

JORNADA • 31 ENERO 2014

Los retos de la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo: negociación, despido y huelga

Resumen de las intervenciones de la Jornada de Estudio, celebrada en Madrid, el 31 de enero de 2014, organizada por el Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO. y la Fundación 1º de Mayo. Autores del resumen que aparece en este Boletín: Martín Gualda Alcalá (Coordinador), Beatriz Alcaraz de la Torre y Bienvenido Jávega.

Es evidente la necesidad de disponer de un análisis sobre el alcance que suponen, en la práctica, las transformaciones que están teniendo las relaciones colectivas de trabajo sobre las materias que más intensamente se han reformado en los últimos años, como son la negociación colectiva y el despido colectivo. Para ello es necesario tomar en consideración no sólo el contenido de las últimas reformas legales, sino la forma como se viene asimilando por la doctrina judicial que la viene aplicando en relación con los problemas más importantes vinculados a su aplicación práctica.

Entre estos temas se encuentra, en materia de negociación colectiva, todos los problemas derivados de la instaurada legalmente prioridad del convenio de empresa, y los problemas de concurrencia de convenios, sobre lo que además, ha venido a incidir la última doctrina del Tribunal Supremo. Otra cuestión no menos relevante es la amplia problemática sobre la limitación de la ultraactividad de la negociación colectiva y la doctrina judicial que la vienen interpretando y aplicando. Son seguramente los principales retos a los que se ha sometido la negociación colectiva, que limitan, condicionan y en buena medida, restringen su capacidad para articular las condiciones de trabajo.

En materia de despido colectivo, se hace preciso ponderar los problemas generales de fijación de la causa, los grupos de empresas y la selección de trabajadores, el alcance de los

cambios operados en las últimas reformas sobre la mesa negociadora y el deber de buena fe, y la ejecución de las sentencias. La problemática del despido colectivo en el sector público, y los problemas conexos como las restricciones al uso de la suspensión de contratos, o el rescate de contratos son igualmente los puntos de mayor discusión en la práctica de nuestros tribunales.

◆◆◆
RAMÓN GÓRRIZ

Tales actuaciones del Sindicato se concretan en su posición de incremento del poder adquisitivo de los salarios, a través de su subida nominal y del incremento del empleo, lo que se concreta en políticas de crecimiento de salarios asociadas a la evolución de la productividad, o al incremento de los beneficios, del PIB o del empleo en cada ámbito de negociación.

Igualmente parece oportuno incluir el estudio de la dimensión constitucional e internacional del derecho de huelga, ante las propuestas de reforma que se anuncian, tomando en consideración la necesidad de garantizar su contenido esencial, así como la interpretación constitucional de los servicios esenciales como límite de ese derecho.

Con este guión de trabajo se celebraron la Jornada de Estudio que organiza el Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO, que va ya por su 45 edición, que tuvo lugar en Madrid, el 31 de enero de 2014, a la que asistieron 274 personas inscritas.

Las ponencias corrieron a cargo de magistrados y magistradas del Orden Social, del Tribunal Supremo y distintos Tribunales Superiores de Justicia, y por catedráticos de Derecho del Trabajo de reconocido prestigio en el ámbito de las materias que abordaron, reservando una parte importante de las sesiones al debate de las cuestiones que plantearon los asistentes inscritos, conformados por profesores universitarios, jueces y magistrados, miembros de la diversas estructuras de CC.OO. y de todos sus servicios jurí-

dicos, como también por otros profesionales cuya actividad está directamente relacionada con las materias objeto de análisis en las Jornadas.

A continuación se expone un resumen de los aspectos más relevantes de cada una de las intervenciones.

PRESENTACIÓN: LA POSICIÓN SINDICAL.

La jornada fue presentada por **Ramón Górriz Vitalla**, Secretario de Acción Sindical y Políticas Sectoriales de CC.OO., el cual puso en evidencia la necesidad de resituar la acción sindical en un contexto de ruptura del modelo legal, que tiene como finalidad debilitar el sindicalismo de clase y el incremento del poder empresarial. La lucha de clases continúa existiendo, y su desarrollo equilibrado precisa la recuperación del concepto de negociación colectiva más allá de lo meramente institucional, a través de la recepción de determinados principios y valores en las relaciones de trabajo, a través del fortalecimiento de los medios de acción y participación colectiva, la reivindicación de los derechos universales en la relación de trabajo y en la relación de los trabajadores frente al Estado y los poderes económicos.

La consecución de estos objetivos precisa de la intervención del Sindicato en la economía, en la defensa del empleo y de las condiciones de trabajo. Esto supone permitir un determinado espacio al Sindicato, para relacionarse en los centros de trabajo con los trabajadores y trabajadoras, el reconocimiento de su poder contractual como sujeto activo de la negociación colectiva y su facultad de confrontar las políticas del Gobierno.

Tales actuaciones del Sindicato se concretan en su reivindicación de incremento del poder adquisitivo de los salarios, a través de su subida nominal y del incremento del empleo, lo que se concreta en políticas de crecimiento de salarios asociadas a la evolución de la productividad, o al incremento de los beneficios, del PIB o del empleo en cada ámbito de negociación.

En materia de negociación colectiva, el Sindicato CC.OO. propone salidas negociadas a los bloqueos de negociación de convenios, solucionándose el problema de la extensión de la ultraactividad de los convenios colectivos a través de la propia negociación colectiva, con el reforzamiento de los mecanismos de autocomposición, donde podrían tener cabida arbitrajes, a instancia de ambas partes.

1. LOS ASPECTOS CONFLICTIVOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:

Fue analizado por **Manuel Ramón Alarcón Caracuel**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Magistrado Sala Social Tribunal Supremo, que comenzó señalando que las cuestiones

conflictivas en la negociación colectiva son, entre otras, la concurrencia de convenios, como se articula la misma y la prioridad del convenio colectivo de empresa.

Lo que pretende la reforma no es algo que este oculto, sino que se indica ya en el preámbulo de la Ley 3/2012, de Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo cuando en el mismo se establece que "La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo del modelo laboral español".

Establece el legislador que como el modelo es insostenible hay que cambiarlo y que ello lo ha demostrado la crisis, y esto no es verdad. Han atacado el cuadro de fuentes, han cambiado el modelo de negociación colectiva introduciendo un desequilibrio en el poder de negociación de una de las partes.

Sin embargo hay que tener en cuenta que el modelo es el modelo

constitucional y, por ello, si quieren cambiar el modelo deben cambiar la Constitución, con la consecuencia de que si dicho cambio constitucional no se produce, las leyes que modifiquen el modelo serían inconstitucionales.

El concepto de autonomía colectiva contemplado en nuestro modelo constitucional parte de la cláusula del estado social –art. 1 CE–, del reconocimiento de la fuerza vinculante del convenio –art. 37.1 ET– y del reconocimiento del derecho al trabajo –art. 35.1 CE–, que se conjuga con la previsión en la misma Constitución de una Ley del Estatuto de los Trabajadores - art. 35.2 CE, que establece que "La ley regulará un estatuto de los trabajadores".

No es irrelevante que la Constitución no diga que debe haber una ley de contrato de trabajo, sino que dice expresamente Estatuto de los Trabajadores, entiendo estatuto como norma de carácter institucional, que acota a un sector de la población relevante respecto del que establece derechos esenciales, estables a lo largo del tiempo para preservar los derechos constitucionales. Así, la configuración constitucional implica la configuración de una norma con vocación de estabilidad, sin que se puedan modificar sus elementos vertebrales o estructurales, como el derecho del trabajador a una indemnización ante extinciones no justificadas del contrato de trabajo.

Además, la Constitución también configura otros elementos básicos del contrato, como el derecho de los trabajadores a un salario suficiente o el derecho al descanso.

Y a nivel colectivo, la Constitución garantiza la libertad sindical, el derecho de huelga y de negociación colectiva, reconociendo la dimensión colectiva de estos derechos a favor de sujetos colectivos –los Sindicatos–, lo que constituye el segundo pilar de nuestro sistema de relaciones laborales. Así, se parte de la intervención del legislador a través de normas mínimas, que se desarrollan a través de la negociación colectiva, y mecanismos de acción colectiva, pero se trata de mecanismos acumulativos y no alternativos, de forma

◆◆◆ MANUEL R. ALCORCÓN

La configuración constitucional implica la configuración de una norma con vocación de estabilidad, sin que se puedan modificar sus elementos vertebrales o estructurales, como el derecho del trabajador a una indemnización ante extinciones no justificadas del contrato de trabajo.

que el desarrollo de uno de ellos no ha de ir a costa de la reducción del otro instrumento.

La autonomía colectiva no es una especie del género "autonomía contractual", contemplada en el art. 1255 Código Civil.

Históricamente, la autonomía colectiva se desarrolla como manifestación de heteronomía colectiva, en el sentido de que la propia clase trabajadora, desde fuera y a través de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo, impone contenidos mínimos al contrato de trabajo. Cuando empieza el capitalismo, las relaciones laborales estaban regidas por el Código Civil. Pero con ello los trabajadores tienen todas las de perder. La única manera de enfrentarse a esto es enfrentarse de manera colectiva. Esa manera colectiva se va imponiendo a base de muchas luchas que necesitan organización y medios de presión como la acción sindical, la huelga, etc.

La autonomía colectiva es un principio cardinal que nace con el movimiento obrero, que significa medios de presión, huelga, acción sindical, etc.

Cuando se habla de negociación colectiva, la Constitución Española en su art. 37.1 dice "La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios". Vemos como la Constitución ordena al legislador que garantice el derecho a la negociación colectiva. Igualmente dicho artículo de la Constitución establece la fuerza vinculante de los convenios.

Mucho se ha discutido sobre el significado de fuerza vinculante del Convenio Colectivo. Para unos, fuerza vinculante es igual a fuerza contractual, y para otros es fuerza normativa.

La doctrina de forma mayoritaria se ha decantado por considerar la fuerza vinculante como fuerza normativa, lo que implica la configuración del convenio como norma jurídica, en tanto concurren los caracteres de generalidad, abstracción y distinción entre el sujeto autor y los destinatarios de la norma que son propios de las normas jurídicas.

Sin embargo con la reforma operada por la Ley 3/2012 el legislador no respeta la configuración constitucional de la negociación colectiva y del convenio, desde el momento en que no se respeta la fuerza normativa y vinculante del convenio colectivo sectorial.

Así se evidencia con el reconocimiento legal de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa frente a los convenios colectivos sectoriales, a pesar de lo discutible que resulta considerar a los convenios colectivos de empresa como verdaderas normas jurídicas. Los caracteres identificadores de las normas jurídicas, anteriormente referidos, no inciden plenamente sobre los convenios colectivos de empresa, y desde el punto de vista conceptual, decir que el convenio de empresa es norma jurídica, en cuanto menos extraño en cuanto implica reconocer que el convenio colectivo de

empresa tiene carácter normativo, lo que va totalmente en contra del cuadro de fuentes.

Sistema de fuentes del Estatuto de los trabajadores.

El art. 3 del ET dice cuales son las fuentes de la relación laboral. Indica que "los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

- a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
- b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

- d) Por los usos y costumbres locales y profesionales."

Las disposiciones legales y reglamentarias del Estatuto se relacionan entre sí por el principio de jerarquía normativa, que también se aplica a las relaciones entre la Ley y el convenio, habiendo señalado la jurisprudencia que el convenio colectivo está subordinado a la Ley. Junto a este principio, operan los de norma mínima y norma más favorable, de forma que la Ley debe tener un contenido mínimo a mejorar por el convenio colectivo; y los contratos de trabajo estarían por debajo de los convenios colectivos y las leyes.

¿Qué es lo que ocurre con los convenios colectivos?, ¿cómo se relacionan entre sí?

Por el principio de jerarquía normativa no, puesto que todos tienen el mismo rango. Se relacionan por el principio de competencia, de especialidad y de norma más favorable.

En relación con este último principio, la doctrina judicial ha complicado la cuestión al considerar que su aplicación parte de la identificación por el órgano judicial del convenio más favorable en su conjunto y globalidad, cuando lo más sencillo es atender al seleccionado por los trabajadores.

Pero, ¿qué sucede cuando hay concurrencia de convenios?

En primer lugar, el art. 84 ET establece que hay prioridad aplicativa del convenio de empresa, a modo de descuelgue permanente y sin necesidad de causa. Ello destruye la fuerza vinculante del convenio sectorial y es inconstitucional puesto que en el convenio colectivo de empresa domina su configuración como contrato colectivo frente a la de norma jurídica, y con la prioridad aplicativa antes indicada se colocaría el contrato por encima de la Ley.

Y se afecta a la estructura de la negociación colectiva dado que la prioridad aplicativa del convenio de empresa es inmune a las reglas sobre estructura de la negociación colectiva que se hubieran podido fijar a través de los acuerdos y convenios del art. 82.3 ET, lo que supone en la práctica una ruptura de la fuerza vinculante del convenio colectivo sectorial.



MANUEL RAMÓN ALCORCÓN

La Constitución ordena al legislador que garantice el derecho a la negociación colectiva. Igualmente dicho artículo de la Constitución establece la fuerza vinculante de los convenios.

2. PROBLEMAS PRÁCTICOS SOBRE LA LIMITACIÓN DE LA ULTRA ACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS

La ponencia fue desarrollada por **Jose Lúis Goñi Seín**, Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Navarra. Según el profesor, los aspectos clave de la reforma operada por la Ley 3/2012 sobre el Título III del Estatuto de los Trabajadores crean inseguridad jurídica, y han deteriorado el clima de relaciones laborales.

El sistema tenía dificultades puesto que no era muy útil y ágil, pero la reforma intenta atacar eso por la vía de limitar la ultraactividad de los convenios colectivos a un año desde la denuncia, lo que ha arrojado un balance desolador y negativo, puesto que ha conseguido justamente lo contrario de lo que se pretendía que era la agilización de la negociación colectiva.

A lo largo del 2013 se han registrado 1543 Convenios colectivos, dicha cifra si la comparamos con la de años anteriores supone un descenso muy significado en torno a 1/3.

El objetivo básico del legislador era presionar a los sindicatos con un vuelco en la relación de fuerzas y sin embargo ha conseguido una parada de la acción.

Problemas prácticos. El art. 86.3 ET limita la ultraactividad a 1 año. Un año desde la denuncia del propio convenio colectivo, no desde el fin de la vigencia y esto es ilógico puesto que puede ser objeto de abuso del derecho en tanto en cuanto el convenio se denuncie con mucha antelación a la fecha de finalización de su vigencia, de forma que en este momento ya no quede período de ultraactividad.

Al establecer el dies a quo en la denuncia, para que no se produzca abuso de derecho tendría que concurrir el acuerdo expreso de ambas partes de agilizar el proceso de negociación del nuevo convenio. En caso contrario, debe entenderse que el dies a quo del plazo del año se tiene que situar en la finalización de la vigencia del convenio colectivo denunciado.

En todo caso, el artículo 86 ET concede a la autonomía colectiva posibilidades para solucionar la ultraactividad como son los acuerdo parciales, acuerdo para el periodo de ultraactividad, etc. Según datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, la gran parte de los convenios colectivos que se vienen negociando se decantan por el mantenimiento de la ultraactividad, y sólo un 0,5% no fijan pacto en tal sentido; el 57,9% limitan la ultraactividad a un año y el 42,1% contemplan la ultraactividad indefinida hasta la firma del siguiente convenio.

En cuanto al momento en que debe producirse el pacto sobre la ultraactividad, hay quien se apoya en el art. 86.3 ET para mantener que momento para el pacto debe ser durante la vigencia del convenio, otros lo permiten durante el periodo de ultraactividad, debiendo considerarse que dicho pacto puede alcanzarse en cualquier momento.

En cuanto a los pactos suscritos antes de la reforma 3/2012 y la interpretación de la DT 4ª de dicha Ley, que declara que los convenios colectivos denunciados antes de su entrada en vigor, 8 de Julio de 2012, el plazo de un año comienza a computarse desde esta fecha, la doctrina judicial se ha mostrado favorable al mantenimiento de estos pactos de ultraactividad, a partir de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2013, y la STSJ del País Vasco de 19 de noviembre de 2013. Ello se fundamenta en que el art. 86.3 ET no establece con carácter imperativo el plazo de ultraactividad, dicha Disposición Transitoria 4ª es una norma de derecho transitorio, y los pactos de ultraactividad existían antes y después de la reforma del año 2012.

En lo referente a la solución extrajudicial, el momento de recurrir a dicha mecanismo puede ser en cualquier momento, incluso tras

la ultraactividad. Y en cuanto a la admisibilidad de arbitraje, el párrafo tercero del art. 86.3 ET obliga a los sujetos negociadores de los Acuerdos de solución extrajudicial de conflictos a pronunciarse sobre su carácter obligatorio o voluntario, previendo que en defecto de pacto se impone el arbitraje. En todo caso, es inconstitucional la Disposición Adicional primera del RDL 7/2011, al no poder una de las partes imponer obligatoriamente sobre la otra un arbitraje, excluyendo el supuesto de que se prevea dicho carácter obligatorio en acuerdo de solución extrajudicial de conflictos ex art. 82.3 ET.

Por lo que se refiere a la extensión del convenio colectivo, la redacción del art. 92.2 ET la hace poco viable, al limitarse a los supuestos de imposibilidad de negociación del convenio por ausencia de partes legitimadas, produciéndose necesariamente a instancia de parte.

Otro problema importantísimo es el que surge tras el agotamiento del plazo de ultraactividad del convenio.

En estos casos, se puede cuestionar que se produzca la decadencia del convenio colectivo denunciado cuando se continúe negociando. La negociación no impediría por sí sola la decadencia o pérdida de vigencia del convenio, pero puede haber acuerdo en tal sentido, que sería necesario en todo caso por seguridad jurídica.

Otro problema son los efectos del fin de la ultraactividad sobre la unidad de negociación, y si se puede recuperar tras la pérdida de vigencia. La respuesta sería sí, aunque habría desaparecido el deber de negociar de la otra parte, exceptuando el caso en que dicho espacio hubiera sido ocupado por otro convenio.

La aplicación del convenio colectivo de ámbito superior también tiene diversos problemas de orden práctico:

– La no regulación por el convenio colectivo de ámbito superior de todas las condiciones de trabajo reguladas por el convenio colectivo que habría perdido su vigencia.



JOSÉ LUIS GOÑI

Según datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, la gran parte de los convenios colectivos que se vienen negociando se decantan por el mantenimiento de la ultraactividad

– Qué ha de entenderse por convenio colectivo de ámbito superior. Se entiende por tal al convenio de ámbito geográfico superior, pero también cabría el convenio colectivo con ámbito funcional más amplio.

– Si es necesario o no un acto de adhesión al convenio colectivo de ámbito superior, siendo la respuesta no, aunque sí sería necesaria la comunicación de la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a los trabajadores, sobre la base del derecho de éstos a conocer las condiciones de contratación.

– En caso de concurrencia de convenios de ámbito superior, la determinación de aplicable habría de realizarse conforme a lo pactado en los acuerdos o convenios del art. 82.3 ET que fueran aplicables. A falta de pacto, sería discutible justificar en todo caso la aplicación del convenio colectivo sectorial estatal.

– Otra posibilidad es la aplicación simultánea de varios convenios colectivos de ámbito superior, cuando resulta aplicable una regulación articulada de reparto de materias. En este caso, no se trataría de un supuesto de colisión conflictiva de convenios.

– Otra cuestión es si el convenio colectivo de ámbito superior tiene que ser necesariamente preexistente al convenio colectivo que ha perdido su vigencia. El art. 86.3 ET no impone este requisito para que se produzca el cambio de unidad de negociación.

– En caso de que el convenio colectivo de ámbito superior no cubra la totalidad de las materias reguladas en el convenio denunciado, existen opciones interpretativas a favor de la continuidad aplicativa de éste último respecto de estas materias, y otras interpretaciones que niegan esta continuidad aplicativa.

A favor de la continuidad aplicativa del convenio colectivo tras el año siguiente a la fecha de la denuncia, está la circunstancia de que la pérdida de vigencia del art. 86.3 ET no contempla expresamente el decaimiento de las condiciones de trabajo. Además, la solución contraria afectaría al art. 37 de la CE, que garantiza la eficacia vinculante de la negociación colectiva, y podría afectar también al art. 14 CE en cuanto se justificara la inaplicación de las condiciones de trabajo del convenio colectivo denunciado a los trabajadores de la empresa ingresados con posterioridad al año de ultraactividad.

En definitiva, la tesis del decaimiento de las condiciones de trabajo del convenio colectivo denunciado resulta inconstitucional y es inviable en la práctica, ya que el decaimiento de los derechos laborales del convenio colectivo también implicaría el decaimiento de las obligaciones de los trabajadores que se configuran en el convenio.

Entre las opciones posibles, está la continuidad de las condiciones del convenio denunciado como convenio como tal, o como extraestatutario, o como costumbre, siendo lo más razonable concluir en

la incorporación de las condiciones del convenio al contrato de trabajo, donde el acuerdo individual sobre la aplicación de las condiciones del convenio, que se integra en el equilibrio de intereses recíprocos de empresario y trabajador, siempre es esencial y existe siempre aunque desaparezca el convenio. De esta forma, el convenio tendría naturaleza normativa mientras está vigente y se impone al contrato de trabajo, donde sus contenidos quedan integrados como propios del mismo y, continúan surtiendo efectos tras la finalización de la vigencia del convenio.

3. ASPECTOS CONFLICTIVOS DEL DESPIDO COLECTIVO.

La ponencia fue analizada por **Miquel Falguera Baró**, Magistrado Sala Social TSJ Cataluña. Puso en evidencia que la reforma laboral del año 2012 se caracterizó, entre otros aspectos y por lo que se refiere a la regulación de los arts. 51 ET y 124 LRJS, por una técnica jurídica nefasta. El art. 51 ET ha tenido 6 redacciones distintas en 3 años, y 5 redacciones en 2 años el reglamento que lo desarrolla.

Un ejemplo de esta falta de técnica jurídica, es que el art. 51 ET no regula la indemnización por despido colectivo. Otro error de regulación se contiene en el art. 124.2 LRJS, y también en el art. 124.11 cuya versión resultante del RDL 3/2012 fue modificada por la Ley 3/2012 de forma que las demandas individuales pasaron a quedar reguladas en el apartado 13, y nadie se ha dado cuenta hasta ahora de este error.

Junto esta deficiente técnica jurídica, se ha de destacar la presión a la que se encuentran sometidos los órganos judiciales en el enjuiciamiento

de los despidos colectivos con ocasión de la interpretación y aplicación de la reforma laboral.

En este sentido, puso como ejemplo las declaraciones de la Ministra de Empleo y Seguridad Social cuando tras el RDL 3/2012 indicó que temía más a los jueces que a los “hombres de negro”. Y también en abril del año 2013, cuando fue noticia en prensa que fuentes del Ministerio de Economía admiten que la gran preocupación de la Comisión Europea es la aplicación por los jueces de la reforma laboral, poniendo como ejemplo la Sentencia del TSJ de Madrid que declaró no ajustado a derecho el ERE de Telemadrid, lo que tuvo lugar pocos días después de dictarse la sentencia. El 18 de noviembre de 2013 se divulgó la recomendación de la OCDE al Gobierno de España para que procediera al abaratamiento del despido, y para que la declaración de nulidad del despido colectivo tuviera lugar en los casos más extremos. En enero de 2014, el FMI ha manifestado que los Jueces y Tribunales Españoles hacen interpretaciones restrictivas de la reforma laboral. Y finalmente, recalcó las críticas al activismo judicial por parte de determinados académicos,

◆◆◆ MIQUEL FALGUERA

Junto esta deficiente técnica jurídica, se ha de destacar la presión a la que se encuentran sometidos los órganos judiciales en el enjuiciamiento de los despidos colectivos con ocasión de la interpretación y aplicación de la reforma laboral.

en un contexto de incorporación por grandes consultoras de catráticos de derecho del trabajo.

En el debate se planteó la calificación del despido colectivo que toma como criterio de selección de los trabajadores afectados a los de mayor edad, lo que puede entrañar una discriminación por razón de edad e implicar la nulidad del despido colectivo, valorando la intervención del legislador a favor de estos colectivos con la previsión de la suscripción de convenios especiales con la Seguridad Social para mayores de 50 años, y con la regulación de las aportaciones al Tesoro en determinados despidos colectivos que afecten a trabajadores con más de 55 años.

Con relación a la ejecución de sentencias recaídas en el proceso de impugnación colectiva del despido colectivo que declaran su nulidad, se ha de partir de la modificación del art. 247.2 LRJS por el RDL 11/2013, que contempla expresamente la ejecución de estas sentencias. El problema estribaría en que dicha modalidad de ejecución está orientada a la ejecución dineraria, mientras que las ejecuciones de despido tienen singularidades específicas. En este punto, el TSJ de Cataluña ha declarado que se seguirá esta modalidad de ejecución para la ejecución de las sentencias declarativas de la nulidad del despido colectivo. Por otra parte, el art. 247.1 LRJS limita la legitimación para instar la ejecución a los órganos de tutela de los intereses colectivos, y en la ejecución de las sentencias de despido colectivo nulo ha de darse intervención a los concretos trabajadores afectados, como manifestación de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE.

4. DESPIDO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO

El despido colectivo en el sector público lo trató **María Lourdes Arastey Sahún**, Magistrada Sala Social Tribunal Supremo. Según la magistrada, antes de la reforma laboral del año 2012 existían criterios dispares en la doctrina judicial y científica respecto a la posibilidad de que el despido colectivo pudiera tener lugar en el ámbito de las Administraciones Públicas. Dicho debate se zanjó con el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, que permitieron estas modalidades extintivas en las Administraciones Públicas con la nueva Disposición Adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores.

La técnica regulatoria es compleja en lo que se refiere a la determinación de las entidades que conforman el sector público, en función de la distinción introducida en la reforma respecto a la forma y condiciones en que cada una de ellas podrá hacer uso de los arts. 52.c) y 51 ET para la reducción de plantilla, a partir de la clasificación del sector público que figura en la Ley de Contratos del Sector Público.

Como conclusión de estas reglas, podrían distinguirse las Administraciones Públicas de ámbito territorial, respecto de las que no opera una remisión directa a las reglas del art. 51 ET, sino que respecto de ellas opera una especialidad de despido colectivo que incide en la definición de la causa económica, y en los aspectos relacionados con las condiciones de la Administración Pública que inciden en el procedimiento o tramitación del despido colectivo. En el resto de Entes del sector público, operarían las mismas reglas que para los operadores privados, con la remisión art. 51 ET y a las normas reglamentarias, aunque con la previsión de que las extinciones de contratos se hagan en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos de reducción del déficit público conforme a lo establecido en la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas, y que resultan aplicables al conjunto del sector público. Esto obliga a definir los conceptos de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, en cuanto condicionantes o presupuestos del despido colectivo en el sector público.

Respecto de las Administraciones Públicas, ha de partirse de una definición específica de la causa económica en la DA 20ª ET, y de la desaparición respecto de las mismas de las causas productivas.

Elo ha de conjugarse con el reciente criterio jurisprudencial que impone la obligatoria tramitación del procedimiento de despido colectivo en cuanto se produzcan extinciones de contratos sin

causa que supere los umbrales del art. 51 ET –también en el ámbito de la Administración–, aunque la empleadora no hubiera configurado formalmente un despido colectivo. El Tribunal Supremo ha excepcionado expresamente los supuestos de extinciones de contratos de indefinidos no fijos por amortización de las plazas que ocupan, indicando que en estos casos no es precisa la tramitación de un despido colectivo o sendos despidos objetivos, pero se trataba de supuestos anteriores a la entrada en vigor del RDL 3/2012, que introdujo la DA 20ª ET, donde se previó que la extinción de contratos por amortización de plazas debe realizarse a través de las normas del despido colectivo u objetivo. En relación con esta cuestión, reseñó que en la reciente STS de 23 de octubre de 2013 se avanzó en la protección de los trabajadores indefinidos no fijos, con el reconocimiento de los mismos a la percepción de una indemnización, sin que resulta aceptable la tesis del anterior criterio del TS que negaba pronunciarse sobre esta cuestión sobre la base de que no se había planteado debate sobre la misma cuando, en todo caso, podía considerarse que se trataba de una pretensión incluida en la impugnación del despido.

El ámbito subjetivo del personal afectado por la reforma es el personal laboral del sector público, en los términos definidos por el art. 8 del EBEP –trabajadores fijos, indefinidos y temporales–. En

◆◆◆ MARÍA LOURDES ARASTEY

El Tribunal Supremo ha excepcionado expresamente los supuestos de extinciones de contratos de indefinidos no fijos por amortización de las plazas que ocupan, indicando que en estos casos no es precisa la tramitación de un despido colectivo o sendos despidos objetivos

este sentido, el TSJ de Galicia, en sentencia del mes de octubre de 2013 declaró que la DA 20ª ET no distingue entre las distintas clases de personal laboral, y también sería obligatorio acudir a la vía del despido colectivo para la extinción de contratos por amortización de plazas ocupadas por indefinidos no fijos.

El art. 47 ET —suspensiones de contratos y reducciones de jornada— no se aplican a las Administraciones Públicas y Entidades de derecho público vinculadas salvo que se financien mayoritariamente como consecuencia de operaciones realizadas en el mercado, resultando criticable esta excepción respecto de la Administración.

En cuanto a la causa extintiva, ha de partirse de una causa económica específica respecto de las Administraciones Públicas, que consiste en la insuficiencia presupuestaria sobrevenida para la financiación de los servicios públicos, en los términos en que tal previsión legal fue interpretada por la STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2013.

La insuficiencia presupuestaria se identifica a partir de un déficit presupuestario en ejercicios anteriores, o a partir de una reducción de los créditos en los dos años anteriores. Por su parte, el Reglamento de extinciones colectivas prevé que la insuficiencia es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. En la doctrina judicial, se ha declarado que la insuficiencia presupuestaria ha de ser real y no una mera previsión —STSJ de Galicia de 22 de julio de 2013—. Se ha añadido que en caso de que se invoque una insuficiencia persistente, ha de valorarse la relación de la causa invocada con el sector público donde presten servicios los trabajadores afectados, y ajustarse la extinción a los mecanismos preventivos contemplados en la LO 2/2012 —STSJ de Castilla y León /Valladolid de 25 de mayo de 2013—.

La insuficiencia presupuestaria ha de ser sobrevenida, y deducirse de una situación anterior a la elaboración de los Presupuestos. Además, ha de acreditarse que no se han cumplido las previsiones de ingresos contempladas en los Presupuestos, o que se han incrementado los gastos a realizar.

Respecto de las causas técnicas y organizativas, hay una definición mínima a nivel normativo.

En cuanto a la tramitación del despido colectivo, la negociación por la Administración ha de ser de buena fe —respecto a sus exigencias, la STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012—, indicando finalmente que el Tribunal Supremo no ha abordado el problema del despido colectivo en el Sector Público con la nueva regulación.

5. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE HUELGA

El contenido del derecho de huelga lo analizó **Antonio Baylos Grau**, Catedrático Derecho del Trabajo UCLM. Su ponencia se articula a través de cinco cuestiones:

- El anclaje del derecho de huelga.
- Criterios reductivos del derecho de huelga en el discurso jurídico.
- La interesante regulación jurídica del TC sobre el derecho de huelga, mal desarrollada.
- La necesidad de desarrollo desde el punto de vista del Estado social y democrático.
- Derechos esenciales.

Cuando se habla de huelga en España no se reconoce en su anclaje natural, en la esperada autonomía colectiva y autotutela sindical.

El derecho de huelga, se regula desde el Estado, y se define desde posiciones y sujetos que no son titulares del derecho de huelga, y que por tanto no toman como referente en la regulación al trabajador, sino al ciudadano, a lo servicios públicos etc... Ligado a ello, se encuentra la consideración ideológica de que la huelga es un elemento que irrumpe de manera indeseada y se mantiene como un fenómeno patológico, obstaculizador del funcionamiento del sistema económico, de manera que si las cosas funcionaran bien no habría huelga. Se concibe como un elemento distorsionante.

También existe un componente histórico, que es una anomalía española: la regulación está basada en el Real Decreto Ley del año 1977, una norma preconstitucional hostil al derecho de huelga, con una regulación deficiente que no contempla a los sindicatos, ni la huelga sindical, sino sólo la huelga en el centro de trabajo, por lo tanto, una norma inútil. Esto conlleva a una interesada judicialización del derecho de huelga que permite la flexibilidad de su alcance, pero genera dificultades en el conocimiento y sistematización de esta realidad social, lo que revaloriza la perspectiva regulacionista o perspectiva jurídica.

De este modo, cuanto se habla de una huelga lo que inmediatamente se plantea es si es legal o ilegal, lo que lleva a las siguientes aproximaciones incorrectas: 1) que la huelga es un derecho que sólo se puede concebir en el marco de un contrato de trabajo y, 2) que la huelga debe ser compatible con el interés empresarial o la productividad.

En efecto, considerar que la huelga no debe rebasar el espacio del contrato de trabajo, y por lo tanto, debe ser siempre laboral, lleva consigo otra idea, que la huelga no puede alterar la capacidad de la empresa o de los entes administrativos de producir bienes y servicios, es decir, no puede afectar a la continuidad o interrumpir la producción de bienes y servicios.

Sin embargo, hay un marco que permite una visión más ajustada

◆ ◆ ◆
ANTONIO BAYLOS

El derecho de huelga, se regula desde el Estado, y se define desde posiciones y sujetos que no son titulares del derecho de huelga, y que por tanto no toman como referente en la regulación al trabajador, sino al ciudadano, a lo servicios públicos etc...

de la huelga como derecho. Se trata de una amplia jurisprudencia, más citada que estudiada y que se conoce a través de simples extractos. Es una jurisprudencia no muy bien querida, ignorada y enfrentada al orgullo de quienes pueden decidir, que atañe al diálogo entre tribunales.

En la regulación estatal del derecho de huelga, se contempla por un lado la finalidad del ejercicio de huelga en el sector privado, y en cuanto al sector público prima la regulación sobre la restricción del Gobierno al ejercicio del derecho. Sin embargo, existe de otro lado, una doctrina del Tribunal Constitucional especialmente afianzada entre los años 2005 y 2011, que resulta más favorable y extensiva del ejercicio del derecho de huelga.

La sentencia TC 236/2007 mantiene la titularidad del derecho de huelga de los trabajadores inmigrantes que no pueden ser titulares del derecho al trabajo, lo que supone poner de manifiesto la descontractualización del derecho.

De la sentencia 259/2007, se desprende que la huelga es capaz de crear límites al poder empresarial, más allá de lo que hasta el momento había previsto la ley o cabría desprenderse de la inicial sentencia TC 11/1981.

La sentencia 123/1992 trata la cuestión de la neutralización del derecho de huelga mediante la movilidad geográfica o funcional. Y la sentencia TC 33/11 sobre la sustitución de trabajadores en huelga. En este último sentido es significativa la sentencia TC 75/10, donde se contempla que la huelga no sólo puede limitar el poder empresarial sino además la capacidad del empresario de acudir a la descentralización, como contrata y subcontrata, para reducir el ejercicio del derecho de huelga.

También existe doctrina en materia de servicios esenciales donde la jurisprudencia se ha mostrado complaciente con el poder público. Inicialmente el TC puso ciertos límites de manera vaga, lo que se corrige en los años 90 y especialmente en el 2006, y se consolida en la sentencia TC 58/2013.

Este cuadro de elementos importantes de corrección requiere al mundo del trabajo, jurídico, político y sindical, para que sea entendido, comprendido y compartido social y jurídicamente.

En este último sentido, la jurisdicción ordinaria piensa que el Tribunal Constitucional es un órgano especializado y que ellos deben resolver y analizar en atención a la ley, que no pueden integrar los elementos constitucionales sobre la aplicación de la legalidad.

Si comparamos la doctrina del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre huelga entre los años 2002 y 2011, se observan dos líneas interpretativas distintas. Así, el Tribunal Supremo concibe el derecho de huelga como mera suspensión de los contratos sobre la base del derecho de la empresa a la continuidad de su actividad, o derecho de resistencia de la empresa o a no cola-

borar con la huelga, con la única prohibición empresarial del esquirolaje. También exige la pulcritud del procedimiento de huelga con independencia de la causa, como puede ser la convocatoria de huelga convocada al día siguiente de un hecho extraordinario y de considerable trascendencia, cuando se mantiene que una huelga sin preaviso es ilegal siempre y en todo caso. Ha habido una escasa receptividad de la doctrina constitucional que, sin embargo, parece que va cambiando. Ejemplo de ello son las últimas sentencias del TS relativas al esquirolaje tecnológico, descartado por el TS en sen-

tencia de junio 2012 como lesión del derecho de huelga, con voto particular que señala una línea doctrinal que pasa a ser mayoritaria en sentencia TS de 5 de diciembre 2012.

El contenido esencial del derecho de huelga debemos entenderlo como la paralización de la producción en beneficio del interés de los trabajadores; se trata de un fenómeno de subversión de la actividad productiva que rechaza el trabajo como forma de sumisión. Revoca temporalmente la producción como obligación fijada en el contrato, pero sobre todo restringe la capacidad de acción y el poder de organización de la empresa. En este sentido, entre otras, la sentencia TC 77/10. Es decir, no sólo paraliza el poder de dirección sino también la posibilidad de alterar la organización de la empresa como tal.

La huelga está orientada a establecer un cambio en la situación de los trabajadores,

que puede ser ofensivo o defensivo, restringiendo las prerrogativas del empresario u obligándole a que realice otras actuaciones. De esta forma, la reducción de las prerrogativas de la empresa se integra en el contenido del derecho de huelga. Frente a esta dimensión del derecho fundamental de huelga, el principio de la libertad de empresa no incorpora facultades al empresario para afectar al derecho de huelga.

La Sentencia Lavalle exige funcionalizar el derecho de huelga en el espacio transnacional frente a las necesidades del mercado, debiendo destacarse la Resolución del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa, en el sentido de que el Estado sueco —que aplica la doctrina Lavalle— está vulnerando los derechos sociales recogidos en la Carta Social Europea.

En definitiva, se puede concluir que la doctrina constitucional ha realizado una relectura moderna del derecho de huelga sobre el estado actual, como medio de defensa de la clase social subalterna, y existe una fuerte capacidad de ultimar esta doctrina en un sentido democrático.

Por lo que se refiere a las huelgas en servicios esenciales, significar que se trata de un derecho cuestionado por la autoridad gubernativa, sin reconocimiento de facultades a la autonomía colectiva y a



ANTONIO BAYLOS

La huelga está orientada a establecer un cambio en la situación de los trabajadores, que puede ser ofensivo o defensivo, restringiendo las prerrogativas del empresario u obligándole a que realice otras actuaciones. De esta forma, la reducción de las prerrogativas de la empresa se integra en el contenido del derecho de huelga.

la autotutela sindical en su definición, lo que implica partir un carácter más limitado al derecho de huelga.

Se trata de un sistema que protege a la Autoridad Gubernativa, que impide que la huelga se desarrolle como fue configurada por el Sindicato. Ello implica la necesidad de desarrollar instrumentos que permitan que la regulación de la huelga en servicios esenciales y la determinación de los servicios mínimos sean llevados al espacio de la autonomía colectiva.

La visión social de la huelga en el ámbito de los servicios esenciales es la de mera diferenciación de la huelga como justa o injusta; síntesis que protege al sistema del Gobierno en la determinación de los servicios esenciales. Existe por tanto una necesidad de desarrollar elementos para la que huelga en el sector sea llevada al espacio de la autonomía colectiva. Igualmente deben realizarse reconsideraciones de la disciplina sindical para el caso de fracaso de la composición de los servicios mínimos: los servicios mínimos abusivos. Es de significar las distintas consecuencias que se producen entre el fracaso de huelga por el establecimiento de servicios mínimos abusivos y la falta de cumplimiento de los mismos, así la sentencia del TSJ de Madrid de 20 de febrero 2012 declarando la ilegalidad de la huelga por no haber servicios mínimos. En este punto debe valorarse la posibilidad de que los servicios mínimos puedan ser autodefinidos por el propio sindicato.

Parece que hay que revisar que no todo servicio público es esencial y que, aun siéndolo la implantación de los servicios mínimos dependerá del tipo de huelga planteada por el Sindicato convocante.

Los servicios mínimos funcionan en una sola dirección: restringiendo el derecho de huelga, no hay limitación correlativa cuanto el trabajador no quiere hacer huelga y se organiza con el empresario.

Desde posiciones neoliberales se entiende que restringir el derecho de huelga es garantizar una serie de derechos, como los derechos ciudadanos.

Bajo la legalidad abstracta de la posibilidad de fijación de servicios mínimos, se dictan actos administrativos que restringen el ejercicio del derecho de huelga a partir de servicios mínimos abusivos, lo que se asienta en el presupuesto inconstitucional de que toda reducción del derecho de huelga constituye una ampliación de los derechos ciudadanos. Ello da pie a valorar la posibilidad de que el Sindicato convocante de la huelga pueda realizar una valoración propia y autónoma de la proporcionalidad de los servicios mínimos fijados por la Administración.

Se debe recordar que el derecho de huelga es un derecho de autotutela sindical, de distorsión, irrupción, y ruptura de la normalidad y todo aquello que pretenda que no haya ruptura es un atentado o desconocimiento del derecho de huelga, y supone la constitución de una idea banal sobre dicho derecho.

6. DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES

La ponencia fue analizada por **María Emilia Casas Baamonde**, Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense y ex presidenta del Tribunal Constitucional. Señaló que desde la sentencia TC 11/1981 hasta la sentencia 124/2013, el Tribunal Constitucional ha sido un factor activo y relevante de cambio en el ordenamiento laboral y de interpretación del orden laboral en materia de huelga.

Al albur de la redacción constitucional del derecho de huelga prevista en el art. 28.2 de la Constitución, la doctrina constitucional ha mantenido que la titularidad del derecho de huelga está residenciada en el trabajador por cuenta ajena, no en trabajadores autónomos o en los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Se ha señalado, igualmente, la unilateralidad de su ejercicio, sin atender a condicionamientos de la realidad productiva. Y que su desarrollo, como el de los demás derechos fundamentales corresponde al legislador; que no puede interpretarlos como una ampliación de los derechos fundamentales que pudiera ser limitativa en la garantía de los servicios esenciales para la comunidad. El TC no ha seguido, por tanto, la teoría de excepción al derecho.

En el ámbito supranacional, el derecho de huelga se contempla en el art. 28 de la Carta Social Europea, sin embargo, por su ubicación en el Título cuarto de la Carta, no parece que pueda esperarse su desarrollo por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sentencia TJUE de 15 de enero 2014 considera que no es invocable entre particulares el derecho de información y consulta recogido en el Carta. Se refiere que la carta es invocable en materia de derechos individuales, diferenciándose a partir del propio art. 52 de la Carta entre principios y derechos.

Otras sentencia del TJUE, como la de fecha 26 de febrero 2013, señalan que si bien la interpretación del nivel comunitario es mejorable por la Constitución de los Estados miembros, esto sólo es factible cuando existe tradición constitucional, y en derecho de huelga no hay una tradición cultural común (Caso Meloni). Estamos actualmente en un momento en el que debemos ver como se desarrolla en diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los órganos judiciales internos. Igualmente a nivel interno, las sentencias del Tribunal Constitucional con relación al derecho de huelga, no siempre han sido unánimes y han contado con votos particulares, como la sentencia TC 104/2011.

Con relación a la doctrina constitucional sobre el derecho de huelga, se ha tratado la integración del derecho de huelga en el estado social y de derecho, puesta de manifiesto, entre las últimas sentencia del Tribunal Constitucional, en la sentencia 33/2011,

◆◆◆ MARÍA EMILIA CASAS

En el ámbito supranacional, el derecho de huelga se contempla en el art. 28 de la Carta Social Europea, sin embargo, por su ubicación en el título 4 de la Carta, no parece que pueda esperarse su desarrollo por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

