diversa línea crítica jurídica interna contra la misma, cuando se trate de descolgarse o dejar sin aplicar convenios colectivos de sector, y que se sitúa en el, a lo que parece, más exigente “*principio de juridicidad trasnacional*”. Y lo que para la AN es posibilidad, para el CLS es necesidad, puesto que ya ha evidenciado que esa forma de promover el interés económico-empresarial no respeta los Convenios de la OIT

#### *4.2.4. La colisión con la juridicidad trasnacional: invalidez comunitaria e internacional*

##### *4.2.4.1. Una vía a transitar “ad causam” y “ad futurum”: El doble desajuste de la decisión arbitral pública con la ley comunitaria*

En una sociedad cada vez más económicamente globalizada, las decisiones de intervención administrativa en los sistemas de relaciones laborales tampoco pueden ser completamente unilaterales, por más que la tradición los haya reservado a lo nacional. De una forma muy oportuna y sugerente, la SAN 28/2014 así lo pone de relieve para la coherencia con nuestro proceso de integración europea<sup>23</sup>. Pero, una vez más, lo sugerente de la alerta contrasta vivamente con la desilusión de sus conclusiones, o bien porque, en un caso, se reserva para el futuro y en cada caso concreto, aplazando el juicio de validez comunitaria de la decisión, o bien porque descarta la aplicación de la norma comunitaria, en este caso el art. 28 Carta de derechos fundamentales de la UE.

Conviene advertir que, el enjuiciamiento de la reforma laboral atendiendo a los imperativos del Derecho comunitario de la competencia, en su dimensión social, esto es, la prohibición del dumping social, ya ha sido puesta de relieve, también sin efectos de carácter operativo o práctico, sólo dialécticos y ad futurum, por la STS, 4ª, de 27 de enero de 2014 -que convalida, pero también “a regañadientes” y con advertencias de que en el futuro no tiene por qué actuar tan complacientemente con la empresa, una modificación sustancial de condiciones de trabajo en el Grupo Cortefiel-. Con carácter general, la sentencia recuerda la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación *pro communitate* que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución,

<sup>23</sup> Vid. la interesante síntesis del FJ Décimo Cuarto en relación al Derecho Comunitario.

en aplicación del art. 10.2 CE. Pues bien, siguiendo y profundizando esta senda abierta por la jurisprudencia del TS, la SAN 28/2014 da un paso más en relación a la comprensión de la inaplicación dictada por la CCNCC, directamente o por delegación en un árbitro, es art. 82.3 ET.

En este sentido, y recordando la que ha sido -y es, pese a su erosión, como se dijo, por la reforma de 2012- la función económica típica del convenio sectorial, la regulación de la competencia entre empresas, sobre todo *“en sectores intensivos en mano de obra y más aún cuando la actividad de las empresas es la de subcontratación de servicios, muy especialmente si se trata de la contratación con el sector público”*, pone de manifiesto el grave problema que supone sustituir el acuerdo derogatorio-modificativo del convenio bien por un acuerdo ad hoc o singular y ventajoso de forma singular para la empresa, bien sobre todo, por una decisión administrativa. En los dos casos, se puede llevar a *“una afectación directa de la competencia en el mercado, lo que puede plantear serios problemas desde el punto de vista del Derecho, europeo o nacional...”*, del que no quedan excluidos este tipo de prácticas convencionales, pero, en especial, la intervención administrativa, porque *“podría constituir una ayuda en el sentido de los artículos 107 del TFUE y /o 11 de la Ley 15/2007”* -FJ Séptimo-.

Al margen de las dificultades técnicas de este tipo de control, tanto respecto de los acuerdos como de la intervención administrativa, pues las ayudas de Estado tienen como presupuesto que se vinculen a fondos públicos, lo aquí no sucede en general, pero no se descarta porque la reducción salarial conlleva siempre reducción de cotizaciones sociales, la crítica debe dirigirse al aplazamiento que se hace de esa cuestión. De nuevo: *“tal cuestión habría de valorarse en cada caso concreto según las circunstancias, sin que quepa un pronunciamiento general o global... Se trata de un problema... sensible y de especial gravedad que no parece haber sido valorado al dictar la norma, pero que en el caso concreto que nos ocupa no es relevante, puesto que... la inaplicación objeto del debate es de un convenio de la propia empresa y no del convenio del sector”* -FJ Séptimo-.

Y si de esta manera tan sutil, y expectante, nos deja con la miel en los labios, en relación a la otra vertiente de esta vía de control transnacional, ahora propiamente incluso constitucional comunitario y de sentido radicalmente social, se producirá una no menor frustración, ahora de forma más incomprensible técnicamente, como se verá. En efecto, la AN sugiere la oportunidad, incluso la necesidad, de someter las leyes nacionales al control de los derechos fundamentales comunitarios, tras la entrada en vigor, con plenos efectos jurídicos en virtud del art. 6 TUE, aunque sea con esa ambigüedad propia de la incierta distinción entre “derechos” y “principios”, de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales -art. 51 de la Carta-. Pues bien, la AN aborta el

viaje casi antes de empezarlo, pues entiende que no concurren los presupuestos para tal control por el Juez Nacional del artículo 82.3 con el artículo 28 de la Carta Comunitaria. Aunque no es posible plantear aquí en toda su compleja extensión tan compleja y trascendental cuestión, que desborda no sólo el objeto de este trabajo sino la entera materia aquí analizada, sí es útil realizar algunas observaciones al respecto, a fin de ofrecer pautas de por dónde deberían conducirse las futuras comprensiones interpretativas de la reforma laboral en esta materia.

En este sentido, pese a que la SAN 28/2014 se pronuncia expresamente en contra tanto de la aplicación del Derecho Comunitario a este tema como de la necesidad de plantear Cuestión Prejudicial, porque la reforma del art. 82.3 ET “*no venía obligada jurídicamente por actos de las instituciones europeas*” -FJ Décimo Quinto, párrafo quinto-, entiendo que la situación exige más elaboración interpretativa. A mi juicio, tal aseveración es simple y formalista, porque, según cómo se interprete el art. 82.3 ET, sí que podría concluirse que tal reforma es una derivación directa, no explícita pero sí implícita, que trae su causa última, como ilustra el Preámbulo de la Ley 3/2012, de la línea de política de reforma de la negociación colectiva impuesta por la UE. Por tanto, de ser así, sí que nos encontraríamos dentro del marco del Derecho Comunitario a efectos de la aplicación del art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales. Para alumbrar tal lectura del art. 82.3 ET conviene analizar con detalle la Recomendación del Consejo de 12 de Julio de 2011, relativa al PNR de ese año de España y el Dictamen emitido sobre el Programa de Estabilidad actualizado de España (2011-2014)<sup>24</sup>.

De conformidad con ese acto jurídico comunitario, la reforma laboral española debía contemplar medidas que priorizaran los convenios de empresa sobre los provinciales y sectoriales, al tiempo de eliminar o reducir la vigencia ultra-activa de los convenios. Pues bien, por las razones arriba sucintamente comentadas supra, es más que manifiesto que el art. 82.3 ET no representa, en última instancia, sino una concreta proyección técnica, para situaciones patológicas -el negativo de esa prioridad- de ese mandato comunitario general de *preferencia o prioridad aplicativa de la negociación de empresa sobre la sectorial*, establecida, para situaciones fisiológicas -el positivo de esa prioridad-, en el art. 84.2 ET.

La realidad estadística así lo demuestra, al dejar en evidencia que la inmensa mayoría de los acuerdos de inaplicación se producen respecto de los salarios y en relación a los convenios de sector. Y en esa configuración coincide también el análisis crítico del CLS. Por lo tanto, ha de estarse a la doctrina del “efecto útil” de la norma -constitucional- Derecho comunitario, por encima de

<sup>24</sup> Publicada en el DOUE C 212 de 19 de julio 2011. Esa Recomendación se dicta en aplicación del art. 121 del TFUE y del Reglamento 1466/1997 que, pese a ser anterior a su reforma por el Reglamento 1175/2011, evidencia el carácter obligatorio para el Estado miembro.

los formalismos. Ciertamente, podría decirse que tal conclusión sólo se alcanza respecto de los acuerdos colectivos de inaplicación, no respecto de las decisiones administrativas en tal sentido.

Ahora bien, conforme al enfoque comunitario del principio de realidad y efectividad, ha de irse, una vez más, más allá de las palabras, o, incluso, hay que estar al verdadero sentido de las mismas. En este sentido, ya se ha analizado cómo el legislador quiere dar o atribuir a esas decisiones la misma eficacia de “*regulación colectiva*” que al acuerdo, aunque de nuevo la AN se empeñe en vaciar de sentido práctico a esta clara atribución de eficacia reguladora por parte del legislador, aunque obviamente se trate no de un acuerdo colectivo propiamente, claro está, sino de un acto administrativo con efecto de regulación de un grupo o colectivo de personas, no singular o individual, como también insiste machaconamente la SAN 28/2014, sin duda para propiciar ese salvamento de la norma, eso sí, reinterpretada “a su libre y sano saber y entender” -“sentencia manipulativa”-.

Ciertamente, aceptado que el art. 28 de la Carta, y sería el segundo presupuesto para su aplicación, es un derecho fundamental, no un principio, queda claro que también está sujeto a límites. El art. 52.1 de la Carta autoriza el establecimiento de límites: de un lado, la limitación ha de ser necesaria para la defensa de objetivos de interés general reconocidos en la Unión y, de otro, dicha limitación debe ser igualmente necesaria para la protección de otros derechos y libertades. Por tanto, este enfoque exigiría determinar si la mejora de la productividad-competitividad de las empresas puede ser uno de esos intereses de alcance general susceptible de introducir límites a los derechos, de un lado, y si esas restricciones son necesarias para la garantía de la libertad de empresa, que el art. 16 de la Carta reconoce también como derecho fundamental.

Por supuesto, no es posible aquí entrar en un análisis ni sucinto de tan relevantes cuestiones, que no tienen una respuesta clara<sup>25</sup>. Lo que sí es oportuno concluir es que, en cualquier caso, el juicio que se alcance siempre deberá ponderarse con el principio de proporcionalidad. Al respecto, no sólo la dimensión social puede-debe desempeñar una importante función de moderación en tipo y alcance de medidas limitativas del ejercicio del derecho social fundamental de negociación colectiva, sino que el respeto al principio de autonomía ha de propiciar un entendimiento restrictivo de las mismas. En suma, por lo comentado, y sin perjuicio de mayores desarrollos para otro lugar, queda claro que

<sup>25</sup> La responde negativamente, negando esa virtud limitadora de la negociación colectiva a la mejora de la productividad, VALDÉS DAL-RÉ, F. “*La negociación colectiva como instrumento de mejora de la productividad: los límites a la luz del art. 28 de la Carta Comunitaria y de los Convenios de la OIT*”. Texto escrito de la Conferencia de Clausura dictada en las Jornadas organizadas por UGT-CGPJ sobre “La reforma laboral a la luz del Derecho Transnacional”, Madrid, 26 de Junio.



en absoluto se trataría ya tan sólo de un problema de Derecho interno, como concluye la AN, sino también de *Derecho Social comunitario*. Se abre, así, una nueva dimensión de Derecho Comunitario avistada, aunque tampoco seguida, que se sumaría al problema de colisión o contraste, conflicto en todo caso, con el Derecho Económico Comunitario, en concreto, con el potentísimo y muy exigente Derecho Comunitario de la Competencia<sup>26</sup>.

#### 4.2.4.2. Otra vía ya transitada y más fructífera para la interpretación abrogatoria: vulneración de la doctrina del CLS

En esta línea de identificación de argumentos no sólo orientados a evidenciar la falta de legitimidad jurídica del sistema de resolución última de discrepancias previsto en el art. 82.3 ET sino también de poderes de inaplicación -abrogación práctica- de una Ley nacional que contraste con el principio de jurisdicción transnacional, hay que destacar el denominado Derecho Sindical Internacional<sup>27</sup>. Ciertamente, una vez más, la invocación de las normas internacionales no pueden ser la panacea para la solución de todos los problemas. Bien sabido es que, lo relativamente numeroso de los Convenios que regulan este derecho a nivel internacional -cuatro Convenios: 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación), 98 (sobre derecho de sindicación y negociación colectiva), 151 (sobre relaciones de trabajo en la administración pública) y 154 (sobre negociación colectiva), no equivale a tener un régimen pleno e inequívoco o armonizado de tal derecho fundamental, de manera que no sólo presenta notables ambigüedades sino también lagunas, en cuestiones clave, como la eficacia jurídica del convenio. Claro es, la intensa y extensa actividad doctrinal realizada por sus dos principales Comisiones de control y seguimiento, muy en especial el Comité de Libertad Sindical -CLS-, ha podido cubrir buena parte de esas debilidades, pero no todas ni, sobre todo, de forma línea o inequívoca. Ahora bien, lo que sí está fuera de toda duda es que *esta norma internacional garantiza una libertad de gobierno y autodeterminación colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo*, al margen de cuáles sean luego las garantías concretas del régimen del derecho de negociación, sujeto a una gran diversidad en los Estados que conforman la OIT<sup>28</sup>.

Pues bien, en aplicación de esa doctrina, el CLS entiende que el sistema arbitral del art. 82.3 ET: "... **viola el principio de negociación colectiva libre y**

<sup>26</sup> Para las difíciles relaciones entre negociación colectiva y el Derecho de la Competencia, con carácter general, vid. Guamán Hernández, A. "*Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea*", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 92, 2011, pp. 143-190

<sup>27</sup> Vid. Potobsky, Von G. "*El devenir de las normas internacionales del trabajo*", Revista de Derecho Social-Latinoamericana núm. 3, 2007, pp-46

<sup>28</sup> Vid. Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. "*La protección internacional de la negociación colectiva: una difícil tarea*". Relaciones Laborales, núm. 18, pp. 1-13

*voluntaria establecida en el artículo 4 del Convenio núm. 98...*” -párrafo 464, en relación a la novación, bien suspensiva bien derogatoria, de los convenios por un acto de heteronomía-, y, en todo caso, **“debilita la libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los Convenios n. 87 y 98”** -párrafo 453, expresamente relativo al régimen de des-cuelgue-.

Ciertamente, *“nihil novum sub solem”*. La conocida doctrina del Comité de Libertad Sindical -CLS- siempre ha mantenido esta clara posición contraria al arbitraje obligatorio<sup>29</sup>. Esta constatación debe ser determinante para el juez constitucional, como canon de constitucionalidad -art. 10.2 CE-, pero en todo caso para el juez ordinario que podría dejar inaplicado el art. 82.3 ET, en virtud del principio de jerarquía normativa.

Recuérdese que es doctrina del TCO ya reiterada, la de que los derechos fundamentales de la Constitución tiene que ser interpretados de conformidad con los Tratados internacionales, incluyendo aquí también a la negociación colectiva por supuesto, y que, a su vez, esto esencial, tal interpretación *“no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos Tratados o acuerdos internacionales”* -SSTCO 116/2006, de 24 de abril, FJ 5, 198/2012, de 6 de noviembre de, FJ 9, 61/2013, FJ 3-. El CLS lo es sin ninguna duda -como lo debe ser el Comité de Derechos Sociales de la Carta Social-.

#### **4.3. “Juicio de ineficacia”: marginalidad y disfunciones prácticas del papel de la CCNNCC**

Junto al juicio de validez jurídica, inherente al deber de coherencia de una Ley con el conjunto al que pertenece, que ya hemos visto el art. 82.3 ET no supera, al menos en relación al mecanismo de intervención público-administrativa dirimente última de un desacuerdo entre sujetos colectivos sobre la inaplicación de un convenio-norma, hay un segundo juicio que debe superar una norma para que sea realmente efectiva, y es el de la eficacia. Aunque este análisis pertenezca más al ámbito del enfoque sociológico que al normativo, para la comprensión plena de una regulación la combinación de ambos es muy útil. Precisamente, un estudio detenido de la doctrina judicial de la AN en materia nos revela que, en realidad, este órgano judicial alcanza el juicio de

<sup>29</sup> La doctrina del CLS viene reiterando la ilicitud de cualquier forma de arbitraje sin cláusula de sujeción voluntaria a la decisión del tercero que decide (casos núm. 2261, párrafo 665, y núm. 2281, párrafo 631). La doctrina del CLS es la de que el recurso a cualquier forma de arbitraje obligatorio cuando fracasa la negociación previa solo es admisible en el marco de los servicios esenciales en sentido estricto (entre otros, casos núm. 2015, párrafo 408, núm. 2261, párrafo 665 y 2305, párrafo 506).

salvamento de este mecanismo de intervencionismo administrativo liberalizador de deudas empresariales, pese a todos los juegos malabares, conceptuales y normativos, que se ve obligado a hacer para salvar lo insalvable, como le ha recordado el CLS, no menos elíptico en su modo de razonar pero al final claro y directo, porque, en el fondo, está “encantado” con él.

No es ninguna concesión o licencia metafórica. La AN no tiene ningún empacho en reconocerlo una y otra vez las bondades del mecanismo. La SAN 128/2013, como la SAN 15/2014, de 31 de enero de 2014, o antes la SAN 15/2013, de 28 de enero, no tienen pudor alguno en “*dar el máximo crédito a sus resoluciones...*”. ¿Por qué? porque “*si no fuera así, las decisiones... no serían propiamente decisorias*”. Y ¿por qué han de ser decisorias, incluso restringiendo el control judicial, que tiene cognición limitada, conforme a la previsión legal? Porque “*responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo para... la competitividad de las empresas...ese objetivo...se satisface esencialmente mediante la nueva regulación del art. 82.3 ET que, a diferencia de la regulación precedente, ha encontrado un cauce adecuado para gestionar los desacuerdos en los procedimientos de inaplicación de convenios, cuyos resultados son absolutamente positivos...*”.

La realidad estadística permitiría evidenciar un juicio contrario. Algunos casos conocidos por la AN son paradigmáticos de al menos un triple vicio que cuestiona, o al menos reduce, su cacareada eficacia:

- a) Se trata de un tema que se está revelando, a menudo, *dilatorio* para el empleador
- b) El sistema singular de adopción de acuerdos *favorece situaciones no decisorias* sobre el fondo, por lo que no responde automáticamente a la exigencia legal de mecanismo efectivo *-decisorio-* de resolución de discrepancias
- c) Se presta a *usos estratégicos, oportunistas e incluso fraudulentos*, asumidos con más frecuencia de la pensable en la práctica por el organismo otrora consultivo, lo que termina no sólo desnaturalizando sino desprestigiándolo al convertirlo en lugar de confrontación.

Por ejemplo, el carácter dilatorio de su intervención aparece en el que fue primero de todos los llegados a la AN, el caso de la empresa UNIPOST. Aunque en el seno de la CCNCC se reconoció inicialmente que concurrían circunstancias económicas suficientes para la inaplicación, la primera decisión fue negativa -28 de septiembre de 2012 (Expediente 8/2012)-. Validada por la SAN 15/2013, finalmente la empresa logra la autorización, pocos días antes de producirse ese fallo -resolución de 13 de enero de 2013 (Expediente 14/2012)-, sucediéndose unos meses después otro validador.

¿Se resolvió el problema? No. Precisamente, la SAN 28/2014 se dicta en relación a otro procedimiento de inaplicación seguido por la empresa UNI-

POST. En ella se pone de manifiesto cómo una gestión unilateral y conflictiva de decisiones de esta trascendencia nunca resuelven los problemas, los agravan. Sobre el nuevo concepto comentado de “presunción de certeza” técnica de la CCNCC, la AN valida esa decisión y, por tanto, la inaplicación solicitada, si bien en los términos modulados públicamente, por la empresa. El argumento estaría en que variadas las circunstancias también pueden sucederse análogas o diferentes medidas de flexibilidad interna, lo que estaría avalado por la STS, 4ª, 11 diciembre de 2013, Rec. 84/2012, y siempre que, claro está, no constituya un fraude de Ley. Una vez constatada la evolución negativa de la empresa, se asumirá la validez y eficacia del laudo -aquí se elige esta forma delegada de decisión administrativa-. Pero este camino no parece tener más fin que el acuerdo, y temporal. La SAN de 30 de mayo de 2014, Rec. 74/2013 lo evidencia con nitidez, que asume la legitimidad de una nueva decisión de descuelgue de la empresa, pero esta vez acordada con la representación unitaria, con una salvedad, y es la de no aceptar su efecto retroactivo -FJ Séptimo, in fine-.

Pero no es el único ejemplo que ilustra las disfuncionalidades de decisiones que no cuentan con la participación real y efectiva de los sujetos de representación laboral. El caso conocido por la SAN 219/2013 es también revelador de ese doble efecto nocivo del mecanismo legalmente previsto, más si se opta, como la CCNCC -no así otros, con mejor criterio a mi juicio, como el CARL-, por primar decisiones directas y no delegar en árbitros, salvo excepciones, como se ha visto. En este caso se trata de una compañía aérea, AIR EUROPEA LÍNEAS AÉREAS, SAU. Esta empresa, fallido el proceso de negociación, acudió a la CCNCC, y ésta, como cada representación mantuvo de manera inflexible su posición, lo que es habitual, no fue posible obtener el *quórum* necesario para emitir la correspondiente decisión, con lo que la respuesta fue de incapacidad de dar solución, por bloqueo del sistema de mayorías. Por tanto, la exigencia de efectividad de la respuesta se demuestra en la práctica un mito, una falsedad normativa, una ilusión legislativa, si se quiere. Por supuesto, nada obsta para que la empresa, tras protestar, lo intente de nuevo, cuantas veces quiera, y, en efecto, intentado de nuevo ahora sí logró la empresa el nula osta de la CCNCC, no por consenso, sino por mayoría, dado que movió su criterio para atraer a la parte empresarial. Claro está, confrontadas las partes, ahora será la sindical la que impugne e intente conseguir en los Tribunales lo que no puede en el actual marco de mayorías de la CCNCC. Pretensión que encontrará refrendo en la AN que, supongo algo disgustada por un actuar impropio de un órgano al que tan alta estima tiene, le reprochará que actúe al margen de la verificación de si el periodo de consultas fue o no efectivo.

Este asunto es muy interesante. No sólo expresa un claro efecto dilatorio, que no parece muy justificado si se hace una lectura seria y global de la situación, así como incluso no resolutorio en sentido pleno del conflicto, pro-

moviendo nuevas actuaciones institucionales, con el coste que lleva -en este caso la acción jurisdiccional-, sino que es un claro ejemplo de actualización del riesgo de favorecer usos estratégicos, oportunistas e, incluso, fraudulentos, de la CCNCC. Este “riesgo moral” ha aparecido a menudo.

La CCNCC autorizó una inaplicación en un supuesto en que la empresa se limita a “repetir” el periodo de consultas que había terminado sin acuerdo entre las partes o decisión de la CCNCC, ignorando, pese a ser un órgano de “diálogo social”, que su intervención es siempre subsidiaria y de último grado, imposible si no existe una fase de negociación legítima previa de buena fe, lo que no sucedió. Cierto, la AN se muestra, en coherencia, ahora sí, con ese afecto institucional que parece tenerle en este punto, parcialmente comprensiva con tan negligente actuar: dada la situación de gravedad económica por la que atraviesa la empresa, la CCNCC ha adoptado una posición activa, requiriendo a la empresa documentación sobre la situación económica 2013. Pero no por ello le va a “poner paños caliente” a un obrar tan desacertado, hasta el punto de que la AN se ve obligada a recriminarle que ha ido incluso más allá de la postura sostenida por la empresa, la cual se limitó a repetir o reiniciar el proceso ya concluido. Esto es, la CCNCC actúa claramente en defensa de un interés particular, el de la gestión económica de la empresa, aún con sacrificio del otro concurrente.

Puede pensarse que es un caso aislado, la típica situación de “justicia del caso concreto”. Pero llueve sobre mojado. Así, ya habría sucedido en el asunto conocido por la *SAN, 128/2013, de 19 de junio* (Rec. 211/2013) -caso AIR NOSTRUM-, donde critica que el organismo se haya dejado instrumentar en tal sentido, aceptando -Expediente 4/2013- una decisión empresarial de inaplicación cuando esta medida no se negoció de forma efectiva en el periodo de consultas, lo que: “... *excede con mucho las funciones de dicho órgano que consiste precisamente en solucionar las discrepancias surgidas por falta de acuerdo en los procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de aplicación en los supuestos establecidos en el art 82.3 del ET*”.

En definitiva, estos y otros ejemplos evidencian claramente, desde un análisis de la experiencia, lo que ya cabría presumir una vez enunciada la norma legal, y es que se iba a desnaturalizar la función de la CCNCC. No sólo ha dejado de ser, en este ámbito, un lugar para propiciar el consenso, como reza su sistema de votación, para convertirse en uno propiamente de confrontación, resolviendo estos asuntos desde el principio de la mayoría, contraproducente en un órgano basado en la confianza y el diálogo como éste, sino que incluso se presta, lo acepte unas veces o no en otras, a usos oportunistas que desmienten su función de diálogo para mutarla en confrontación.

## 5. REFLEXIÓN FINAL: EL EQUILIBRIO RAZONABLE, ENTRE VALORES, LEYES Y REALIDADES

Con lo analizado hasta ahora creo que es suficiente, al menos de momento, para dejar claramente en evidencia que el prometedor mecanismo administrativo resolutorio de última instancia de conflictos de inaplicación, además de responder a un modelo ya trasnochado y caducado de relaciones laborales, por reproducir el viejo principio de la autoridad pública, asuma las formas que asuma, tiene insolubles vicios de invalidez, de un lado, y, casi lo que es peor, de ineficacia. No sólo es incoherente con el orden jurídico efectivo, como revela el CLS y pese a la posición salvífica, eso sí a costa de una profunda corrección de su texto, que debe estar inspirado por el máximo respeto a la libre negociación y al compromiso voluntario de la acción arbitral-medial pública en su caso, sino que no asegura, por su estructura decisional, salvo delegación en “árbitro”, la efectividad de la decisión en un buen número de casos.

Más aún. La práctica no sólo lo ha dejado a una posición residual o marginal, primando los acuerdos a través de esos simulacros de procesos de negociación colectiva que son los periodos de consultas con estructuras ad hoc, más del 80 por cien de los acuerdos, sino que a menudo sus decisiones se revelan dilatorias e, incluso, lo que es peor, instrumentales a unos fines muy concretos y no legítimos empresariales, que quiebra el equilibrio razonable de intereses que debe asegurar en todo caso. Por eso, en los pocos supuestos en que interviene, esta competencia trastoca el sentido originario de la Comisión, que debe ser un foro de encuentro y no un “campo de batalla”. Pero para ese viaje no necesitamos estas alforjas, que supone una profunda conmoción normativa y axiológica del entero sistema para resolver apenas un porcentaje residual -plano realista-.

En suma, estamos ante una anacrónica intervención administrativa de naturaleza liberal, no social, incompatible con el Derecho Internacional de Negociación Colectiva, como afirma el CLS, y extremadamente contraproducente, además de incapaz de dar en todos los casos una solución efectiva al problema del bloqueo negociador. Es imposible no ver en ella residuos de un modelo autoritario de relaciones laborales, que creíamos ya superado con el modelo democrático propugnado por el Derecho Constitucional del Trabajo, a instancias de aquéllos estándares internacionales. Por eso se identifica más con aquellos reductos del pasado depurados en su día por una doctrina constitucional a la altura de los tiempos que inauguraba y exigía la nueva Constitución -SSTCO 11/1981 y 92/1992-, que con aquellas otras huellas que todavía persisten en nuestro modelo y que, pese a responder a un principio de intervención heterónoma público-administrativa, pero que se revisten de la suficiente y grave ex-

cepcionalidad como para sobrevivir, no sin equivocidad y polémica, en nuestro sistema<sup>30</sup>.

## 6. EPÍLOGO: ¿Y AHORA QUE EL TCO HA HABLADO QUÉ?

Entre los constitucionalistas americanos<sup>31</sup>, es muy conocida la frase, pronunciada en 1907, del Juez Charles Evans Hughes del TS de los EEUU, que luego llegaría a presidir, en la que se concreta de manera muy directa uno de los principales dilemas de los Estados Democráticos de Derecho: “*Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es*”. Esta idea subyace al planteamiento de la SAN 28/2014 aquí tan comentada, para la que es evidente que toda decisión jurisdiccional ordinaria tenía un inexorable halo de provisionalidad, porque estaba pendiente que su “máximo intérprete”, el TCO hablara al respecto de manera jurisdiccional, y a esa “última palabra” se remitía. Pues bien, este “órgano supremo de garantía constitucional” ya se ha pronunciado. Así lo acaba de hacer en la STCO 119/2014, de 16 de julio, en la que, por 9 votos contra 3, legitima sin reparo alguno, por lo que aquí interesa, el mecanismo de solución de controversias en materia de inaplicación de convenios colectivos consistente en la intervención de último recurso de la CCNCC. ¿Y ahora qué, podría pensarse? ¿En qué queda toda la crítica desplegada en este artículo intentando evidenciar lo contrario?

Difícil no ver aquí, pero sólo en una primera y superficial impresión, las recurrentes palabras de otro jurista, esta vez europeo -Kirchmann<sup>32</sup>-, más conocido en nuestra cultura jurídica continental, según las cuales, parafraseándolas, por supuesto, cabría decir que el TCO -él decía el legislador, pero a nuestros efectos sirve la comparación- puede, “de un plumazo” -en este caso largo, pues el texto es demasiado extenso, innecesariamente pues es redundante en el argumento-, convertir un artículo entero, o al menos más de la mitad de él -en este caso el mío; él hablaba de bibliotecas enteras-, “en papel mojado”. Consecuentemente, habría, en el mejor de los casos, que reescribirlo.

<sup>30</sup> Son las ya referidas “huellas del pasado autoritario” que dejan artículos como el 92.2 ET -extensión de convenios mediante acto administrativo, pero a petición de autonomía colectiva-, o la Disposición adicional 7ª -regulación reglamentaria de condiciones de trabajo por rama de actividad si no hay convenio y siempre subsidiario respecto del procedimiento de extensión administrativa-, o incluso la función arbitral y decisoria de la CCNCC en los viejos conflictos relativos a la cobertura de vacíos provocada por la derogación de otro de los vestigios de ese pasado autoritario, las Ordenanzas de Trabajo -disposición transitoria sexta ET-.

<sup>31</sup> CASAL H., Jesús María. Constitución y Justicia Constitucional. Caracas. 2006. p. 283.

<sup>32</sup> “Los juristas se ocupan de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas... su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador... tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”. Vid. Kirchmann, J.h. *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. Antonio Truyol y Serra, 2ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961

Por supuesto, no hay ningún criterio definitivo para que se pueda arbitrar, en forma indubitable, entre las distintas lecturas “científico-normativas” que se mantengan en conflicto en torno a la relación de validez de una norma legal con la superior. Como dijera otro famoso juez del TS norteamericano, el juez Robert H. Jackson, de la Suprema Corte de Estados Unidos (caso *Brown v. Allen*, 1953): “*No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra*”.

Pues bien, a mi juicio, la materia aquí analizada es un ilustre ejemplo para evidenciar que el TCO español -como los demás europeos, por supuesto-, ni es infalible ni tiene la última palabra, como viene en esencia a reconocer Declaración 1/2004 del TCO sobre la primacía del Derecho Comunitario -como comprendió quizás mejor que la mayoría el voto particular-. No es infalible porque, como cualquier otro intérprete humano, puede errar, incluso de forma manifiesta, en la interpretación que ofrece del sentido concreto de las normas constitucionales que interpreta en cada momento histórico, como evidencia tanto el que en otra doctrina precedente del mismo Tribunal podamos hallar claramente lo contrario cuanto el que la decisión lo es mayoritaria, no unánime. Pero, y aquí está el principal argumento que se quiere sostener en este epílogo, ni tan siquiera tiene la “última palabra” ya en torno al juicio de validez de una Ley en un sistema de justicia multinivel en el que el principio de juridicidad ha trascendido nuestras fronteras. Por lo tanto, pese a lo que se está difundiendo en muchos, casi todos, los medios de comunicación, no se ha dicho la última palabra sobre la juridicidad ni de la materia de reforma aquí analizada ni de otras tratadas en la STCO 119/2014, -por ejemplo: el periodo de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores-.

Desde esta perspectiva, siguiendo al Juez Jackson, tampoco por esto la decisión constitucional resulta infalible, al menos en un doble sentido y nivel. Por debajo de él, dentro de nuestras fronteras, todavía hay otro “intérprete supremo” que tendrá que decidir sobre la validez de la intervención decisoria de la CCNCC, conforme al principio o juicio de conformidad con la legalidad internacional -Convenios de la OIT 87 y 98- (el juicio de convencionalidad), en la línea con lo señalado por el CLS. Por encima de él, más allá de nuestras fronteras, y como se ha sugerido en este estudio, tampoco cabe descartar la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE-, en la medida en que esta regulación interactúa, no de forma pacífica, según también ha apuntado, aunque no resuelto, ni bien ni definitivamente, la SAN 28/2014.

Por eso, he preferido un análisis de la sentencia constitucional a través de la técnica del epílogo, sin modificar lo ya dicho. Conoció la sentencia después de cerrar este trabajo y, por la amable oportunidad ofrecida por quienes gestionan la Revista, he tenido posibilidad de contrastar mis posiciones al hilo de los argumentos del TCO -de la mayoría y de la minoría, claro está-, entrelazando mis reflexiones con las suyas.



Sin embargo, he preferido esta otra opción para evidenciar mi convencimiento sobre la plena validez de lo afirmado, pues en el discurso argumental se han incluido muy significativas razones ligadas a ese principio de juridicidad trasnacional, esa suerte de versión socio-laboral de la llamada “justicia universal”, que tan de actualidad está, en las que fundar el juicio crítico que ahora hago a la sentencia. Incomprensiblemente, la mayoría del TCO ha obviado de forma absoluta ese canon trasnacional de interpretación constitucional, cuando su doctrina es inequívoca al respecto y ya había doctrina del CLS.

En apretada, pero suficiente, síntesis, las razones por las que el TCO considera, de forma mayoritaria, que la intervención de la CCNCC es constitucional, se articulan en torno a dos grupos. El primero se centra en validar la norma de excepción a la garantía de fuerza vinculante de los convenios ex art. 37 CE que representa la solución intervencionista del art. 82.3 ET. El segundo consiste en acreditar que no hay ninguna colisión relevante en ella con el derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Por las razones que se han expuesto en el cuerpo central de este estudio nos vamos a centrar en la primera línea argumental, que entiendo la más relevante y merecedora de una crítica más radical. Al respecto, son 3 las razones básicas que esgrime la actual mayoría del TCO para salvar, yo diría que a toda costa, incluso de apartarse de su propia doctrina, sin asumirlo, claro, la decisión del legislador. Estas tres razones, de mayor a menor alcance y concreción, son:

a) Razón institucional. En virtud del principio pluralista, no hay un único, menos “cerrado”, modelo de relaciones laborales, por lo que *“el legislador dispone... de un amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad es absoluta”* -FJ 4, apartado A-

Dejando de lado, la absoluta obviedad del inciso final -es manifiesto que un Estado de Derecho no puede haber libertades absolutas, de nadie, ni siquiera del TCO en su función de intérprete constitucional “máximo” (que no único)-, la gran falacia del argumento emerge de inmediato. En efecto, el TCO confunde la garantía de pluralismo del sistema de relaciones laborales con una pretendida “neutralidad”, lo que constituye un craso error. En efecto, como evidenciara la STCO 210/1990, FJ 2, que recuerda la STCO de 16 de julio de 2014, la Constitución ni ha querido ni puede realmente diseñar un “modelo cerrado y estático” de relaciones laborales, dejando al legislador y al resto de poderes normativos, como la autonomía colectiva, cuyo poder no es derivado de la Ley sino directamente atribuido por el Poder Constituyente -STCO 58/1985, FJ 3-. Pero en ella se dice igualmente que la CE no es indiferente a esa evolución, a esa dinámica abierta, sino que establece “premisas”, esto es, postulados y principios, inherentes al mismo que no pueden desconocer ni una -La Ley- ni otros -los sujetos sociales-. Y entre esas garantías está, sin ninguna,

duda el “principio democrático”, de modo que la opción debe siempre respetar la conformación autónoma de las voluntades reguladoras.

Y para no centrar el argumento crítico en la especulación científica sólo, traigo a colación la doctrina del CLS. Iniciamos este estudio con la clara formulación del CLS en torno a cuál es el único modo jurídicamente legítimo de identificar la voluntad legal con la de los interlocutores sociales en la regulación de las relaciones de trabajo: la regla o el principio del “convencimiento” de las voluntades en juego a través de procesos de participación, propio del pluralismo, no del “vencimiento”, expresión de autoridad:

*“... Si un gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, **debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos vigentes**”*

Ciertamente, la doctrina clásica -que no vieja- del TCO insiste en esta idea. La STCO 92/1992, de 11 de junio -FJ 4-, en relación al reconocimiento legal a la autoridad laboral de una facultad de aprobar modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo, si concurrían ciertas causas -técnicas, organizativas, o productivas-, declaro con toda nitidez, según ya se recordó, que una cosa era el “poder normativo del Estado”, al que quedaba sometido, con condiciones claro, el “poder de autonomía normativa”, y otra muy diferente que pudiese intervenir decidiendo qué condiciones colectivas deben regir un determinado ámbito funcional. Esto segundo le estaba vetado porque aceptar tal poder de decidir la dispensa o inaplicación de condiciones pactadas, cualquiera que sea la forma que revista:

*“... no sólo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 CE”.*

Se dirá que todo esto es compatible con la solución dada por el legislador, en la medida en que la CCNCC no respondería al “principio de intervención de autoridad”, tan típico de la Administración, sino al diferente y modulado “principio de intervención participada”, dado el carácter medial o arbitral de esta intervención, la técnica de voto o de toma de decisiones -tendencialmente por consenso, y en todo caso por mayorías de carácter cualificado, no simples- y la participación de interlocutores sociales. Pero ya se ha visto cómo, tanto en la configuración normativa como, sobre todo en la práctica, la atribución de esta competencia hace mute ese modelo, primando claramente para la forja de la mayoría necesaria, que no siempre se consigue, es verdad, la decisión de la parte que representa a la Administración. Ésta actúa sabiendo que no puede encontrar un consenso por la oposición de una de las partes a su planteamiento, por lo que tenderá a modular la petición empresarial para atraer a uno de las otras dos partes, sabiendo que existe un conflicto raíz entre ellas y que, en consecuencia, ya no es posible, con carácter general, funcionar conforme a ese

consenso, sino conforme a un juego de concesiones que nada tiene que ver con la concurrencia de ambas voluntades, que, como expresa el CLS, es requisito ineludible en el modelo internacional de relaciones colectiva, asumido por la CE por la vía del art. 10.2 CE.

La doctrina constitucional, como viene asumiendo de forma reiterada y ha tenido que reforzar en los últimos tiempos -STCO 61/2013, FJ 5-, está sujeta a este canon internacional, según recuerda el voto particular. Pero la nueva posición de la mayoría del TCO no sólo no lo ha seguido, sino que ni tan siquiera lo ha contemplado. De ahí la incorrección técnica en que incurre, en mi criterio, el fallo y que abre la vía, como se ha dicho, a reclamaciones más allá de nuestras fronteras, pero también dentro -inaplicación por mor del art. 96 ET en virtud del juicio de convencionalidad que sólo al juez ordinario incumbe-.

b)Razón de política jurídica. La defensa o garantía de mantenimiento del empleo, que es la finalidad a que responde la excepción contemplada en el art. 82.3 ET, constituye una razón *“constitucionalmente legítima, atendidos el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España...”* -FJ 5, Apartado A), letra a); también FJ 4, apartado B)-.

No cabe duda que en este argumento se centra el núcleo de la decisión constitucional que valida la opción legislativa, que el TCO no duda en considerar una auténtica o genuina “excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos” -FJ 4, apartado B, párrafo tercero-. El conjunto de la regulación de inaplicación respondería a la voluntad legislativa de dar a los empresarios una garantía de gestión productivo-competitiva efectiva -eficaz y eficiente- del personal frente al “riesgo de intangibilidad” de las condiciones de trabajo, en la medida en que éste constituye un “peligro concreto” para la “estabilidad de la empresa”, condición que, a su vez, constituiría el presupuesto de la continuidad del empleo, “cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (art. 40 CE)” -FJ 4, apartado B, párrafo tercero, in fine-. El principio tutelar o de protección de empleo, pues, aparece como la razón justificadora de fondo de todas las decisiones de flexibilidad adoptadas por el legislador para hacer frente a la crisis y en él halla el TCO, como la AN, el “interés general” -las razones imperiosas de interés general que diría el TJUE-, único presupuesto que podría fundamentar excepciones a los derechos fundamentales, como es la negociación colectiva ejercida por los sindicatos. Es a través de esta vía como la “nueva” (“pos-moderna”, también “pos-social”) doctrina constitucional pretende mantenerse en conexión con la “vieja” -yo entiendo que clásica, social-doctrina constitucional;

*“... el derecho a la negociación colectiva, de forma similar al principio de autonomía en el Derecho privado, puede “presentar excepciones, siempre que la limitación... se encuentre justificada”. Señalaba, en orden a la eventual admisión del arbitraje obligatorio, que tal justificación “puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él derivan, puede irrogar a los intereses generales” (FJ 5, apartado A), párrafo segundo, que remite a la STCO 11/1981, FFJJ 19 y 24).*

Pues bien, dejando a un lado cuestiones más conceptuales -como la crítica que hace, velada eso sí, o no tanto, al modelo español de eficacia general de los convenios estatutarios, al que considera excepcional en relación “a buena parte de los países europeos”, esto es, a nuestros competidores más próximos-, la debilidad del argumento, y su extremada artificialidad, emergen de nuevo fácilmente apenas se contraste con el texto del precepto enjuiciado. El TCO nos quiere hacer creer que el precepto responde a un inequívoco objetivo de defensa del empleo, prefiriendo la devaluación empresarial de las condiciones de trabajo, la llamada eufemísticamente flexibilidad interna, a la extinción contractual. Y, en principio, siguiendo tanto la doctrina constitucional como la comunitaria, que asumen el principio de sacrificio de los derechos laborales individuales y colectivos en aras de la protección del empleo, al que responderían las políticas de mercado de trabajo -STJUE 11 de abril de 2013, asunto RING-, podría aceptar una vía de transacción de ese tipo. El problema es que la garantía de mantenimiento del empleo ha desaparecido expresamente de un texto que antes sí lo contemplaba, al igual que la garantía de viabilidad empresarial. Esto es, el TCO razona sobre algo irreal, presunto.

En efecto, el compromiso de empleo, que podría ser una contrapartida lícita al sacrificio, en determinadas condiciones, de las condiciones de trabajo durante un cierto tiempo, no está garantizado en el texto y ni siquiera puede decirse que sea la finalidad real del precepto, sino tan sólo un “efecto querido”, si se quiere deseado por la Ley, pero en absoluto protegido de forma directa. Realmente, lo que la norma protege es una pura concepción liberal sobre el mercado de trabajo y sus políticas activas, que fiaría la creación de empleo a la reducción de los costes de la mano de obra. El TCO, defensor en apariencia, como se dijo en el anterior argumento, del pluralismo, realmente tan sólo se limita a santificar constitucionalmente una determinada concepción, la neoliberal, de las políticas de mercado de trabajo, según la cual el empleo, como cualquier otro bien o producto económico, es elástico a su precio: a menos cueste su adquisición, mucho más se comprará. Ahora bien, al margen de la re-mercantilización del trabajo que supone esta visión, inaceptable en el marco de las garantías del art. 10.2 CE -STCO 192/2003-, este razonamiento aparece radicalmente desmentido por los principios constitucionales, y también comunitarios, así como por los estándares internacionales de las políticas de mercado de trabajo.

De un lado, el principio de intervención pública que anima la CE no es el liberal, sino el social -art. 1.1 en relación al art. 9.2. CE-, un principio jurídico que la STCO 16 de julio de 2014, a diferencia de la STS de 27 de enero de 2014, por ejemplo, que siguen la misma lógica de aceptar el principio de sacrificio de los derechos laborales en aras de la continuidad del empleo, ha ignorado por completo también, ni lo menciona. La norma no defiende el empleo, sino la productividad, como conforma el TCO -y la AN-, de manera que se confía, pero sin compromiso concreto alguno ni garantía jurídica razonable, siendo más un “acto de fe” -ni siquiera de buena fe-, en que el aseguramiento de una devaluación de condiciones, a la que los trabajadores se oponen, se deriven el efecto beneficioso para el empleo. De otro, y desmintiendo la corrección de tan vieja como leonina concepción neoliberal, debe recordarse que la OIT desmiente que haya un vínculo directo entre la devaluación de las condiciones de trabajo y la creación de empleos. Finalmente, y en esta misma lógica de transacción equilibrada entre criterios o parámetros homologables, debe tenerse en cuenta que el TJUE ha asumido, dentro del actual enfoque comunitario de la “flexi-seguridad”, la legitimidad de las políticas de flexibilidad de las relaciones de trabajo como límite a los derechos de los trabajadores. Pero para que actúe como tal requiere, al mismo tiempo, medidas o garantías concretas o específicas, idóneas en otros términos, para la “seguridad en el empleo” -STJUE 11 de abril de 2013, asunto RING-.

Sin embargo, es esta parte de la “pareja”, de la “dupla” flexibilidad en la gestión de las condiciones de trabajo favor seguridad en el empleo la que está completamente ausente del régimen del art. 83.2 ET, por la sencilla razón de que el legislador la ha eliminado expresamente como “juicio de funcionalidad” exigible para la legitimidad de la medida. Sólo una interpretación correctora del texto o enunciado legal, que recupere para la norma socio-laboral efectivamente aplicable, como ya están haciendo algunos convenios colectivos sectoriales reguladores de esta institución con ese enfoque o lógica de flexibilidad (en la gestión del trabajo)-seguridad en el vínculo contractual (empleo)-, podría resolver el problema de contradicción del régimen legal de inaplicación con las exigencias de justificación de las excepciones a la garantía constitucional de fuerza vinculante de los convenios colectivos. El TCO tenía la oportunidad de llevar a cabo esa relectura constitucional, al estilo de lo que ha intentado la SAN 28/2014, si bien en su caso con mucho más precisión y legitimación. Sin embargo, en vez de esa sentencia correctora que integre, como compromiso jurídicamente serio, la garantía de empleo, el TCO ha preferido una sentencia adherente a la opción ideológico-política del legislador.

De este modo, no sólo contrasta abiertamente con la doctrina del CLS que ya se ha pronunciado en contra de la legitimidad de este tipo de opciones, por violar derechos y principios del Derecho Sindical Internacional -Convenios n.

97 y 98 OIT-, como hace notar el voto particular de la STCO 16 de julio de 2014, sino también con la posición de otros Tribunales Constitucionales -el portugués- y, lo que es más relevante, y operativo, con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea (CEDS). Al margen de la solución que se alcance sobre el carácter o no estrictamente “vinculante” de sus decisiones y la naturaleza propiamente o no de “jurisprudencia”<sup>33</sup>, ha quedado ya claro que su posición crítica, exigiendo transacciones y equilibrios reales entre la devaluación de los derechos sociales -tanto laborales como de protección social- y los estándares básicos de protección de los mismos. Y en la construcción de esa crítica ha forjado una serie de límites específicos a las políticas económicas y de mercado de trabajo que el TCO, en virtud del art. 10.2 CE, ni los Tribunales Ordinarios, en virtud del art. 96 CE, pueden desconocer. El TCO tendrá -así como en su momento el TS, y los diferentes Tribunales ordinarios- un margen propio para la comprensión de esos criterios en la interpretación constitucional, pero lo que no puede hacer es ignorarlos por completo, silenciarlos, como ha hecho aquí. Sencillamente esa ignorancia representa una quiebra inasumible del Estado Constitucional de Derecho, que ha reconocido una primacía a la norma internacional y a sus órganos de garantía sobre la norma nacional, al tiempo que ha cedido una parte de su soberanía a normas transnacionales. Por tanto, no sólo en el plano de la crítica externa -divergencia de criterio científico- sino también en el de la crítica jurídica interna -recurso a las instancias “superiores”, que las hay- es necesario seguir avanzando en la lucha por el Derecho Social del Trabajo válido, para la que el TCO, se insiste, no es ni el único ni el último nivel de jurisdicción en un sistema de justicia social multinivel, universal o transnacional<sup>34</sup>.

c) Razón estrictamente técnica. La intervención medial-arbitral de la CC-NCC, por su naturaleza y por las garantías que la revisten, sobre todo el ser solución de último recurso, debe entenderse como una excepción proporcionada.

El TCO es consciente, no podía ser de otro modo, de la necesidad de llevar a cabo un paso más para poder legitimar la excepción a la garantía constitucional de fuerza vinculante. No basta con entender justificada la excepción con fundamento en la protección del empleo, sino que hay que ponderar o evaluar

<sup>33</sup> Vid. para la más radical afirmación no sólo de la naturaleza jurisprudencial de sus decisiones sino de su fuerza jurídicamente vinculante para todos los Tribunales nacionales Jimena Quesada, L. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas*. Vol I: 1998-2005. Valencia. Tirant lo Blanch. Pp. 31-32

<sup>34</sup> Para los fundamentos teóricos, normativos y conceptuales de un planteamiento de este tipo, con la delimitación de un principio de soberanía mundial, por todos, Ferrajoli, L. *Derecho y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. 2004. Pp. 125 y ss. Para un enfoque más concreto, reforzando el papel del CEDSH, que preside, Jimena Quesada, L. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de los derechos*. Thomson-Aranzadi. 2013.

su proporcionalidad, esto es, el sentido de la medida que ha tenido el legislador al consagrar esa excepción. La STCO 16 de julio de 2014 concluye sobre el carácter proporcionado de la medida por la concurrencia de 5 garantías: causalidad de la decisión, carácter parcial de las materias que se pueden ver afectadas por la inaplicación, temporalidad de ésta, subsidiariedad de la intervención de la CCNCC y la naturaleza arbitral y participada, no autoritaria de ésta, en cuyo seno la negociación no cesaría, sino que continuaría en busca del consenso.

No cabe duda que es en esta concepción del papel de la CCNCC, como órgano arbitral o medial que no actúa conforme al principio de autoridad jerárquica sino según la lógica del consenso y en aras de un interés general, siempre subsidiaria respecto de la vía principal y preferente, la autonomía colectiva, se sitúa el núcleo duro de su decisión. Por supuesto, en ella las artificialidades y falacias de la misma alcanzan su cénit. Puesto que hemos dedicado todo el cuerpo del este estudio a intentar desacreditar, en la teoría -representación conceptual y normativa- y en la práctica -observación real de su acción- esa concepción no vamos a insistir aquí más en ello. Tan sólo poner de manifiesto que, pese a los esfuerzos del TCO por alejarse de sus precedentes, tratando de demostrar que nada tiene que ver esta función decisoria de la CCNCC con aquellas otras que su “vieja” -clásica- doctrina corrigió, pues a diferencia de aquellos casos -arbitrajes obligatorios de carácter público-administrativo y decisiones administrativas de inaplicación-, porque “no tiene propiamente la condición de autoridad administrativa laboral, ni siquiera la representación de la Administración goza de capacidad resolutoria por sí sola...” -FJ 5, A), letra c)-, la realidad se muestra mucho más tozuda que la mayoría del TCO -vuelve a insistir en ello poco más abajo (“No hace falta insistir en que la CCNCC no es autoridad laboral...” -lo que, por cierto, es otra obviedad, pues de haberlo sido no habría caso, pero el análisis jurídico no es tan burdo, sino que precisa más finura argumental)-.

Para incidir en esa idea, sólo voy a recordar dos argumentos de autoridad, uno que no se ve acompañado, de momento, de la “potestad” que daría formar mayoría en la decisión de un órgano colegiado, y otro que sí lo reviste, por conformar la voluntad de un órgano de garantía cuya dicción jurídica debe vincular, o al menos incidir en, la de la mayoría del TCO. En primer lugar, me refiero al voto particular, que tras un exhaustivo análisis de las identidades entre unas situaciones constitucionalmente prohibidas -según la vieja doctrina- y las que ahora se entenderían que no -según la nueva, liberal y pos-social, doctrina del TCO-, pone de manifiesto, respecto a la intervención arbitral pública obligatoria de la CCNCC:

*“... No es cuestión ahora de volver a razonar la plena identidad de los elementos estructurales (supuesto de hecho y consecuencias jurídicas)... Lo que ahora importa destacar es que...conforme a la jurisprudencia constitucional,*

*ha de calificarse como una excepcional y extremada limitación al derecho de negociación colectiva, cual es la conversión en regla general de la... imposición de una solución al conflicto existente entre unas partes negociadoras, prescindiendo así de la menor valoración sobre voluntades e intereses particulares y voluntad e interés general” - FJ 7-.*

En segundo lugar, por lo que hace al argumento que combina autoridad y, de una forma simultánea, “potestad”, fuerza jurídica vinculante, o al menos determinante, y en todo caso relevante, hay que terminar recordando al CLS, con quien empecé este trabajo analítico y crítico. En realidad, el voto particular no hace sino trasladar la doctrina que ya ha sentado al respecto el CLS y que la mayoría ha ignorado, hasta el punto de dejarla innombrada. Según esta doctrina, y aceptando que las intervenciones en las soluciones de los conflictos de intereses o económicos colectivos -naturaleza que acepta, por cierto, el TCO, más claramente que la SAN 28/2014- por parte de órganos administrativos ha de aceptarse sólo de forma excepcional, concluye afirmando que:

*“... el recurso de arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva sólo es admisible en el marco de los servicios esenciales en el sentido estricto (aquellos servicios cuya interrupción podrían poner en peligro la vida, la seguridad, o la salud de las persona en toda o parte de la población”<sup>35</sup>.*

<sup>35</sup> Vid. OIT. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del CLS. Quinta Edición (revisada). 2006. Párrafo 994. Un estudio detallado reciente en Guamán, A. “*Las críticas del CLS a la reforma laboral de 2012...*”. Revista de Derecho Social. n. 66/2014. pp.210 y ss.