

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

**Las posibles transformaciones en la negociación colectiva en
Brasil en comparación con la actual realidad española**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carla Blanco Pousada

Directora

María Emilia Casas Baamonde

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social



Tesis Doctoral

**“LAS POSIBLES TRANSFORMACIONES EN LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN BRASIL EN COMPARACIÓN CON LA ACTUAL
REALIDAD ESPAÑOLA”**

CARLA BLANCO POUSADA

DIRECTORA

MARIA EMILIA CASAS BAAMONDE

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Tesis Doctoral

**“LAS POSIBLES TRANSFORMACIONES EN LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN BRASIL EN COMPARACIÓN CON LA ACTUAL
REALIDAD ESPAÑOLA”**

CARLA BLANCO POUSADA

DIRECTORA

MARIA EMILIA CASAS BAAMONDE

Madrid, 2015

A mi “nae” Vicenta, ejemplo de dedicación y amor ilimitado a la familia;

A mi padre, Carlos, mi ejemplo de trabajador recto. Inmigrante, obstinado, incansable. “Labrero”.

A mi hermano, José Carlos, quien en todos los momentos, buenos o malos, estaba dándome la mano;

A Beatrice y Tiago, las dos mitades de mi corazón, donde encuentro fuerzas infinitas.

A mi profesora María Emilia Casas Baamonde, ejemplo de inteligencia, fuerza y firmeza. Mujer admirable en muchos sentidos.

*Depende de la fuerza mental
Piedras en el camino hay
El camino se hace caminando y las piedras son lecciones
Dejan en su cicatriz una enseñanza.
No siempre escalar a la cumbre es fácil
Puede que tarde
Que te parezca imposible.
El tiempo trae madurez, cambia las perspectivas
El imposible por posible.
El hombre nunca viene solo en su camino, siempre viene detrás
de sus circunstancias.*

AGRADECIMIENTOS

A mi amiga María Cantero Cobián, que estuvo a mi lado en este reto. No puso obstáculos en ayudarme incondicionalmente. Leo cada palabra aquí escrita y dio mucho más gracia al castellano. Dio ánimo cuando fue necesario, dio la mano cuando me cansaba, dio un poco de su inmenso y maternal amor en cada momento. Muchas gracias querida amiga, de todo mi corazón.

Al profesor Tulio de Oliveira Massoni que me dio muchos instrumentos para seguir. Que en nuestras madrugadas despiertos, discutíamos derecho sindical, las nuevas modificaciones, como es aquí, como fue allí. Gran maestro del Derecho Sindical Brasileño, dedicado, inteligente, astuto, a pesar de su juventud. Nueva generación del Derecho Laboral mundial. Investigador brillante. Gracias por ayudarme en este estudio, querido amigo.

A mi querida amiga Flavia Fiori Gradia, por su inmenso corazón y hospitalidad.

A mi querida amiga Alessandra Trabuco, por ayudarme con su buena voluntad extrema.

Al profesor Luis Carlos Gomes Godoi, el culpable por todo. Mi primer profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica de Santos, donde me gradué. Maestro increíble, de inteligencia sin par, juez de sentencias impecables. Fue mi primera inspiración jurídica y también el primero a darme la mano en la investigación del contenido brasileño de esta tesis. A él toda mi gratitud y cariño por incentivar me en el estudio del Derecho Laboral.

Al profesor Amauri Mascaro Nascimento, “in memoriam”. Una de las mayores pérdidas del Derecho del Trabajo actual en el mundo. Hombre sabio y simple. De respuestas rápidas, pero efectivas. Práctico, sencillo, muy razonable. Amigo. Que gusto estar a su lado. Que gusto disfrutar de su sabiduría. Que satisfacción aprender a manejar el mundo de la negociación colectiva brasileña a su lado. Y que falta nos hace... A usted mi eterna admiración.

Al profesor Joaquín García Murcia, al que muy brevemente conozco, pero que ya lo conocía por el reconocimiento jurídico de su obra. Muchas gracias por su amabilidad y facilidad de comunicación. Siempre al puesto para escuchar el alumnado. Virtud de un gran maestro.

A todos mis amigos y familiares, y aquí ya no cito nombres para no cometer injusticias, que me ayudaran en este proyecto, con los niños, con la casa, con los libros, con el ordenador, con las fuentes, con sus palabras de ánimo y amistad, mi eterna gratitud.

Y agradezco, principalmente a la profesora María Emilia Casas Baamonde. Profesora increíble. De las que no se quiere que la clase termine. Carácter fuerte, pero también maternal. Mujer de palabras claras y profundas. Inteligencia muy a florada, conexiones perfectas, lógica jurídica impecable. Intensa. Gran maestra del Derecho Laboral en la actualidad. Imposible no admirarla. Muchas gracias profesora María Emilia Casas Baamonde por llevarme a conocer nuevos terrenos, mirar hacia muchas perspectivas. Destruir y reconstruir teorías en mi intento de transponer legislaciones. A usted, que me hizo crecer profesionalmente e intelectualmente, no hay palabras para describir mi gratitud.

ÍNDICE

RESUMEN	11
ABSTRACT	12
RESUMO	13
ABREVIACIONES	14
INTRODUCCIÓN	15
1. Tema. Aspectos Generales.....	15
2. División de la Tesis.....	17
3. Delimitación del Tema.....	18
4. Objetivo.....	19
5. Importancia del tema.....	19
6. Material y Metodología.....	19
1º. CAPÍTULO - REPRESENTATIVIDAD SINDICAL	20
1.1. REPRESENTATIVIDAD DEL SINDICATO EN BRASIL	20
1.1.1 - ¿Por qué se llegó a la Unidad Sindical? – Repase Legislativo... 1.1.1.1 Ley 979/1903..... 1.1.1.2 Decreto 1637/1907..... 1.1.1.3 1919 – Fin de la Primera Guerra Mundial – Tratado de Versalles..... 1.1.1.4 – El Gobierno y la Unicidad Sindical – 1930-1988.....	23 25 25 29 30
1.1.2 La solución del profesor Russomano.....	46
1.1.3 Principio de Unicidad Sindical.....	48
1.1.4 Mecanismos de Representatividad.....	50
1.1.5 Grados de Representación.....	54
1.1.6 Actuación de las Centrales Sindicales y su Legalidad.....	55
1.2. REPRESENTATIVIDAD SINDICAL EN ESPAÑA	57
1.2.1. Evolución de la Pluralidad sindical en España – Repaso Histórico.....	59
1.2.2. Fundación del Sindicato.....	73
1.2.3. Representatividad Sindical en España.....	74
1.2.3.1. Criterios de Representación Plural del Sindicato..... 1.2.3.1.1. Mayor representatividad..... 1.2.3.1.2. La crisis del sistema de mayor representatividad..... 1.2.3.1.3. Representatividad originaria o directa..... 1.2.3.1.4. Representatividad suficiente..... 1.2.3.1.5. Representatividad por irradiación.....	76 76 78 80 81 81
1.2.3.2. Grados de representatividad del sindicato..... 1.2.3.2.1. Criterio de Audiencia.....	82 82
1.2.4 Las Asociaciones de los Trabajadores Autónomos.....	84
1.2.5. Representatividad de las Asociaciones Empresariales..... 1.2.5.1. Principios Básicos..... 1.2.5.2. Criterio de Afiliación y Umbral de Empleados.....	85 85 86

1.2.5.3 El Registro de la Representatividad OPAL.....	86
2º CAPITULO –BASES JURÍDICAS DE LA NEGACIÓN COLECTIVA	89
2.1. AGENTES ACTUANTES EN BRASIL.....	89
2.1.1. Consideraciones Iniciales.....	89
2.1.2. La Ley.....	90
2.1.2.1. La Ley Constitucional.....	90
2.1.2.2. La Ley de los Trabajadores.....	91
2.1.2.2. a) Legitimación.....	92
2.1.2.2. b) Contenido.....	93
2.1.2.2. c) Vigencia y Duración.....	94
2.1.2.2. d) Prorrogación, Revisión, Denuncia, Revocación, Extensión.....	94
2.1.2.2. e) Concurrencia de los Convenios y Definición de Categoría.....	95
2.1.2.2.f) Eficacia.....	97
2.1.3. Las convenciones y Acuerdos Colectivos.....	98
2.1.4. La Jurisprudencia y el Poder Ejecutivo.....	100
2.1.5. Las Centrales Sindicales.....	101
2.2 AGENTES ACTUANTES EN ESPAÑA.....	103
2.2.1. Consideraciones Iniciales.....	103
2.2.2 – La Ley.....	104
2.2.2.1. Legislación internacional.....	104
2.2.2.2. Legislación constitucional.....	105
2.2.2.3. Legislación Ordinaria.....	108
2.2.2.3.a) Eficacia.....	108
2.2.2.3 b) Unidades de Negociación.....	110
2.2.2.3 c) Concurrencia.....	112
2.2.2.3. d) Contenido y “descuelgue”.....	113
2.2.2.3. e) Vigencia.....	118
2.2.2.3. f) interpretación.....	120
2.2.2.3. g) Adhesión y Extensión.....	121
2.2.2.3. h) Legitimación y Comisión Negociadora.....	122
2.2.3. Agentes del Derecho Colectivo.....	123
2.2.4. Histórico de Transformaciones de la Negociación Colectiva – Legislación Marco - 1994 – 2015.....	124
2.2.4.1 La Reforma de 1994.....	124
2.2.4.2 La reforma de 1997 y el AINC-1997.....	128
2.2.4.2. a) EL AINC-1997.....	129
2.2.4.3. El acuerdo interconfederal de 2002.....	132
2.2.4.4. El Acuerdo Interconfederal de 2003.....	133
2.2.4.5. La prórroga del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva para el año del 2004.....	135
2.2.4.6. Panorama de 2004 a 2008 y la crisis económica.....	136
2.2.4.7. Ley 35/2010.....	137
2.2.4.8. Real Decreto-Ley 7/2011.....	138
2.2.4.8.1 Ley 3/2012.....	138
2.2.4.9. Sentencia 8/2015 del Tribunal.....	143

3º CAPÍTULO – LOS NIVELES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	147
3.1. CONSIDERACIONES INICIALES.....	147
3.2. INTENTOS DE CONTRATO COLECTIVO EN BRASIL.....	149
3.3. EL TEJIDO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA.....	151
3.3.1. La Teoría de la Articulación.....	153
3.3.2. Los instrumentos legales de articulación de la negociación colectiva española.....	155
3.3.3. El Reparto Legal de Materias y los Tipos de Convenios Colectivos	156
3.3.3.1. Acuerdos Interprofesionales o Convenios Colectivos Intersectoriales.....	157
3.3.3.2. Convenios Colectivos Sectoriales o de Rama.....	157
3.3.3.3. Convenios Colectivos Empresariales o Ámbito Inferior....	158
3.3.3.4. Convenios Colectivos de Franja o Grupo de Trabajadores	159
3.3.3.5. Convenios Colectivos de Grupos de Empresas.....	159
3.3.4. La experiencia de la articulación en el AINC 1997.....	160
3.3.4.1. Criterios de articulación del AINC.....	162
3.3.4.2. Las impresiones del AINC.....	163
3.3.5. Las impresiones de la articulación en España.....	164
3.3.6. Los avances tras la descentralización. Prioridad de materias para el acuerdo de empresa.....	165
4º CAPÍTULO – PROPUESTAS PARA BRASIL	169
4.1. CONSIDERACIONES INICIALES.....	169
4.2. PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA SINDICAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN BRASIL.....	170
4.3. PROPUESTAS DE NUESTRO ESTUDIO.....	173
4.3.1. Libertad sindical y pluralidad.....	173
4.3.1.1. La libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo.....	175
4.3.1.2. La Convención n. 87 de la OIT.....	176
4.3.1.3. Comité de la Libertad Sindical.....	178
4.3.2. Representatividad sindical.....	179
4.3.3. Niveles de negociación maleables y contratos colectivos interprofesionales.....	182
4.3.4. La inaplicación de cláusulas del convenio colectivo vía “descuelgue”.....	183
CONCLUSIONES	187
ANEXOS	195
BIBLIOGRAFIA	203

RESUMEN

El estudio visa conocer detenidamente las experiencias sobre Negociación Colectiva en España y en Brasil, buscando un contraste cuando sea posible, de las experiencias españolas al ordenamiento sindical brasileño. Para que las transposiciones se hiciesen posibles hubo necesidad de buscar las raíces de la representatividad sindical, bien como el estudio de los modelos y experiencias de representatividad en España y la representación legal en Brasil. En el capítulo segundo, estudiamos las fuentes del derecho limitadas dentro de los objetivos de este trabajo, y el desarrollo, años atrás, de la autonomía privada colectiva española que caminaba en conjunto con la centralización de la negociación colectiva en la cumbre. A su vez, asistimos en el mismo capítulo el decline (tras la crisis económica) de la centralización del sistema sindical frente a la descentralización, con leyes de preferencia negocial a los acuerdos de empresa, “descuelgue” y modificaciones de condiciones de trabajo. Apuntamos las críticas del nuevo sistema en contra punto con los beneficios. En Brasil, diferente que la mutante España, estudiamos una estagnación del Derecho Laboral Colectivo todavía de unidad sindical, a pesar de variados esfuerzos doctrinales para cambiar esta realidad. Indispensable fue el estudio de los niveles de negociación en el capítulo cuatro, muy sencillos en Brasil, solamente con dos niveles, y bastante complejos en España, donde se construyó una negociación colectiva mucho más rica en instrumentos normativos concurrentes o paralelos, pero que a su vez se fue hundiendo tras los grandes niveles de desempleo, hacia la descentralización en dirección al acuerdo de empresa, buscando el legislador una mejor aproximación de la negociación colectiva en la base. En lo que se refiere a Brasil, el estudio finalmente demuestra los obstáculos que se presentan para la libertad sindical plena, sus paradojas, y porque el Estado brasileño todavía no ratificó la Convención 87 de la OIT, y cuáles son los fallos para la transición a una real democracia sindical. Concluyendo, el estudio contrasta las dos legislaciones y presenta hipótesis de razonables cambios en la legislación brasileña sobre Derecho Sindical, buscando básicamente la libertad sindical plena de la OIT, como en el caso español, la representatividad sindical efectiva de los trabajadores en su base sindical, la posibilidad de desarrollar nuevos niveles de negociación y la posible aplicación de mecanismos de “descuelgue” de la negociación colectiva en momentos de crisis.

Palabras-clave: negociación colectiva, libertad sindical, Convención 87 de la OIT, pluralidad sindical, unidad sindical, representatividad sindical, niveles de negociación colectiva, acuerdos marcos, convenios para convenir, descuelgue, modificaciones de condiciones de trabajo.

ABSTRACT

The present study aims to know comprehensively the experiences regarding the Collective Negotiation in Spain and Brazil, seeking a contrast, when possible, of Spanish experiences related to the syndical Brazilian system. In the first chapter, so that such transpositions were possible, it was necessary to seek the origins of syndical representation, focused on the private sector workers, as well as the study of models and representative experiences in Spain and legal representation in Brazil. In the second chapter, we studied the sources of right limited in the scope of this research's objectives and the development, years back, of Spanish common private autonomy, which progressed together with the collective negotiation centralization. In turn, we are witnessing, in the same chapter, the decrease (after the economic crisis) of the syndical system centralization against the decentralization, with laws of negotiating preference towards companies' deals, and changes in work conditions. We pointed to critics to the new system opposed to the presented benefits. In Brazil, in contrast to the mutant Spain, we studied a stagnation of Collective Work Law in the syndical unity, besides several doctrinal efforts to change this reality. Vital was the study of negotiation levels in chapter three, extremely simple in Brazil, simply two levels, and plenty complex in Spain, in which a far richer collective negotiation was constructed related to simultaneous or parallel regulation instruments, but were sinking due to high unemployment level, in which refers to decentralization to the companies' deal, seeking the legislator in a better approximation of collective negotiation in base. With regard to Brazil, the study shows, finally, that presents obstacles to plain association liberty, its paradoxes and why Brazilian government still have not ratified the ILO's Convention no. 87. Besides that, what the flaws for the transition to a real syndical democracy are. Concluding, the study contrasts both legislations and presents hypothesis of reasonable changes in Brazilian legislation regarding syndical rights, seeking, basically, ILO's plain syndical liberty, as in the Spanish case, the effective syndical representativeness of workers in their syndical base, the possibility of developing new negotiation levels and the possible implementation of collective negotiation mechanisms in crisis times.

Keywords: collective negotiation, association liberty, ILO's Convention no. 87, syndical pluralism, syndical unity, syndical representation, collective negotiation levels, Framework Agreements, changes in work conditions.

RESUMO

O presente estudo visa conhecer detalhadamente as experiências sobre a Negociação Coletiva na Espanha e no Brasil, buscando um contraste, quando possível, das experiências espanholas com relação ao sistema sindical brasileiro. No primeiro capítulo, para que tais transposições fossem possíveis, foi necessário buscar as raízes da representação sindical, com foco nos trabalhadores do setor privado, bem como no estudo dos modelos e experiências de representatividade na Espanha e da representação legal no Brasil. No segundo capítulo, estudamos as fontes de direito limitadas no âmbito dos objetivos desta pesquisa e do desenvolvimento, anos atrás, da autonomia privada coletiva espanhola que caminhava em conjunto com a centralização da negociação coletiva. Nesta esteira, no mesmo capítulo, assistimos o declínio (após a crise econômica) da centralização do sistema sindical espanhol contra a descentralização, com leis de preferência de negociação para acordos de empresa, e mudanças de condições de trabalho. Apontamos críticas ao novo sistema em contraponto aos benefícios apresentados. No Brasil, ao contrário da mutante Espanha, estudamos uma estagnação do Direito do Trabalho Coletivo, em sua unicidade sindical, apesar de vários esforços doutrinários para mudar essa realidade. Indispensável foi o estudo de níveis de negociação no capítulo três, muito simples no Brasil, apenas dois níveis, e bastante complexo na Espanha, em que se construiu uma negociação coletiva muito mais rica em relação a instrumentos de regulamentação simultâneos ou paralelos; mas que estavam em declínio pelo altos níveis de desemprego, e teve como consequência a descentralização via acordo coletivo de empresa, buscando o legislador uma melhor aproximação da negociação coletiva na base. No que se refere ao Brasil, o estudo mostra, finalmente, que existem muitos obstáculos à plena liberdade sindical, apresenta seus paradoxos, e o porquê do governo brasileiro ainda não ter ratificado a Convenção 87 da OIT. Além disso, apresenta também quais são as falhas para a transição de uma real democracia sindical. Concluindo, o estudo contrasta as duas legislações e apresenta hipóteses de mudanças razoáveis na legislação brasileira sindical, buscando, basicamente, a liberdade sindical plena da OIT, como no caso espanhol, a representatividade sindical efetiva dos trabalhadores em sua base sindical, e a possibilidade de desenvolver novos níveis de negociação com a possível implementação de mecanismos de negociação coletiva em momentos de crise de econômica.

Palavras-chave: negociação coletiva, liberdade sindical, Convenção nº 87 da OIT, pluralismo sindical, unidade sindical, representatividade sindical, níveis de negociação coletiva, acordos-marco, mudanças nas condições de trabalho.

ABREVIACIONES

ACT:	Acuerdo Colectivo de Trabajo
AICV:	Acuerdo Interconfederal para cobertura de Vacíos
AIEE:	Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo
AINC:	Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva
AN:	Audiencia Nacional
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CCOO:	Confederación Sindical de Comisiones Obreras
CE:	Constitución Española
CF:	Constitución Federal Brasileña
CES:	Consejo Económico y Social
CEOE:	Confederaciones Españolas de Organizaciones Empresariales
CEPYME:	Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa
CGT:	Confederación General del Trabajo
CLT:	Consolidación de las leyes del Trabajo
CUT:	Central Única de los Trabajadores
ET:	Estatuto de los Trabajadores
LETA:	Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo
LOLS:	Ley 11/1985, Ley Orgánica de Libertad Sindical
MI:	“Mandato de injunção”
RD-L:	Real Decreto Ley
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
STF:	Supremo Tribunal Federal
TS:	Tribunal Superior
TC:	Tribunal Constitucional
TST:	Tribunal Superior del Trabajo
UGT:	Unión General del Trabajo
USO:	Unión Social Obrera

INTRODUCCIÓN

1. Tema. Aspectos Generales

La premisa mayor que existen más personas interesadas en trabajar que puestos de trabajo, principalmente causada por las crisis económicas, los nuevos tipos de tecnología; la saturación de los sistemas de necesidades y la evolución demográfica ha traído a debate la retórica conocida en el mundo progresista de reformar el Derecho del Trabajo, flexibilizando a la negociación colectiva.

Por esos problemas socio-económicos, los estudiosos del mercado percibieron que solamente cambiar la legislación no era suficiente para llegar a un encuentro de intereses entre patronato y trabajadores. Para cohibir estos fenómenos de la economía había necesidad de aproximarse a la realidad laboral de cada categoría, determinando que condiciones de trabajo deberían subsistir, y cuales serían posibles de transformaciones.

Es notorio que España fue uno de los Estados con índices más altos de desempleo entre los países de primer mundo. También es de conocimiento público que fue uno de los países que más desarrolló mecanismos jurídicos buscando un equilibrio entre las relaciones laborales; logrando así, elevar sus niveles de empleo. Por eso, se puede concluir que tiene una legislación de interés global sobre este prisma, siendo objeto de comparación y previsiones de sus mecanismos en otro escenario mundial.

Por otro lado, Brasil busca el fomento de la negociación colectiva desde la nueva Constitución Federal de 1988.

La propia Carta Magna ya preveía una mayor influencia de los interlocutores colectivos en el seno social, pues llegó a la máxima de determinar la posibilidad de reducción de sueldos a través de la negociación colectiva. Intentó una mayor democracia sindical con la expresión de la libertad de la asociación profesional o sindical, sin interferencia del Estado. Entretanto, la democracia no estuvo completa, puesto que tanta libertad se quedó limitada por la unidad sindical es decir, la imposibilidad de pluralismo y la necesidad de pago anual de contribución confederativa obligatoria a todos los trabajadores.

Según las impresiones del profesor Amauri Mascaro, en Brasil hubo un desequilibrio en la historia del derecho del trabajo. El derecho colectivo no se desarrolló, y el derecho individual creció de la mano del Estado, de donde surgieron los problemas que provocaron la necesidad de transformaciones¹.

Sin embargo, después de una crisis de desempleo, marcada por una fuerte recesión, el gobierno brasileño, en 1997, buscó en las realidades de otros países fórmulas para flexibilizar el mercado de trabajo. Empezó por cambiar la duración del pacto laboral, abrió espacio para que los contratos por plazo determinado sean más utilizados; pero había necesidad de que los entes sindicales actuaran democráticamente, intermediando empresas y trabajadores. También buscó jornadas más flexibles, legislando sobre tiempo parcial, compensación de horas extraordinarias, dejando siempre la huella de la necesidad de negociación colectiva en las transformaciones del contrato de trabajo. Entretanto, el débil sindicalismo no expresó mucho interés en las nuevas formas de negociación, pues pocos contratos fueron firmados utilizando los mecanismos incluidos en la legislación. El fondo de la cuestión estaba en que los sindicatos no representaban realmente los intereses de las partes. La presencia de un monopolio sindical impuesto por el Estado con cotizaciones obligatorias, hacia su presencia muy debilitada frente a los reales intereses del país.

En mediados del siglo XX, los juristas laborales se dieron cuenta de que solamente con una reforma en la ley ordinaria laboral, posibilitando una negociación colectiva más democrática, se podría enfrentar los problemas de ausencia de libertad sindical, como, en consecuencia, fomentar una negociación colectiva más activa para la búsqueda de una mejor aproximación de las partes interesadas.

Muchos Proyecto Ley fueron propuestos buscando la libertad sindical de la Convención 87 de la OIT. Valerosos estudios, con la presencia de grandes juristas y políticos. Debates muy profundos de la problemática unidad sindical fueron realizados, pero a pesar de todo el esfuerzo todavía no fue aprobado como Ley por el Estado brasileño, que vive bajo reglas de autoritarismo, en este sentido.

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Limites da Negociação Coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT. *Revista LTr.*, São Paulo, v. 65, n. 12, p. 1419-1431, 2001b.

Así, con ese telón de fondo, y estando Brasil, una vez más, en un momento histórico de necesidad de cambios estructurales en la legislación laboral, se pretende equiparar las transformaciones que ya ocurrieron en España, con la posibilidad de adecuar algunas de esas modificaciones a la realidad brasileña.

En síntesis, lo que se buscará con esta tesis es conocer la naturaleza jurídica de la negociación colectiva tras las transformaciones en el seno de las reformas laborales en España, como propuesta de desarrollo organizado de la negociación colectiva brasileña.

2. División de la tesis

La tesis fue dividida en cuatro capítulos que a seguir se manifiestan:

En la primera parte de la tesis hicimos un estudio de la representatividad sindical y de la representación legal de Brasil. Se discurió sobre la evolución de estos fenómenos en los dos países, abordando toda la historia hasta el modelo actual de representatividad y representación legal. El estudio investiga los dos escenarios para comprenderlos y utilizarlos como posibilidad de contraste de España a Brasil.

En la segunda parte se presenta las fuentes del derecho que rigen la negociación colectiva en los dos países. Bases legales, jurisprudencia y convenios. Aquí presentamos todos los cambios practicados en la España “carente de empleo” para transposición en Brasil. Y fueron muchos.

La tercera parte del trabajo se destina a demostrar los niveles de negociación colectiva en los dos países. Brasil en su sencillez endémica y España en su complejidad asfixiante.

La última y cuarta parte se define como: “Soluciones para Brasil”, donde tratamos de la libertad sindical junto a OIT, de la representatividad sindical efectiva, la posibilidad de convenios para convenir y del “descuelgue”.

3. Delimitación del tema

Científicamente, según Eco², debemos delimitar el tema, es decir, tener una idea central a ser demostrada y todo lo demás girará en torno de esa idea para justificarla.

Lo que se pretende demostrar en la tesis que ahora se propone es la posibilidad de fortalecer la negociación colectiva brasileña para que buscando como amparo los cambios positivos de la experiencia en España, encontremos puntos de equilibrio para una nueva tomada de decisión del legislador.

Tres delimitaciones se pueden hacer al tema explorado: subjetiva, espacial/objetiva y técnica.

Subjetiva es la delimitación cuando pretendemos comparar sistemas jurídicos y problemas sociales de dos Estados, buscando soluciones que se encaje de manera armónica de un país a otro, como se transpuso en el capítulo 4° de este estudio.

Espacialmente y objetivamente delimitase el tema cuando decimos que la investigación tendrá en cuenta el Derecho del Trabajo de cada país y más restrictivamente la representatividad del trabajador (capítulo I), las fuentes de la negociación colectiva (capítulo II) y los niveles de negociación de los sindicatos (capitulo III) en materia de Convenios Colectivos.

En este trabajo, no nos dedicaremos a presentar conclusiones sobre la representación empresarial, ni tampoco a la pública, puesto que en Brasil los mayores entabes sindicales (falta de democracia, falta de pluralidad, falta de representatividad, falta de desarrollo en los instrumentos colectivos) se ubican en los problemas de la unidad sindical de los sindicatos de trabajadores privados y ahí pusimos ancora. Además, los funcionarios públicos brasileños no están regidos por las mismas leyes que los privados, y toda su negociación discurre por modelo distinto al estudiado y por justicia distinta a su vez.

Por fin, delimitase técnicamente el tema cuando pretendemos investigar tendencias de la problemática actuales. Es decir, utilizando de los principales mecanismos de apreciación,

² ECO, Humberto. Como fazer uma tese. São Paulo: Editora Perspectiva, 1976

analogía, comparación, contraste y síntesis, se pretende demostrar un problema actual, su relevancia jurídica y soluciones para ello.

4. Objetivo

El objetivo buscado en esta tesis doctoral es proponer al Derecho del Trabajo brasileño una original proposición jurídica de carácter eminentemente científico, canalizando todos los esfuerzos para la elaboración de una tomada de decisión o una nueva teoría jurídica basada en critérios de democracia del Derecho del Trabajo Colectivo Brasileño y sus consecuencias en el desarrollo de los convenios colectivos, buscando para tanto inspiración en la naturaleza jurídica de la negociación colectiva en el Derecho Comparado Español.

5. Importancia del tema

La importancia del tema para el Derecho del Trabajo se instala en la necesidad de demostrar que las posibles tendencias de transformación del Derecho Laboral brasileño pueden realizarse de manera más ordenada, percibiendo aciertos y las consecuencias jurídicas y sociales de países que ya pasaron por situaciones similares.

6. Material y metodología

Como es común en derecho, la absoluta mayoría de los investigadores recurren a las técnicas de estudio bibliográfico donde las fuentes genéricas son la legislación, la jurisprudencia y la doctrina pertinente (libros, revistas jurídicas, periódicos). En nuestro caso no es distinto. A través de las reglas cartesianas de la evidencia, análisis, síntesis y enumeración se buscará la verdad de todos los argumentos jurídicos y la organización de las ideas en la documentación utilizada.

1º. CAPÍTULO – REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

1.1. Representatividad Sindical en Brasil; 1.1.1. Porque se llegó a la unidad sindical – repase legislativo; 1.1.1.1. Ley 979/1903; 1.1.1.2. Decreto 1637/1907; 1.1.1.3. Fin de la 1ª. Guerra Mundial, Tratado de Versalles; 1.1.1.4. El Gobierno y la unidad sindical; a) decreto n. 19.770/1931; b) Constitución 1934; c) Constitución 1937; d) CLT -1943 y otras Constituciones; e) Movimiento Sindical y Constitución 1988; f) El Precedente Normativo 677 y el MI 144 del STF; 1.1.2. La solución del Profesor Russomano 1.1.3. Principio de la Unidad Sindical; 1.1.4. Mecanismos de representación; 1.1.5. Grados de representación 1.1.6 La actuación de las Centrales Sindicales y su legalidad.

1.2. Representatividad Sindical en España; 1.2.1 Evolución de la Pluralidad Sindical en España – repaso histórico; 1.2.2. Fundación del Sindicato; 1.2.3. Representación Sindical en España; 1.2.3.1. Criterios de representación plural del sindicato; 1.2.3.1.1. Mayor Representatividad; 1.2.3.1.2 Representatividad originaria o directa; 1.2.3.1.3 Representatividad Suficiente; 1.2.3.1.4 Representatividad por irradiación; 1.2.3.2. Grados de Representatividad del Sindicato; 1.2.3.2.1. Criterio de audiencia; a) en ámbito estatal; b) en ámbito de Comunidad Autónoma; c) en ámbito territorial y funcional específico; 1.2.5. Representatividad de las Asociaciones Empresariales; 1.2.5.1. Principios Básicos; 1.2.5.2. Criterios de Afiliación y Umbral de Empleados; 1.2.5.3. Registro de la Representatividad en la OPAL.

1.1. REPRESENTATIVIDAD DEL SINDICATO EN BRASIL

En Brasil, el sistema actual del Derecho del Trabajo Colectivo tuvo su principal organización legislativa con el Presidente Getulio Vargas, a finales de la década de los 30 y principios de la década de los 40, donde se promulgó la “Consolidação das Leis do Trabalho” – CLT - Decreto ley n. 5.452 de 1º. Mayo de 1943. El Derecho Colectivo tuvo su espacio garantizado en ese recorrido de leyes, entre los artículos 511 a 625 (anexo 1).

Más precisamente hoy, la organización sindical está determinada en el Título “V” de la ley, que comporta los artículos de 511 a 610.

Además de haber determinaciones en esa ley, la organización sindical también se fue ordenando por las Constituciones Federales, las cuales casi siempre se preocuparon con la posición de los que representan a los trabajadores.

Sin embargo, desde que el Gobierno empezó a legislar sobre el asunto sindical, hubo una huella de intervencionismo y una necesidad de cohesión de representantes, que todavía persiste en la legislación actual.

Antes del siglo XX, también hubo historia sindical, según Amauri Mascaro, que cita José Martins Catarino, ya en el año de 1699 hay registros históricos de Corporaciones de Oficio en Salvador, que agrupaba mecánicos y trabajadores del oro. Las primeras asociaciones sindicales fueron las Ligas Operarias que empezaron en 1901.³

Entretanto, retroceder mucho en la historia no nos importa tanto, pues en realidad la estructura sindical actual está basada en el modelo de Getulio Vargas, y por eso empezamos en el punto histórico antes del Presidente Getulio Vargas, para comprender por qué este Jefe de Estado tomó la decisión de crear un sistema de unidad sindical, o sea estudiaremos el siglo XX, desde el principio.

Solamente para introducir el asunto, vale comentar que cuando Getulio Vargas promulgó la primera ley del sistema sindical actual, según los juristas de la época, utilizó como base la “Carta del Lavoro” de Musollini para los temas sindicales. Entretanto, necesario saber porque hubo necesidad de aplicación de tal sistema, y es lo que más nos interesará en este apartado.

Arnaldo Sussekind et al⁴, en su conocida obra “Instituições de Direito do Trabalho”, y uno de los precursores del Estatuto de los Trabajadores brasileño, que se denomina “Consolidação das Leis do Trabalho” – CLT - afirma que de los Títulos que componen tal

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. Ltr, São Paulo, 2006, p. 78/79.

⁴ SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo:, Ltr, 1995, p. 68.

legislación, el de la organización sindical fue el único que correspondió al sistema italiano de la Carta del Lavoro, siendo además que la CLT solamente transplató para su proyecto los decretos-leyes de 1939 e 1942, que ya habían reorganizado el sistema sindical a la luz de la Constitución de 1937. Continúa el autor diciendo que si algo le parece mal es el mantenimiento en la Constitución actual (1988) de los principios de la Carta del Lavoro italiana, o sea, principalmente: a) unidad sindical obligatoria por categoría profesional o económica en todos los grados del sistema (art. 8º, II); b) contribución sindical obligatoria de todas las empresas y trabajadores, además de un poder tributario anómalo a ser ejercido por la asamblea del sindicato en favor del respectivo sistema confederativo (art. 8º, IV).

Así, el sistema de organización sindical brasileño tiene como piedra angular la unidad de sindicatos y el pago compulsorio por parte de los sujetos del pacto laboral, garantizados por la propia Constitución Federal.

El artículo que menciona tamaña violación a la libertad sindical es el 8º de la actual Constitución Federal en sus apartados II y IV.⁵

El antagonismo se hace presente en esa ley puesto que el artículo 8º de la Constitución Federal Brasileña empieza preconizando que “es libre la asociación profesional o sindical”, entretanto sus apartados se contraponen con el “caput” limitando el Principio de Libertad Sindical de manera severa, como luego se explicará.

Hay necesidad de comentar que dentro del tal sistema sindical, la Convención 87 de la OIT no pudo ser ratificada por Brasil, mismo habiendo gran número de intentos parlamentarios.

⁵ Art. 8º. CF - É livre a associação profissional ou sindical, observando o seguinte:

I – (...)

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior a área de um Município.

III – (...)

IV – a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei. (...)

Tanto es así que el Magistrado José Carlos Arouca, en su libro “Repensando o Sindicato” hizo un compendio de todos los intentos de Brasil para ratificar la convención 87⁶.

Del buen resumen presentado por el citado autor se destaca la cantidad de veces que Brasil llevó a cabo la tentativa de ratificar la Convención 87 de la OIT, todas frustradas. Percíbese que todos los últimos Presidentes estuvieron con el proyecto entre manos, entretanto, con el sistema cerrado de representatividad sindical, Brasil nunca logró el éxito en sus intentos, quedando mal diplomáticamente frente a la Organización Internacional y frente a los países que de ella participan.

Sin embargo, para que se comprenda los motivos del sistema brasileño, hemos realizado un estudio histórico que se plantea más adelante.

1.1.1 - ¿Por qué se llegó a la Unidad Sindical?

Antes de profundizar en lo que representa la unidad sindical, nos parece necesario explicar cuales son los motivos históricos del mecanismo sindical brasileño.

Por tanto nos hace falta volver a principios del siglo XX, y comprender todo lo que existió tras la unidad sindical.

⁶ *A pluralidade opõe-se à unidade e a partir daí não há como negar que sua consagração está na Convenção n. 87 aprovada em 1948, pela Conferência Internacional do Trabalho. A Convenção 87 constitui o texto fundamental da Organização Internacional do Trabalho para a proteção da liberdade sindical. Registra Júlio Cesar do Prado Leite, foi aprovada por 127 votos favoráveis e 11 abstenções, tendo um só voto contrário. Como observa, assistia-se ao momento que sucedeu à Grande Guerra, marcado por uma tendência à descontração e aos valores mais positivos da afirmação dos princípios democráticos. O Brasil foi um de seus signatários, mas até hoje não a ratificou. Em 31 de maio de 1949, o Presidente Dutra, mesmo intervindo em sindicatos e perseguindo seus dirigentes, acolheu a exposição de motivos de seu Chanceler, Ciro Freitas Vale, para encaminhar mensagem ao Congresso Nacional propondo sua aprovação. A tramitação da mensagem foi morosa e vergonhosa. Melhor dizendo, até 1966, praticamente não tramitou. Ao contrário, desapareceu. Reconstituída, foi encaminhada à Comissão de Legislação Social que solicitou a manifestação do Ministério do Trabalho. A resposta só veio em 1968, após audiência da Comissão Permanente de Direito Social. Em 1970, outra vez, foi reconstituída, pois conhecera uma segunda e estranha desapareição. Finalmente, em agosto de 1985, foi aprovado o parecer do então deputado Francisco Amaral, favorável à sua ratificação. Depois, aprovada na Câmara Federal foi remetida à Comissão de Relações Exteriores do Senado. Apostava-se na sua rápida aprovação diante do apoio do Governo Sarney, ou mais propriamente, de seu Ministro do Trabalho, Almir Pazzianotto, mesmo porque o Brasil fora incluído na “lista negra” da OIT, como filiado faltoso. No Governo Fernando Collor de Melo a Convenção foi defendida pelo primeiro Ministro do Trabalho saído das fileiras sindicais, Antonio Rogério Magri, que dirigia o Instituto Cultural do Trabalho, sob o patrocínio e inspiração do chamado Instituto Americano para o Sindicalismo Livre (IADESIL), tido como braço direito da CIA no Brasil. Insistentemente, o Governo Fernando Henrique Cardoso ou seu ministro do trabalho anuncia a reforma da Constituição para enfim adotar a pluralidade sindical. Mas da mensagem assinada por Dutra, não se tem notícias recentes. AROUCA, José Carlos. Repensando o sindicato. São Paulo:, Ltr, 1998, p. 98.*

En una visión sociológica, puede que el origen de la unidad sindical esté en la evolución del pueblo brasileño, como determina el sociólogo Oliveira Vianna, que cuenta en su libro “Evolução do Povo Brasileiro”⁷ que la unidad nacional es interesante teniendo en cuenta que Brasil es un país grandísimo de población diseminada y ganglionar; separada, en gran parte, por las soledades de sus campos secos, y dimensiones exageradas. Además, hay que tener en cuenta que la unidad era necesaria por el origen del brasileño y la gran mezcla de razas: negros; blancos y pardos; europeos, indios y africanos.

Por haber tantas razas y colores, según el autor, no habría solidaridad entre ellos. Así, solamente con un sistema Federativo y la búsqueda de la unidad, se podría conducir la nación y también las asociaciones, como el caso del sindicato. Pues para él, solamente con la intervención del Estado, todas estas razas se reunirían en busca de un solo objetivo, cómo mejorar la clase profesional.

Dejando un poco al margen la sociología, empezamos retirando algunos méritos de un determinado estadista, pues los que dicen que el sistema sindical empezó con el Presidente Getulio Vargas no conocen bien la historia.

Quien bien cuenta los acontecimientos de aquella época es el profesor Evaristo de Moraes Filho, en lo que consideramos la obra más completa sobre el asunto “O problema do sindicato único no Brasil”⁸, pues con sus propios ojos, y con la experiencia de su padre, Evaristo de Moraes, gran defensor de los operarios, fueron testigos de las movilizaciones de masas operarias; sus victorias y derrotas.

Por ello y por parecer la fuente más fidedigna para contar tal episodio, utilizaremos sus relatos como telón de fondo, agregando nuestra interpretación e informando también otras ópticas de hechos históricos de autores similares.

Así, empezaremos por la interpretación legislativa del sistema.

⁷ VIANNA, Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*. São Paulo: Ed. Monteiro Lobato, 1923.

⁸ MORAES FILHO, Evaristo. *O problema do sindicato-único*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

1.1.1.1. - Ley 979/1903

La primera ley sobre organización sindical fue la regulación del trabajo rural, exactamente por el motivo de que Brasil era un país básicamente agrícola a principios del siglo XX.

Así, la ley 979 de 6 de enero de 1903, publicada en el Diario Oficial en 8 de enero del 1903, determinó que era facultado a los profesionales de agricultura e industrias rurales ordenarse entre sí para el costeo y defensa de sus tierras. Además, en su artículo 2º preconizaba que la organización de esos sindicatos era libre de cualquiera restricción u onus, bastando depositar sus estatutos, escritos de instalación y lista de socios, por duplicado en el Registro de Hipotecas, con algunas exigencias formales de firmas y envíos a Asociaciones Comerciales del Estado que pertenecía el Sindicato.

En realidad, el objetivo primario de tales Sindicatos era el de intermediar el crédito a favor de los socios y también vender el producto de su explotación en especie. O sea, los objetivos principales del sindicato no eran luchar contra el patronato.

Entretanto, percíbase que el sindicato brasileño tuvo su primer origen más bien pluralista y liberal, que unitaria e intervencionista.

De acuerdo con nuestro maestro Mozart Victor Russomano, en su obra “Princípios Gerais de Direito Sindical”⁹ la iglesia brasileña desde el primer momento reveló gran preocupación por la aglutinación de los trabajadores. Según este autor la Federación Operaria Cristiana tuvo gran influencia en la elaboración de la ley de los sindicatos agrícolas. En ese momento histórico se definía, un poco, la influencia anárquica del movimiento operario.

1.1.1.2 - Decreto 1637/1907

Como no podían estar por detrás de los acontecimientos, los trabajadores urbanos también el 5 de enero de 1907 ganaron su primera legislación sindical, por el decreto n°. 1637, que según los autores de la época tuvo bastante influencia de la ley francesa de sindicalismo. Tanto fue así que según Evaristo de Moraes Filho¹⁰, en el discurso de presentación del

⁹ ROSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 30.

¹⁰ MORAES FILHO, Evaristo, 1978, op. cit. p. 188.

proyecto de ley, dijo su idealizador, Inácio Tosta que los textos eran relativos a experiencias de dos pueblos que hubieron profundizado en los estudios de los problemas de capital de trabajo, capitalismo y proletariado – Francia y Bélgica.

La legislación del sindicalismo urbano fue mucho más rica en detalles que la agrícola, y también con un rasgo bastante liberal, entretanto con la clara finalidad económica de la lucha de clases. Ese decreto era bastante moderno, y según Evaristo de Moraes, su liberalidad fue influenciada por la legislación francesa de 1884. Como ejemplo de libertad sindical su artículo 2º preconizaba que los sindicatos podían constituirse sin autorización del Gobierno. “In verbis”:

“artigo 2º. - Os sindicatos profissionais constituem-se livremente, sem autorização do Governo, bastando para obterem os favores da lei, depositar, no cartório do registro de hipotecas do distrito respectivo, três exemplares dos estatutos, da ata da instalação e da lista nominativa dos membros da diretoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direção da sociedade ou da gestão dos seus bens, com a indicação da nacionalidade, da idade, da residência, da profissão e da qualidade de membro efetivo ou honorário.”

Así, percíbase que las primeras legislaciones fueron poco intervencionistas, dejando a los sindicatos como entes de derecho privado, sin interferencia del Estado, habiendo autonomía sindical.

Por otro lado, también despertaba interés en ese sistema los sindicatos mencionados en el art. 8º, puesto que este artículo hacía mención a la existencia de un sindicalismo mixto, de armonía entre patronato y empleados; nacido para estudiar las cuestiones en común. También existían los sindicatos paralelos, que eran apenas de trabajadores o empleadores, sin embargo ligados por una comisión de miembros de uno a los otros para conciliación de sus conflictos. Estos sindicatos mixtos también servían como órganos consultivos del Gobierno, para todos los asuntos que tuvieran relación con la profesión. Entretanto, tampoco la ley impedía que los sindicatos se desarrollasen sin ningún vínculo con los otros, habiendo libertad completa en cuanto a esta cuestión.

Tan grande era el espíritu de libertad sindical en los modelos europeos que el citado Inacio Tosta, idealizador del proyecto de ley, en su discurso para la aprobación declaró que el Estado debía limitarse a establecer los moldes dentro de los cuales las asociaciones profesionales deberían organizarse, con el propósito de obtener la personalidad civil y las

garantías legales; no debía impedir, en ningún caso, el espíritu de asociación, porque por ello es por lo que había de vivificar y fortalecer las clases sociales, basada en la solidaridad de los intereses comunes, y regenerarlas en nuestro país, como ha sucedido en las sociedades adelantadas de la vieja Europa.

Después de la promulgación del decreto 1.637 hubo una gran movilización sindical, puesto que las asociaciones y federaciones que ya existían, llamadas después sociedades de resistencia, ya pleiteaban una legislación sobre el asunto, desde por lo menos 1892, cuando tuvo lugar la discusión del Código Civil brasileño.

Según Evaristo de Moraes Filho¹¹, ya en 1912 en el 4º Congreso convocado por las propias clases operarias, participaron un enorme número de organizaciones sindicales – cerca de 57 entidades entre federaciones, uniones, sindicatos, ligas y centros sindicales - como demostración del éxito del decreto-ley. Aún en ese Congreso concluyeron que como programa inicial de la Confederación Brasileña del Trabajo lucharían por: a) reducción de la jornada para 8 horas; b) descanso semanal remunerado para todas las categorías; c) indemnización a las víctimas de siniestros de trabajo; d) limitación del trabajo de mujeres y niños, regulación del trabajo fabril, prohibición del trabajo fabril a niños menores de 14 años; e) seguro obligatorio para casos de enfermedad o desocupación forzada; y jubilación por edad o invalidez, y f) sustitución del contrato individual por el colectivo.

Por otro lado, Mozart Victor Russomano¹², puntúa que el Decreto no. 1637 facultó la formación de sindicato a todos los trabajadores y así surgirán todos los tipos de sindicatos, pero todos frágiles en poder de presión. Afirma que eran muchas las dificultades enfrentadas por los primeros líderes sindicales. Eran perseguidos por el patronato, por movimientos ideológicos y por el propio Gobierno.

Nos parece que el sistema fue demasiado avanzado para la época porque el Estado, todavía en formación, puesto que Brasil se transformó en país Republicano en 1889, no tenía madurez suficiente para tamaña autonomía de los interlocutores sociales. Por lo que se demuestra, las clases operarias estaban más adelante en búsquedas sociales que el Estado, entretanto ni uno ni otro estaban bastante organizados para la legislación presentada.

¹¹ Ibid., p. 194.

Vale citar la declaración del sociólogo jurídico Joaquim Oliveira Pimenta que decía:

“Organizar um sindicato, por mais pacíficos que fossem os intuitos de seus promotores... era motivo de ser despedido, boicotado e, se a dispensa do empregado provocava protestos ou reação pela greve, a interferência do Estado imediatamente se fazia valer detendo os ousados, dispensando ajuntamentos a pata de cavalo, forçando os mais tímidos a voltarem ao trabalho”.¹³

No se puede dejar de mencionar que existía una corriente fuerte en el sindicalismo, el “anarco-sindicalismo” que influenció las luchas y conquistas desde 1890 desapareciendo aproximadamente por 1920¹⁴.

Ese movimiento era promovido por los inmigrantes, principalmente italianos, que formaban la gran masa operaria cualificada y semicualificada de la época en las grandes ciudades como São Paulo y Rio de Janeiro. Esos trabajadores que ya traían de sus países de origen sus ideologías y cultura reivindicativa, formaran un ambiente bastante propicio al movimiento sindical, dejando impresa su huella en la defensa política de una sociedad sin Gobierno intervencionista, sin leyes, constituida por federaciones de trabajadores.

Con ese telón de fondo, explotaron muchas huelgas en las ciudades más desarrolladas. Según la obra del maestro Amauri Mascaro¹⁵, el 12 de junio de 1917 se manifestó la mayor huelga de aquellos tiempos. Empezó en una fábrica en São Paulo, protestando contra los salarios. Muchos otros trabajadores se unieron a la causa y se juntaron 20.000 trabajadores, paralizando los trenes, la luz, el comercio y las industrias de São Paulo, durante un mes de huelga.

La huelga llegó a 13 ciudades del Estado de São Paulo, y solamente 1 mes y 3 días después de iniciada, fueron concedidos los beneficios a los obreros, principalmente el aumento salarial, garantía de los empleos a los huelguistas, disposiciones legales sobre el trabajo infantil y el derecho de reunión obedecida el orden pública.

¹² ROSSOMANO, Mozart Victor, 2000, op. cit., p. 31.

¹³ OLIVEIRA, Joaquim Pimenta. Sociología Jurídica del trabajo. São Paulo, 1944, p. 116-117. In: ROSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 32.

¹⁴ MARAN, Shelton Leisle. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo, 2001, p. 77.

¹⁵ *Ibid.*, p. 80.

Así, percíbase que el derecho sindical brasileño se inició con un sistema de libertad; en la formación de sus estructuras, y por las conquistas en las condiciones de trabajo por parte de esos movimientos.

1.1.1.3 - 1919 – Fin de la Primera Guerra Mundial – Tratado de Versalles

Con el fin de la primera guerra mundial, Brasil también se vio obligado a firmar el Tratado de Versalles, que entre otros asuntos regulaba la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Empezó así una nueva fase de desarrollo social. La OIT y sus convenciones hacían que el Estado fuera más intervencionista, y regulase condiciones de trabajo básicas. En paralelo también hubo un gran crecimiento industrial, creando una masa de proletariado, principalmente en Rio de Janeiro y São Paulo, en la cual empezaron a brotar la lucha de clases. Hubo una huelga programada para el día en que el representante brasileño fuera a firmar el Tratado de Paz, como demostración de insatisfacción de los trabajadores brasileños con relación a las condiciones de trabajo.

Finalmente explotaron las huelgas en los principales centros brasileños, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Salvador. El movimiento fue se alargando y recorriendo toda las principales categorías ordenadas en sindicatos industriales o comerciales, como también los transportes, la limpieza y la comunicación. La principal huelga duró muchos días hasta que llegaron a un acuerdo en las fabricas de hilos y telas, estableciendo principalmente ocho horas de trabajo en todas las fábricas; garantía de los salarios a pesar de la reducción. Además de esa victoria, en Bahía también se promulgó la Ley 1.309 fijando 8 horas de trabajo para los trabajadores de industrias u oficinas pertenecientes al Estado. También en Pernambuco el movimiento fue victorioso. Nunca se vio en Brasil tantas noticias de huelga como en aquellos tiempos. Los periódicos en los meses de junio y julio de 1919 estaban llenos de anuncios de paradas de trabajadores y el ejército siempre estaba a punto para una posible intervención. Había amenazas de parada total, lo que fue dejando la vida de las ciudades muy alteradas, pues hubo violencias, prisiones, invasiones de sedes sindicales, heridos y muertos. En consecuencia, había un elemento de desorden en la tranquilidad social.

Paralelamente a esas huelgas, el Congreso Nacional recibió del Presidente de la República un comunicado de que en virtud del Tratado de Paz las concesiones al Trabajo

exigían una legislación interna adecuada y práctica, que se firmara en bases sólidas, respetadas las peculiaridades de nuestro medio económico-social, con amparo en el Tratado de Versalles en sus disposiciones sobre organización del trabajo. Fue la primera manifestación de un Presidente de la República incentivando a los parlamentarios a suplir la falta de legislación laboral.

Así, en 1923, siguiendo la orientación del Tratado de Versalles el Gobierno creó el Consejo Nacional del Trabajo por el decreto 16.027 para funcionar como órgano consultivo de los Poderes Públicos en asuntos atinentes a la organización del trabajo y de la seguridad social. Ese órgano tenía la tarea, además, de estudiar los temas pertinentes y de hacer un programa laboral.

Desde entonces se empezó a crear la legislación laboral, principalmente cuanto a la seguridad social de las categorías más organizadas y las vacaciones sin descuentos salariales¹⁶

Ese período histórico de 1919 a 1930 fue trazado por una buena evolución en el Derecho Laboral, tanto por conquistas de categorías como por nuevas leyes.

La firma del Tratado de Versalles también hizo con que el Derecho del Trabajo Brasileño diera algunos pasos a la evolución. Así, quien dice que el movimiento sindical no existía antes de 1930 y empezó con Getulio Vargas, estudió muy superficialmente la historia, o se dejó influenciar por la dictadura impuesta por tal estadista en el período de 1937 a 1945, según vamos estudiar más adelante.

1.1.1.4 – El Gobierno y la Unicidad Sindical – 1930-1988

En ese período histórico, toda la libertad sindical hasta ahora estudiada fue fuertemente herida por el Poder Ejecutivo principalmente con el Gobierno de Getulio Vargas y la imposición del sindicato único por categoría y base territorial.

¹⁶ Ley Eloy Chaves – no. 4.682/1923 sobre caja de pensiones para los trabajadores de ferrocarriles; Ley 5.109/1926 y decretos 17.940 y 17.941/1927 sobre caja de pensiones para marítimos y portuarios; Ley 4.982/1925 facultaba a empleados y operarios de establecimientos comerciales, industriales, bancarios y periodistas 15 días de vacaciones anuales sin descuentos salariales, regulada después por el decreto 17.496/1926; decreto 5.485 – sobre seguros enfermedad y muerte al personal no contratado de las empresas radiotelegráficas y telegráficas; decreto 5.492 regulaba la organización de trabajadores de diversiones y alquiler de servicios teatrales.

Según Amauri Mascaro, en principio la unidad tenía como fundamento la integración de fuerzas entre Estado y sociedad para evitar los conflictos de clases laborales. Decía este autor que en ese sistema, sindicatos, federaciones y confederaciones eran como escalones de una escalera que terminaban en la corporación. Con esa medida, procuró el Estado tener en sus manos el control de la economía nacional para desarrollar mejor sus programas de política económica y de trabajo. Para ese fin, juzgó imprescindible evitar la lucha de clases; así mantuvo la integración de las fuerzas productivas. Estaban mejor los trabajadores, empresarios y profesionales autónomos, en una unidad monolítica, que en grupos fraccionados y con posibilidades estructurales conflictivas.¹⁷ Pues, para el Estado de la época (década de 30) el interés colectivo tenía varias esferas y dimensiones, confundándose a veces, pero no siempre con los intereses de una categoría. Entretanto, el Gobierno prefería mantener las movilizaciones colectivas dentro del monoteísmo de una única asociación, porque era más fácil controlar la negociación.

Como estudiamos, a principios del siglo pasado, la acción sindical era bastante liberal y eso sirvió de base para que los operarios enfrentaran el patronato, habiendo una gran conciencia social-anarquista, proveniente principalmente de los inmigrantes europeos que traían en la sangre su índole reivindicatoria.

Después de ese acontecimiento, los próximos Gobiernos fueron disminuyendo la libertad sindical, e imponiendo el intervencionismo estatal. Sin embargo, fue con Getulio Vargas, con el que se perpetró la ideología del Estado intervencionista.

Así, preliminarmente, encontramos dos hipótesis posibles para la creación y el mantenimiento de la unidad sindical en Brasil hasta los días actuales. La primera hipótesis es la teoría del miedo. Con el miedo de que se promoviera una gran revolución de operarios y que se paralizara la producción, buscaron una copia del régimen fascista italiano, como manera de no permitir que muchas asociaciones de clase pensasen y se organizaran contra el Estado. La segunda hipótesis es la teoría de la cohesión, defendida por los autores de las leyes intervencionistas. Determina que los sindicatos en su pluralidad no tenían fuerza para ayudar a su clase, y además los sindicatos pequeños eran perseguidos por los patrones y por el Estado, solamente con la unión de toda la categoría se podría desarrollar el Derecho del

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 2001, op. cit., p. 88.

Trabajo y observar las condiciones de los trabajadores de cada clase. Pero, todavía vamos estudiar con más detenimiento la unidad sindical brasileña en los temas siguientes.

a) DECRETO N. 19.770/1931

Así, todo el freno de la pluralidad sindical empezó por el Decreto 19.770 del 19.3.1931. Tal decreto, que creara el Ministerio del Trabajo, marcó el inicio de la organización sindical actual.

Estableció el decreto 19.770 la unidad sindical que, a pesar de traer también algunos cambios en la estructura colectiva, tenía su principal espíritu en la unidad sindical. Fue el artículo 9º de esa ley que dispuso sobre la unidad. Tal artículo decía que si reunida una clase y asociada en dos o más sindicatos, sería reconocido el que reuniera 2/3 de la misma clase y, si esto no se verificara, el que reuniera el mayor número de afiliados, o sea, solamente se reconocía un sindicato. En su párrafo único, disponía, todavía, que ante la hipótesis de que preexistiesen una o más asociaciones de la misma clase, y eligieran adoptar la forma sindical, en los términos de este decreto, se haría el reconocimiento de acuerdo con la fórmula establecida en este artículo.

Tan fuerte era el espíritu anti-sindical del decreto que su artículo 12, par. 2º establecía el pago por el empleado de una indemnización correspondiente a seis salarios cuando el empresario dimitiese por actuación sindical.¹⁸

Uno de los autores juristas laboristas de la época, defendiendo la unidad sindical, decía que coherentemente con el presupuesto de que el sindicato era el único órgano representativo de la profesión, y tomada esta como unidad social, congregando, sin distinción los credos religiosos o políticos, la masa de los que trabajaban en un determinado campo de la economía, establecía el principio de la unidad sindical. Es decir, para que las profesiones idénticas, similares o conexas se armonizaran solamente se debería admitir, un sindicato en cada clase.¹⁹

Este autor, respetable sociólogo e uno de los redactores de la ley, consideró:

¹⁸ VIANA, Segadas et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1995, p. 999.

¹⁹ PIMENTA, Joaquim Oliveira. *Direito Sindical Brasileiro*. In: MORAES FILHO, Evaristo, 1978, op. cit., p. 225.

“O decreto 19770, se bem que tivesse sido uma lei de experiência, que o momento, ainda tumultuoso, reclamava; se defeitos tinha, não eram estes de molde a justificar a crítica com que foi veementemente alvejado: de uns, que o consideravam uma cópia facista italiana; de outros, um modelo que se inspirava na ideologia comunista. Nem uma coisa, nem outra. Fora, ao contrário, elaborado tendo-se em conta a situação das classes trabalhadoras no Brasil; os obstáculos que se antepunham à sua organização e a uma política social que fosse a expressão de interesses que teriam de ser ritmados por um regime legal que resultasse de uma aproximação dessas classes com o Poder; mas, de modo que essa aproximação se fizesse mediante um compromisso, por parte do Estado, de reconhecer no sindicato, mais do que uma simples sociedade civil, um órgão necessário ao equilíbrio da ordem jurídica na economia nacional.”

Este sociólogo político, redactor de la ley, describe las razones intrínsecas por las que se llegó a la unidad sindical, y por eso vale la pena transportar para esta tesis su comentario:

“As razões de ordem histórica ressaltavam do exame que se fizesse do movimento sindical em todos os países onde prevalecesse, na formação dos grupos profissionais, o critério da multiplicidade, isto é, de quantos sindicatos se constituíssem dentro de uma determinada profissão. Cada sindicato organizava-se, então, como qualquer sociedade civil, inscrevendo nos seus estatutos ou adotando na sua tática uma política de classe ou antes, de clan, manifestamente hostil ou impermeável a todo entendimento com o adversário, patronal ou proletariado. Tais sindicatos não defendiam propriamente a profissão, defendiam os seus interesses imediatos; ou antes, a profissão só existia através desses interesses, que se colocavam acima ou em campo oposto a quantos fossem congêneres, mas que não estivessem sob o patrocínio do mesmo sistema ideológico, ou à sombra de uma bandeira que tivesse a mesma cor.

Em razão disto, ao invés de resultar do movimento sindical uma coordenação de esforços e de aspirações em torno de uma causa comum, o que sempre ocorria era uma dispersão de reivindicações, que logo se quebrava de encontro a tendências e competições as mais antagônicas. Em vão, insistia-se, nos meios sindicais, por uma comunidade de pensamento e de ação que pusesse termo ao fracionamento da mesma classe em pequeninos núcleos isolados, estranhos, se não adversos, dentro da mesma profissão. Tal comunidade só se considerava realizável, excluindo toda preocupação doutrinária ou ideológica, para predominar o espírito profissional. Só este é que poderia nutrir e fortalecer o sentimento de solidariedade, na e pela profissão, porque este não tinha credo religioso, filosófico ou político, que ateasse lutas estéreis, se não nefastas aos próprios contendores.²⁰

Así, según ese sociólogo, la unidad fue una tentativa de búsqueda del predominio del espíritu sindical y no simplemente una copia del modelo italiano; fue un intento del Estado en hacer con que los pequeños sindicatos no expresaran sus facciones ideológicas sectarias o

²⁰ PIMENTA, Joaquim Oliveira. *Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho*. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, p. 192.

facciosas, sino que prevaleciera solamente la solidaridad del espíritu sindical apoyado en apenas un agrupamiento. El pensamiento de los que idealizaron la ley fue que la única solución para la representatividad sindical era el sindicato único, representando la profesión, como un órgano exclusivo; pues para ellos jamás sería posible una cooperación eficiente entre múltiples sindicatos y el Gobierno, porque desde que cada grupo se fragmentara en varios sindicatos, cuando mucho, representarían cada cual sus intereses y no los intereses integrales de toda comunidad profesional. Entiende aún el autor que cada grupo tendría una orientación ideológica al margen, sino divergente del modo como entendería el Estado la solución de tal o cual problema, cuya naturaleza, de orden laboral, no dejaría de reflexionarse sobre otros intrínsecamente subordinados a conveniencia del orden pública.²¹

Oliveira Vianna fue otro autor que se volvió contra el pluralismo cuando afirmó que el hecho de coexistir varios sindicatos de la misma clase social o profesión es una fuente permanente de luchas, litigios, mal entendimientos y conflictos. Dijo también que en las organizaciones corporativistas que adoptan el principio de los sindicatos múltiples, existe la formación de un ambiente moral completamente refractario de los grandes objetivos de colaboración y armonía visados por la acción católica. La multiplicidad de una misma clase, coexistiendo dentro de una misma región, localidad o distrito, en vez de ser una causa de desarrollo y armonía de clases, es el factor de luchas, de anarquía, de enflaquecimiento. El principio de libre asociación es una bella cosa; mas la experiencia muestra que, entendido de una manera muy genérica y tolerante, es antes un mal que un bien.²²

Parece claro que los sindicatos eran concebidos como órganos de colaboración con el Gobierno, conforme se desprendía del artículo 5º de la ley “(...) *os sindicatos que sejam reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio serão considerados, pela colaboração dos seus representantes ou pelos representantes das suas federações e respectiva Confederação, órgãos consultivos e técnicos, no estudo e solução, pelo Governo Federal, dos problemas que, econômica e socialmente, se relacionarem com os seus interesses de classe*”. La misma regla fue repetida en lo art. 6ª, citados por el profesor José Francisco Siqueira Neto, en su obra sobre Libertad sindical.²³

²¹ Ibid., p. 195.

²² VIANNA, Oliveira. *Organização sindical*. In: MORAES FILHO, 1978, op. cit., p. 229-230.

²³SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 307.

Vale resaltar que con esa legislación los sindicatos podrían constituir Federaciones, siempre que se aglutinasen en un número no inferior a tres. Las Federaciones, en número mínimo de cinco podrían constituir una Confederación Nacional.

b) CONSTITUCIÓN DE 1934

Pese la ideología de los autores de la época, cuando fue promulgada la Constitución de 1934, a contra sensu, e influenciada por la iglesia católica, se estableció una pluralidad sindical.

Sin embargo, la pluralidad era falsa en la medida que el decreto 24.694 de 12 de julio de 1934, que regularizó la posibilidad de formación sindical, dejó grandes obstáculos para la formación del segundo sindicato. El sistema limitaba el pluralismo a tres sindicatos de cada categoría, entretanto había necesidad que cada sindicato poseyera 1/3 de representatividad de los trabajadores de la categoría en la misma área territorial. Así, era bastante complicado el mecanismo para que existiera el segundo sindicato, y casi imposible el tercero, que se acabó restringiéndose a solamente uno.

En esta análisis, nos parece que tal abrupta transformación se explica con las consideraciones del sociólogo Joaquim Pimenta, donde afirma que el punto de mayor debate del decreto 19.770 fue la prohibición de cualquiera propaganda o discusión en el seno de las organizaciones sindicales sobre asuntos de naturaleza religiosa, filosóficos o políticos. Tanto en los medios conservadores como en los avanzados tal medida era rechazada por suprimir la libertad de expresión, y al mismo tiempo consideraban que era un plan preconcebido para convertir los sindicatos en instrumentos dóciles en las manos del Gobierno.

En concreto, según el mismo autor, la intención era favorecer la formación de una mentalidad sindical que colocaría los intereses profesionales por encima o equidistantes de inclinaciones de preferencias por tales o cuales sistemas o escuelas.²⁴

El gran jurista brasileño Arnaldo Sussekind, en su obra, “Curso de Direito do Trabalho” explica que la Constitución de 1934 determinó que la ley debería establecer condiciones de trabajo teniendo en vista la protección social del trabajador y los intereses económicos del país; observando, como mínimo, la lista constante en el artículo 121. Ese

²⁴ PIMENTA, Joaquim Oliveira, 1953, op. cit., p. 192.

elevó a nivel constitucional algunos derechos recurrentes de leyes del Gobierno Provisorio y además incluyó el salario mínimo y la indemnización por despedida arbitraria. Al disponer sobre los sindicatos, la ley tendría que garantizar la pluralidad sindical y la completa autonomía de los sindicatos (art. 120). Creó la Justicia del Trabajo fuera del Poder Judicial, pero la ley que la reglamentaba solamente fue aprobada en el régimen dictatorial del Estatuto Fundamental de 1937.

De ese modo, continúa el mismo autor explicando que era interesante señalar el hecho de que cuatro días antes de la promulgación de la Constitución de 1934, Getúlio Vargas firmó el Decreto Legislativo n. 24.694, visando adaptar la legislación sindical a la Constitución sobre pluralidad sindical. Todavía, para evitar la excesiva división de las profesiones o de las categorías, exigió el mínimo de 1/3 de trabajadores del grupo representativo para constituir un nuevo sindicato de empleados y de cinco empresas o diez socios individuales para la formación patronal. Así, por vía de consecuencia se mantuvo en la práctica la unidad de representación sindical.²⁵

c) CONSTITUCIÓN DE 1937

Sin embargo, tal sistema duró muy poco, puesto que en la Constitución Federal impuesta por un golpe de Estado de Getúlio Vargas en 1937²⁶, retornó al sistema del decreto 19.770, (unidad sindical) copiando literalmente el sistema legislativo fascista italiano.

Getulio Vargas, en el apagar de las luces depuso el Gobierno, y el 10 de noviembre de 1937, por la radio comunicó que Brasil poseía una nueva Constitución, estando revocada la Constitución de 1934.

En relación a la materia sindical la nueva Constitución en su artículo 138 presentaba una copia casi idéntica de la “Carta del Lavoro” italiana demostrando de manera inequívoca la intención del Gobierno:

²⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 38.

²⁶ Vargas, que estaba en el Poder desde 1930, antes de las elecciones de 1938, dio un golpe ordenando el cerco al Congreso Nacional y determinando su cierre, haciendo un pronunciamiento donde anunciaba la promulgación de una nueva Constitución que sustituía a la de 1934. Tal Constitución ya estaba siendo elaborada hacia algún tiempo por su colaborador Francisco Campos e inspirada en la Constitución autoritaria de Polonia, por eso esta fue conocida como "A Polaca".

“A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público”.

Eso en español se traduce: “la asociación profesional o sindical es libre. Solamente, entretanto, el sindicato regularmente reconocido por el Estado tiene el derecho a la representación legal de los que participen de la categoría de producción para la que fue constituido, y de defenderle los derechos frente al Estado y las otras asociaciones profesionales, estipular contratos colectivos de trabajo obligatorios para todos sus asociados, imponerles contribuciones y ejercer en relación a ellos funciones delegadas del poder público”²⁷

La única diferencia de la legislación italiana copiada y la brasileña citada, refiérese a los contratos colectivos, pues el sistema italiano representaba a todos los de la categoría, en el brasileño, apenas a los asociados.

Sin embargo, según el Magistrado José Carlos Arouca, el sindicato único no fue idealizado por Mussolini, pues Lenin, en la Unión Soviética ya lo había aplicado amparado en la tesis de “Maxime Leroy”, expuesta en el libro de 1912 y también los movimientos sindicales franceses apoyaban el sindicato único (en principios del siglo XX) como la mejor política a ser erguida en la defensa de los intereses profesionales. Sin embargo, es sabido que no fue aplicado en Francia.²⁸

Por todo ello, se instauró el completo Estado intervencionista, siendo que solamente el sindicato reconocido por el Estado sobreviviría, expresando la intención totalitaria del Gobierno.

Como quería Joaquim Oliveira Pimenta, el sindicato se convirtió en el único órgano de representación legal de las actividades económicas y profesionales, vinculadas por las relaciones colectivas o sociales de trabajo. Según este autor, la intención era que representara los intereses de la clase e integrara los intereses de la comunión nacional. Para él, la

²⁷ La “carta del lavoro” disponía literalmente el mismo en su declaración III: “L’organizzazione sindacale o professionale è libera. Ma solo il sindacato legalmente riconosciuto e sottoposto al controllo dello Stato, ha il diritto di rappresentare legalmente tutta la categoria di datori di lavoro o di lavoratori, per cui è costituito, di tutelarne, di fronte allo Stato e alle altre associazioni professionali, gli interessi, di stipulare contratti collettivi di lavoro obbligatori per tutti gli appartenenti alla categoria, di imporre loro contributi e di esercitare rispetto ad essi, funzioni delegati di interesse pubblico”. – la única diferencia en la traducción, es a los poderes de representación dados a los sindicatos en la elaboración de las convenciones colectivas.

²⁸ AROUCA, José Carlos, 1998, op. cit., p. 104.

representación debería ser sin particularidades de escuela; sin personalidad, como es la profesión, equidistante de ideologías sectarias, siempre irritantes, sino, por su exagerado extremismo, perniciosas al individuo y a la colectividad.²⁹

Solamente en el año de 1939 el Decreto Ley 1402 reguló la sindicalización en el Estado y completó la Carta Magna.

Mencionando a nuestro maestro Amauri Mascaro³⁰, la nueva ley que reglamentó la Constitución impuesta, hizo una distinción entre asociaciones y sindicatos, permitió la pluralidad de asociaciones, pero solamente consideró como sindicato las asociaciones que obtuvieron reconocimiento del Estado. Al mismo tiempo, vació las principales atribuciones de las asociaciones, dando a los sindicatos prerrogativas para representar la categoría, celebrar convenios colectivos e instaurar pleitos colectivos. Además, prohibió la huelga, considerando la misma recurso nocivo a la economía y perjudicial a los intereses de la Nación.

En el marco de estos acontecimientos, principalmente por la consideraciones de Joaquim Oliveira Pimenta, percíbase que el Estado preparó la estructura sindical para que fuera un punto de cooperación, deseando con eso que trabajadores y Estado vivieran en equilibrio, pues para ellos no les interesaba una confrontación de varias ideologías sindicales que pudieran chocar con los intereses estatales y consecuentemente generar desequilibrio de fuerzas vitales para la economía nacional.

Sirve de síntesis del asunto hasta ahora estudiado las consideraciones de Marcos Abílio Domingues, en su obra “*Introdução ao Direito Coletivo do Trabalho*”³¹ donde comenta sobre el tema de la imposición del sistema de unidad sindical, entrando también en otros detalles importantes. El mismo autor dice que con la proliferación de huelgas y acciones reivindicatorias en 1930 – con el Gobierno Getulio Vargas y la creación del Ministerio del Trabajo y Empleo, Industria y Comercio – empezó en Brasil la estructura de una legislación sindical orientada para la integración del trabajador en la empresa. Instituyeron el sindicato único, la prohibición de sindicalización en el servicio público, prohibición de afiliación a las entidades internacionales y adopción de la necesidad de autorización del Estado para el funcionamiento. En 1934 la Constitución Federal previó el pluralismo sindical, todavía la

²⁹ PIMENTA, Joaquim, 1953, op. cit., p. 196.

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 2001a, op. cit. p. 88.

³¹ DOMINGUES, Marcos Abílio. *Introdução ao Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo:, Ltr, 2000, p. 15.

intención no prospera, pues la CF del 1937 instaura el corporativismo, por el que el sindicato es el órgano que ejerce función pública delegada del Estado. Eso culmina con la prohibición de huelga.

Desde el punto de vista del profesor João José Sady, el sindicato tendría un límite geográfico, dentro del cual podría representar una categoría predeterminada por el Estado. Para obtener tal representación, los interesados deberían pedir al Estado un acto de constitución denominado carta sindical. Las entidades así formadas, eran autarquías atípicas, costeadas por los aranceles sindicales, siendo que su finalidad y límites eran trazadas en la ley.³²

Enlazando tal posición encontramos a Siqueira Neto. Este autor determina que para asegurar la unidad, entretanto, era fundamental establecer los puntos de referencia sobre los cuales la unidad debería operar. En este contexto surgió la necesidad de promover el encuadramiento sindical y la definición de la base territorial. Así, siguiendo su línea de raciocinio, la unidad, el encuadramiento sindical y la base territorial eran instrumentos de la intervención del Estado en los sindicatos ligados y dependientes, pues aislados perdían el sentido o la importancia.³³

d) CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – 1943 Y OTRAS CONSTITUCIONES

Por fin, en 1943 se unieron todas las leyes del trabajo y se promulgó la “Consolidação das Leis do Trabalho”, que reservó el “Título V” solamente para la Organización Sindical. Su artículo 516, todavía en vigor, determina que no sería reconocido más de un sindicato representativo de la misma categoría económica o profesional, o profesión autónoma, en una misma base territorial. Así, la “CLT”, como es conocida, incorporó el decreto-ley n. 1.402 de

³² SADY, João José. *Curso de Direito Sindical*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 42.

³³ Entra el autor en detalles sobre el encuadramiento, considerando: “Enquadramento sindical – em que pese a arrogância fascista nacional tentando atribuir ao mesmo um caráter “científico” que nenhum dos fascistas italianos levou a sério – era a moldura de encaixe definida pelo Estado para ajustar os agrupamentos de acordo com o tipo de profissão e atividade econômica e dar-lhes uma feição sindical. Para isto, entretanto, era preciso dividir os blocos de enquadramento por “categorias”. Assim, aliava-se a necessidade prática de expressão do autoritarismo com a base fundamentalista do fascismo de inexistência de classes sociais, e apareciam as categorias profissionais (trabalhadores) e econômica (empregadores), dignas representantes da produção nacional. A pesar de tudo, o critério de enquadramento era mesmo político”. SIQUEIRA NETO, José Francisco, 2000, op. cit., p. 318.

1939, sobre organización sindical; el decreto-ley 2381 de 1940 sobre encuadramiento sindical y el decreto-ley 2.377 de 1940 sobre la contribución sindical.

A continuación, la Constitución de 1946 declaró que era libre la asociación profesional, pero dejó para las leyes ordinarias la reglamentación de la organización social. La Constitución de 1967 dejará también a la ley la forma sindical, no regulándola como la totalitaria de 1937³⁴.

e) MOVIMIENTO SINDICAL Y CONSTITUCIÓN DE 1988

A finales de la década de 70, después del Gobierno de Juscelino Kubitschek, que fue responsable por el gran incentivo al crecimiento industrial, surgió un fuerte movimiento sindical en la pujante zona industrial de São Paulo. El famoso movimiento que tuvo como uno de sus principales líderes al famoso “Luis Inácio Lula da Silva”, que después ascendió a Presidente de la República, fue decisivo para una apertura sindical de menos intervencionismo y la creación de fuertes centrales sindicales. A través de huelgas, manifestaciones y protestas, se crearon nuevas estructuras sindicales y nuevos líderes.

Al margen de esos acontecimientos, nació la CUT (Central Única dos Trabalhadores), la CGT (Central Geral dos Trabalhadores) y la “Força Sindical”, las tres principales Centrales Sindicales que consiguieron avanzar mucho en libertad sindical y condiciones de trabajo, ayudando a los sindicatos de los trabajadores en las negociaciones de los Convenios Colectivos.

Russonamo al comentar sobre las Centrales Sindicales, pondera:

“A criação e a atuação dessas super confederações é, mais uma vez a prova de que continua válida a antiga constatação de que, muitas vezes, os fatos se rebelam contra as normas jurídicas e, nessa rebelião, vencem-nas, jogando-as à penumbra do desuso. Muito mais relevante, porém, é a circunstância de que as referidas centrais sindicais passaram a atuar, em todo o país, com força, energia, combatividade, de modo a que na sua esfera, exclusivamente nela, passou a existir um sindicalismo efetivo e brilhante”.

Como respuesta a las conquistas del nuevo movimiento sindical, la actual Constitución fue promulgada sin el sistema fuertemente intervencionista del 1937, dejando la asociación

³⁴ VIANAS, Segadas et al, 1995, op. cit., p.1000.

profesional libre para su creación, solamente con la necesidad de depositar sus estatutos en el órgano competente.

Pese a la existencia de tamaña libertad, la unidad sindical fue preservada y expresada literalmente en la legislación Constitucional.

La Constitución de 1988 en su artículo 8º dispone:

“É livre a associação profissional ou sindical, observando o seguinte:
I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressaltando o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;
II – É vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;”

Así, el texto de la Constitución contemporánea una vez más repite la falsa expresión de que es libre la asociación profesional, entretanto en su apartado “II” determina que está vedada la creación de más de un sindicato en cualquier grado, representativo de la categoría profesional o económica, en la misma base territorial que será definida por los trabajadores o empleadores interesados, no pudiendo ser inferior al área del Municipio.

Dejó la Carta Magna la clara intención del Gobierno de mantener la unidad sindical, que viene al encuentro de sus intereses de no haber complicaciones laborales. Por fortuna las Centrales Sindicales, a pesar de la falta de legislación para regularlas, se fortalecieron y tienen poder de expresión frente al Gobierno y los órganos internacionales.

Una vez más, el notable jurista Victor Mozart Russomano hace un buen resumen de la historia diciendo:

“Em síntese, o Decreto no. 19.770/31, colocando o sindicato a serviço do Estado, em um regime de unidade, cravou um marco inicial, que a Constituição Federal de 1934 procurou anular, dentro de seu espírito liberal, com a adoção das teses de pluralidade e da autonomia”. Continúa el mismo autor: “A Carta ditatorial de 37, porém, vinculou, outra vez, o sindicato ao Governo, retornou à fórmula unicista e essa situação foi mantida, um tanto por indiferença dos constituintes, outro tanto pela inércia do legislador ordinário, que não usou as alternativas que os sucessivos textos básicos lhe propiciavam, antes do advento da Constituição de 1988”.³⁵

³⁵ ROSSOMANO, Mozart Victor, 2000, op. cit., p. 33.

Con ese telón de fondo, percíbase que los autores que acompañaron la historia sindical creen que Brasil está preparado para la pluralidad sindical, entretanto en el Congreso Nacional la influencia del sindicalismo oficial contra la pluralidad tiene bastante fuerza y hace que la unidad y la contribución sindical permanezcan, pues ellos reciben sus pagos de la contribución obligatoria y no del pago directo de los afiliados.

Ericson Crivelli³⁶, haciendo un análisis político, observa que tal sistema habiendo adquirido sus contornos definitivos en el período autoritario del Estado Nuevo (Getulio Vargas-1937), pudo convivir con el sistema pluripartidario que medió en la redemocratización del 1946 y el golpe militar en 1964, y todavía convivió con el sistema político autoritario militar. El mismo modelo asistió el resurgimiento de las movilizaciones operarias en 1978, en la región industrial de São Paulo (ABC), pasando por la reforma de la nueva y actual constitución de 1988.

Así, aún reconocida la libertad sindical, actualmente hay el predominio de una democracia sindical limitada, pues, el hecho de que solamente pueda haber un sindicato en cada Municipio limita fuertemente la autonomía sindical generando que todavía exista intervención estatal, puesto que cabe al Estado, por el Poder Ejecutivo o Judicial, si es provocado, controlar que el sindicato sea único en cada Municipio. Así, el antagonismo de la disposición es visible, pues el artículo 8º de la Constitución Brasileña empieza diciendo que es libre la asociación profesional o sindical, entretanto en sus apartados limita y viola la libertad dejando impetrada la unidad sindical.

Resumidamente, lo que hay en Brasil actualmente es una democracia sindical limitada en la autonomía para formación de asociaciones, o que deja que el sindicato sea monoteísta y represente muchas veces mal a los trabajadores de la base territorial, sin que los mismos puedan protestar, pues el sistema es legal, pero rígido.

Con ese telón de fondo podemos concluir que la historia nos demostró un Estado poco maduro para el Derecho Colectivo del Trabajo. Un Estado débil y con miedo de represalias de los trabajadores, con ejemplos en las década de 1910 a 1920, aglutinó todos los intereses de los trabajadores en apenas un sindicato por Municipio, y con ello, hizo que los sindicatos cooperasen con el Estado y no que luchasen contra él. Eso hacía que el Gobierno pudiera

³⁶ CRIVELLI, Ericson, *Democracia Sindical no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 14.

trabajar sin intervención de trabajadores bien representados. Luego, la influencia de los sindicatos únicos, que temían perder su monoteísmo y la contribución sindical obligatoria, trabó las recientes posibilidades de transformación del sistema, que solamente tuvo alguna expresión después de la creación de las centrales sindicales.

Consideramos también la intención de los legisladores de la época de que la unidad podría aglutinar los frágiles intereses de los trabajadores, separados en muchos sindicatos sin fuerza. Entretanto, tal discurso nos parece muy incipiente. Claramente, la intención mayor era movilizar el sindicato para que trabajara enlazado con los intereses del Estado.

En esa misma línea, tampoco podemos terminar este punto sin expresar la importante posición del profesor Russomano que defiende tanto la unidad como la pluralidad en los puntos positivos y negativos.

El ilustre profesor comenta que sobre el punto de vista teórico, la unidad sindical es seductora. El sindicato único, exclusivo y económicamente fuerte, asume una enorme importancia en la vida de la sociedad, y, por ello, puede conquistar mayores ventajas para sus asociados y representados. No existiendo sindicatos disidentes la clase no se dividirá, el sindicato se reforzará por la inexistencia de recortes entre operarios y empleadores.

Sin embargo para este autor, la unidad sindical también asume sus males, al comenzar por la restricción de la libertad sindical. Además, el derecho de los trabajadores de elegir el sindicato se restringe a ingresar o no, pues solamente hay un único sindicato y al trabajador no le cabe otra opción. También, el sindicato puede tender hacia ideologías políticas partidarias, y normalmente tiende y depende demasiado a ellas.

Igualmente interesante son las puntuaciones del mismo autor refiriéndose a la pluralidad sindical. Para él, está resguardada la idea democrática de libertad, pues no debemos tener únicamente la facultad de reunirnos con nuestros semejantes. Debemos, además, utilizar la facultad de elegir, entre nuestros semejantes, aquellos que estén en mayor consonancia con nuestras ideologías. De manera que innegablemente sería mucho mayor el campo de acción y deliberación individual siempre que empleados y empleadores pudieran asociarse a otros empleados y empleadores de misma ideología en el sindicato existente, o incluso, fundar, en la misma base territorial, sindicatos nuevos, que representen la misma categoría.

Para él, tanto la unidad como la pluralidad pueden tener sus riesgos. Siempre que vanidades, heridas o ambiciones insatisfechas generen incompatibilidades entre los líderes de los sindicatos ya existentes, comenzarían a surgir muchos sindicatos en la misma localidad, con enflaquecimiento del poder general de las respectivas categorías profesionales o económicas. De ese modo, llevada al extremo, la pluralidad sindical perjudica el fin último del sindicato, que es el fortalecimiento de las clases, especialmente de las clases operarias.

Por fin puntúa que se la legislación supiera separar sabiamente esos peligros naturales de pluralidad, estaría puesto a salvo el libre ejercicio del derecho de asociación. Como cada sindicato, reconocidamente, posee determinado contenido ideológico, es justo que cada uno pueda afiliarse a la entidad que, de hecho, encarna su ideal. Por mayores que sean los maleficios de la pluralidad en la unión y cohesión del proletariado, ella – al contrario de lo que pasa en el régimen de unidad sindical – deja intacto el derecho de asociación, siendo así, más democrática.³⁷

Para finalizar tal punto e dejar expresada la opinión de quien participó de casi todos los intentos, tanto legislativos como doctrinarios, (a pesar de que no defendamos totalmente sus posiciones), buscamos las palabras del profesor Arnaldo Sussekind:

“Nós, tal como os demais integrantes da comissão elaborada do projeto da CLT, já defendemos o monopólio de representação sindical, à época imposto pela Carta Política de 1937. Justificamos, assim, que GETÚLIO VARGAS o tenha adotado visando a evitar o fracionamento dos sindicatos e o conseqüente enfraquecimento das respectivas representações, numa época em que a falta de espírito sindical dificultava a formação de organismos sindicais e filiação de trabalhadores aos mesmos. Afinal, esse espírito resulta das concentrações operárias, que dependem do desenvolvimento industrial. Daí por que, hoje, defendemos a liberdade de constituição de sindicatos, embora reconhecendo que o ideal seja a unidade de representação decorrente da conscientização dos grupos de trabalhadores ou de empresários interligados por uma atividade comum. Outrossim, as centrais sindicais brasileiras, de diferentes matizes filosóficos, criaram uma realidade, que não pode ser desprezada, justificadora da pluralidade sindical.

Não será fácil, porém, a emenda do art. 8º. da Constituição de 1988, pelo Congresso Nacional. Para EDUARDO GABRIEL SAAD, o nosso País já reúne as condições essenciais justificadoras dessa alteração de profundas e extensas repercussões. Mas como adverte, “as diferenças de desenvolvimento cultural, social e econômico entre as diversas regiões do Brasil são mais profundas que entre os países do Velho Continente. Devido à vida mais longa

³⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Manual Prático de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Jose Kofino, 1966.

do sindicato único no Brasil, é natural que os múltiplos interesses de líderes patronais e de empregados estejam intensamente articulados com atual ordem sindical”³⁸

Se hace necesario presentar que la posición de que el pluralismo enflaquecía el sindicato, y que Getulio Vargas buscó en la unidad el fortalecimiento de las clases trabajadoras; como estudiamos con Sussekind, no termina de convencer porque no existe ninguna demostración en la historia de que estos hechos sean verdaderos. Por otro lado todas las demás citaciones de Arnaldo Sussekind en este estudio las consideramos como aplicables y positivas.

f) EL PRECEDENTE NORMATIVO 677 Y EL MI 144 del STF

En este repaso histórico no podíamos dejar fuera la influencia de los juzgados, principalmente de la más alta corte, el Supremo Tribunal Federal.

También en el Supremo Tribunal Federal el modelo de unidad fue reforzada por el Precedente 677 del Supremo Tribunal Federal de 13/10/2003 que define: *até que a lei venha dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unidade.*

Aquí hace falta hacer un paréntesis para explicar la interferencia del Poder Ejecutivo en la vida sindical, principalmente en el registro de las entidades. Está claro que el precedente judicial 677 del STF tras forzar la unidad sindical, validando el intervencionismo del Estado directamente a través del Poder Ejecutivo (Ministerio de Trabajo) deja el rastro de un poder de policía frente a los sindicatos, pues en su traducción literal el precedente preconiza que “hasta que la ley venga disponer al respecto, cabe al Ministerio de Trabajo proceder el registro de las entidades sindicales y cuidar por la observancia del principio de la unidad”.

En contrapunto al precedente citado, en pleito de “Mandado de Injunção” 144, donde fue Relator el Ministro Sepúlveda Pertence el pleno del Supremo Tribunal Federal en brillante sentencia decidió que la función de salvaguardia de la unidad sindical lleva a detener “si et in quantum”, la competencia para el registro de las entidades sindicales en el Ministerio del

³⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 529-530, que ademais cita o Suplemento trabalhista LTr., São Paulo, n. 3, 2000, p. 13.

Trabajo, dueño del acervo de las informaciones imprescindibles y del desarrollo de los sindicatos.

Sin embargo, es comprensible el temor de que la viciosa costumbre de los tiempos pasados vuelva a persistir, en la tentativa consciente o no, de hacer la competencia para el acto formal y vinculado con el registro, pretexto para la supervivencia del control ministerial asfixiante a las organizaciones sindicales. Así, en cuanto no optase el legislador por una legislación nueva de registro sindical, cualquier óbice por el Ministerio de Trabajo a la posibilidad del Sindicato de registrarse (que no sean las formales) deberá ser considerado como una ilegalidad y un abuso de poder, incluso la omisión o el retardamiento indebido de la autoridad competente³⁹.

Concluyese, así, con el estudio del MI 144, que además es bastante citado por estudiosos del derecho sindical, que la necesidad de registrar el sindicato en el Ministerio de Trabajo es solamente un acto formal y vinculado, para que se cumpla los requisitos de formalidad y nada más. En regla general si fue caminando en el sentido de que no es del Poder Ejecutivo la competencia para decidir sobre impugnaciones del registro, cabiendo en este caso, al Poder Judicial resolver la cuestión siempre que instigado a eso. Sin embargo, si el pleito llega al Poder Judicial, el pedido de registro queda en suspenso hasta que la demanda se resuelva.

1.1.2 – La solución del profesor Russomano

Expresivos juristas se posicionan en defensa de la multiplicidad de sindicatos, para que no quedara comprometida la libertad sindical y la libertad individual. La unidad, como ideal, sería conquistada por la concienciación de los trabajadores, sin que fuera impuesta por ley.

Así, nos pareció interesante la solución encontrada por el profesor Rusomano en su libro “Manual Prático de Direito do Trabalho”⁴⁰ y por eso le damos cierto destaque.

³⁹ STF – MI: 144 SP, Redator: Sepúlveda Pertence, Juzgado: 03/08/1992, TRIBUNAL PLENO, publicación DJ 28-05-1993 – PP-10381 EMENT VOL-01705-01 PP 00013 RTJ VOL-00147-03 PP-00868).

⁴⁰ ROSSOMANO, Mozart Victor, 2000, op. cit., p. 44.

Este profesor, después de discurrir sobre los puntos positivos y negativos de la unidad y pluralidad sindical, se pregunta a sí mismo, ¿Dónde está la solución ideal? Y responde que, por más paradoja que parezca su afirmativa, la mejor solución es el sindicato único, como resultado de la pluralidad sindical.

A principio su posición nos pareció bastante rara, sin embargo después de analizada con minucia, la verdad es que parece razonable.

Defiende él que es tan amplio el derecho de asociación que los individuos deben tener la facultad de fundar solamente un sindicato, dentro del régimen de pluralidad sindical. El sindicato disidente no es necesario para que se asegure la libertad de asociación, lo indispensable es que exista la posibilidad de fundación del sindicato disidente.

El ideal de sindicalismo, por un lado, es el sindicato fuerte, cohesionado, armónico – es decir, el sindicato único. Por otro lado, ese ideal debería tener en su punto de mira asegurar la expansión plena de la libertad humana de asociación.

De esa forma, la pluralidad llega a su perfección en el momento en que los individuos abren, espontáneamente, mano de su derecho de crear sindicatos disidentes, reuniéndose en torno de una sola agremiación de clase.

Sin embargo, si la existencia del sindicato único resulta de la imposición inapelable del Estado, el fenómeno pasa a ser producto artificial de laboratorio: el sindicato se transformará en un órgano oficializado, frío, sin vida, sin palpitaciones - siendo que él debe ser manifestación de la realidad social. Impuesto y controlado por la autoridad pública, el sindicato único es la negación de la propia libertad sindical. Elegido, libremente por los interesados, en el régimen de pluralidad, el sindicato único es el escalón más alto del sindicalismo contemporáneo, al que sólo se puede llegar a través de una sensible elevación de los índices de cultura de nuestros empleados y de nuestros empleadores.

Esa fue la idea expuesta por Mozart Victor Russomano en el año de 1966, y que nos impresionó con la capacidad de utilizar dos institutos paralelos y unirlos trayendo una solución armónica y que respeta tanto a la democracia como a la autonomía sindical.

Sin embargo, como no fue la solución aplicada en Brasil, y no se sabe de ningún Estado que la tenga aplicado, no se puede decir si en la práctica sería posible la existencia de sindicatos disidentes dentro de la realidad del sindicato único.

1.1.3 – Principio de Unicidad Sindical

Como ya estudiamos, el principio de la unidad sindical se basa en la prohibición de formación de más de un sindicato de una misma categoría, similar o conexas en la circunscripción de un Municipio. La base mínima sindical es el Municipio y no puede haber sindicatos que representen los mismos trabajadores o empresas en la misma área territorial.

El apartado “II” del artículo 8º de la Constitución es taxativo en vedar la creación de más de una organización sindical, en cualquiera grado, representativa de categoría profesional o económica, en la misma base territorial. Así, solamente con la reforma constitucional sería posible la implantación de otro sistema.⁴¹

El magistrado Mauricio Godinho Delgado, explica que la unidad corresponde a la previsión normativa obligatoria de existencia de un único sindicato representativo, sea por la empresa, sea por la profesión, sea por la categoría profesional. Trátase de la definición legal imperativa del tipo de sindicato posible de organización en la sociedad, vedándose la existencia de las entidades sindicales concurrentes o de otros tipos sindicales. En síntesis, es el sistema del sindicato único, con el monopolio de representación sindical de los sujetos laborales.⁴²

El sindicato de trabajadores está denominado como de categoría profesional, y el sindicato de empresa está denominado como categoría económica. El decreto-ley 1.402, en su artículo 54 presenta un cuadro de actividades y profesiones – el encuadramiento sindical - que funciona como un plan de fondo oficial de agrupamiento de las categorías profesionales y económicas del país.⁴³. Aunque actualmente no se considera el cuadro como taxativo, por mucho tiempo se limitó las categorías profesionales allí descritas. (Anexo II).

⁴¹ AROUCA, José Carlos, 1998, op. cit., p. 100.

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 66-67.

⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 2001c, op. cit., p. 89.

En concreto, hay dos limitaciones, la primera es el Municipio como base mínima; la segunda es que solamente puede haber un sindicato de trabajadores y un sindicato de empleadores de una misma categoría, estando prohibida cualquiera organización repetida.

Sergio Pinto Martins, en su obra “Direito do Trabalho” refuerza nuestra posición anterior y explica que en el sistema brasileño no hay la posibilidad de la creación de más de una organización sindical en cualquiera grado, incluyendo las Federaciones y Confederaciones representativas de categoría profesional o económica, en la misma base territorial que no podrá ser inferior a el área de un Municipio. Así, la Ley Mayor establece que la unidad envuelve la base territorial, impidiendo la existencia de variados sindicatos de una misma categoría, incluso de sindicatos de la empresa. Limita la unidad sindical, el derecho de libertad sindical, siendo producto artificial del sistema legal vigente. No deja de ser una forma de control, por medio del Estado, del sindicato y de la clase trabajadora, evitando que esta haga reivindicaciones o huelgas.⁴⁴

Vale explicar que el mismo sindicato único reúne trabajadores de la misma categoría y también de categorías similares y conexas. Categorías similares son las actividades que tienen similitud, como los hoteles y restaurantes. Conexas son las categorías que no siendo semejantes, se complementan por hacer parte de una misma realidad laboral, como en la construcción civil; el albañil, el pintor, el electricista, etc.

Además de los sindicatos, está permitida la reunión de muchos sindicatos en una Federación a nivel de Estado-miembro, y muchas Federaciones en una Confederación a nivel nacional.

Las cifras presentadas por el IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) en el periódico “*Jornal da Tarde*”, en 2002, y todavía no hay estudios más novedosos, decían que el número de sindicatos en Brasil creció 43% en diez años, entretanto los números de afiliados, en proporción de trabajadores económicamente activos, cayó en 5,2%.⁴⁵ Y la verdad

⁴⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 632.

⁴⁵ Noticia del periódico *Jornal da Tarde* de 2 de octubre de 2002 - “O número de sindicatos no País cresceu 43% em dez anos, de 1991 a 2001, como revela a Pesquisa Sindical 2001, divulgada hoje pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Apesar disso, a taxa de sindicalização dos trabalhadores brasileiros no período diminuiu 5,2% em relação à População Economicamente Ativa (empregados e pessoas em busca de emprego). Já em números absolutos, a quantidade de sindicalizados aumentou 27,3%, passando de 15,2 milhões em 1990 para 19,6 milhões em 2001. Também em relação apenas ao pessoal ocupado houve ligeiro crescimento (0,8%) da taxa de sindicalização. A baixa representatividade da maioria dos 11.354 sindicatos de trabalhadores existentes em 2001(em 1991 eram 7.612) fica evidente, contudo, na constatação de que apenas 29% deles têm mais de mil associados.

que continúa igual en los días actuales, los sindicatos se forman sin cualquiera estructura y sin mucho interés en defender los trabajadores, más bien interesados en cobrar las contribuciones obligatorias, y los trabajadores, al no sentir la representatividad efectiva, no se afilian a ellos, lo que torna la vida sindical mucho más fácil también. Es un círculo vicioso que solamente la pluralidad sindical tendría la capacidad de cortar.

Con este telón de fondo, es evidente que el sistema no agrada a los trabajadores, pues no sienten diferencia entre estar o no afiliados al sindicato. El sindicato negocia por toda la categoría, independiente de representar o no todos los trabajadores allí abarcados. Funciona más bien como una representación política, por ejemplo.

1.1.4 – Mecanismos de Representatividad

En Brasil no existe un sistema de representatividad sindical porque por el mecanismo establecido el sindicato no necesita ser representativo. Lo que existe es el sistema de la Representación Legal. Es decir, por este sistema la Representación ya está puesta por el Estado, no hay que probar ser representativo, sino que hay solamente que ser el sindicato único de una base territorial no inferior al Municipio.

Lo cierto es que la Constitución brasileña tiene una incompatibilidad con la libertad sindical por la manutención de la representación sindical y el régimen de la unidad sindical. Por lo tanto, no se puede hablar de representatividad sindical propiamente dicha, sino que de representación. El régimen de la unidad sindical no deja espacio para discutir la noción de

A Pesquisa Sindical do IBGE mostra que 62% dos sindicatos de trabalhadores não são filiados a nenhuma central, embora a proporção de filiados tenha aumentado um pouco em dez anos, passando de 30% (1991) para 38% (2001). Do total de filiados, 66% são vinculados à Central Única dos Trabalhadores (CUT), 19% à Força Sindical, 7% à Social Democracia Sindical (SDS), 6% à Central Geral de Trabalhadores (CGT) e 2% à Central Autônoma dos Trabalhadores (CAT).

Pela primeira vez a pesquisa do IBGE perguntou aos sindicatos sobre a existência de greves em sua base de representação. O resultado foi um índice baixo de paralisações: apenas 19% dos sindicatos de empregados urbanos admitiu o conhecimento de greves em suas categorias. Nos sindicatos de trabalhadores rurais este porcentual cai para 5% e nos sindicatos dos trabalhadores avulsos não passa de 4%.

No que se refere a negociações com empregadores, os resultados mostram que não houve mudanças em relação a 1991: 50% dos sindicatos informaram ter negociado durante os dois anos em que foi realizada a pesquisa. Mas 21% dos sindicatos que negociaram em nome da categoria não possuíam registro no Ministério do Trabalho.

Entre os sindicatos que mais reduziram sua base social, no que se refere a grupos profissionais, estão os de empregados na indústria e os de empresas de crédito, principalmente bancários. Segundo a pesquisa, isto é resultado direto da inovação tecnológica e administrativa nos dois setores.

A taxa de crescimento dos sindicatos de trabalhadores na indústria e nas empresas de crédito foram bem inferiores ao crescimento total, com 15% e 12%, respectivamente. Já os servidores públicos tiveram uma elevadíssima taxa de crescimento, de 180%, decorrente, segundo o estudo, do fato de ser uma categoria cuja legitimação sindical é recente, autorizada a partir da Constituição de 1988.”

representatividad, concepto vinculado a los sistemas democráticos que prestigian la libertad sindical en todas sus dimensiones.

Solamente para dar el contrapunto citamos el sociólogo Leoncio Martins Rodrigues⁴⁶ donde en un artículo titulado “O Sindicato Corporativo no Brasil” observa este fenómeno cuestionando si la pluralidad no ablandaría el movimiento sindical. Pero ya más adelante señala él que en la medida que los líderes sindicales rechazan la libertad de organización, por el temor que ella conduzca a la pluralidad, siempre habrá necesidad de la tutela del intervencionismo del Estado, porque es justamente la voluntad del Estado la que garantiza la unidad y el monopolio de la representación.

Volviendo al eje inicial, la distinción entre la representación sindical y la representatividad no es solamente terminológica. Son conceptos que no se mezclan. El límite entre representatividad y representación es una relación de calidad de la función o con el poder. La representatividad exprime una calidad necesaria para la actuación de una función. Según Jean Maurice Verdier, la representatividad es una autorización para que los más aptos representen. Es un título de legitimidad y de autenticidad de la representación sindical.⁴⁷

Siguiendo por esta línea, la libertad sindical está íntimamente ligada a la representatividad de los sindicatos. En las lecciones de Cassio Mesquita Barros, esta es una condición necesaria a la realización de la libertad sindical. Trabajadores y empleados deben ser representados auténticamente por las organizaciones sindicales que deben realmente promover sus intereses.⁴⁸

La propia OIT deja claro que la representatividad solamente puede adquirir relevancia en un sistema de libertad sindical. En sentido contrario, la existencia de un régimen de sindicalización obligatoria excluye, por definición, los problemas jurídicos de la representatividad: el sindicato oficial y único tiene atribuida por ley la representación exclusiva de todo el colectivo de la categoría profesional, no hay, así, competencia con otras organizaciones y tampoco hay que distinguir entre ellas.⁴⁹ Pues, este es el modelo brasileño

⁴⁶ RODRIGUES, Leônio Martins. *O Sindicato Corporativo no Brasil: Ensaio de Sociologia Política*. São Paulo: Ática, 1990, p. 72.

⁴⁷VERDIER, Jean Maurice. Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions). *Droit Social*, Paris, n. 1, p. 7, janv., 1991.

⁴⁸BARROS, Cássio Mesquita. *A liberdade sindical: tipos de representatividade*. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). op. cit., p. 317.

⁴⁹GARCIA MURCIA, Joaquín, op. cit., p. 64.

desde la presencia dictatorial del Estado hasta hoy, la unidad como gran óbice de la libertad sindical.

Con este telón de fondo, claro está que no existen mecanismos de representatividad en Brasil, ni tampoco libertad sindical. Para que se constituya un sindicato hace falta apenas que sea el único y que tenga el registro de sus estatutos en el órgano competente, que según la “Instrução Normativa” no. 1 de 17 de julio de 1997 (en su época), deberían ser entregados al Ministerio de Trabajo, en la persona de su Secretario de Relaciones Laborales. Además, la “Instrução Normativa no. 1” de 10 de febrero de 1999, determinó que para el pedido de registro del sindicato sería apenas necesario enviar al Secretario de Relaciones Laborales tales documentos: el manifiesto de convocatoria de los miembros de la categoría para la asamblea general de fundación de la entidad, publicado en el periódico de gran circulación en el Estado miembro y también en el periódico de gran circulación del municipio o región de la pretendida base territorial, como en el Diario Oficial de la Unión o del Estado.

La Portaria n. 326/2013 que fue el avance de las Portarías 376/2000 y la 186/2008 del Ministerio del Trabajo y Empleo, revocó la Instrucción Normativa no. 1 de 1997, ampliando la lista de documentos que deben ser presentados, entre ellos, el manifiesto citado en el párrafo anterior; el acta de asamblea general inicial; copia del estatuto social; aprobado en la asamblea general que deberá contener los elementos identificadores de la representación pretendida, en especial a) la categoría o categorías representadas; b) la base territorial; y por fin, c) recibo del pago al Ministerio de Trabajo y Empleo relativo al montante a los costes de publicaciones en el Diario Oficial.

En cuanto a la afiliación de los trabajadores, según el artículo 8º de la Constitución Federal, la asociación profesional es libre, no pudiendo el Estado meterse a regular sus índices de afiliación, ni sus estructuras. Sin embargo uno de los pagos para el sindicato es compulsorio para toda categoría, afiliados o no.

Vale volver un poco a la historia de la representatividad para explicar cómo se generó el sistema actual. Anteriormente a la Constitución Federal de 1988 el Estado preveía en ley ordinaria la necesidad de que tanto la asociación de empresa como la de empleados poseyeran

1/3 de representatividade para que se reconociera como sindicato, esta reglamentación estaba prevista en el artículo 515 de la CLT, en su línea “a”.⁵⁰

Hay algunos importantes autores, como el saudoso Valentin Carrion⁵¹ que consideraba que el citado artículo 515 de la CLT fue revocado por la Constitución en su artículo 8º, pues según este autor todas las normas que posean exigencia para reconocimiento o funcionamiento de la asociaciones o sindicatos están revocadas tácitamente por la carta magna.

En la misma línea está el magistrado Sergio Pinto Martins, que considera el artículo 515 de la CLT, y su párrafo único fue revocado por la Constitución, puesto que no se puede exigir el reconocimiento del sindicato por el Ministerio de Trabajo.⁵²

También Campanhole⁵³, de manera más extensiva considera que toda la Sección II (“Do Reconhecimento e investidura sindical”), o sea los artículos 515 a 521 fueron derrocados por la Constitución Federal.

Por otra parte, Irany Ferrari et al, en su CLT anotada, no la ponen como revocada, manteniendo su contenido en la ley.⁵⁴

Eduardo Gabriel Saad, en CLT comentada, tampoco se refiere a la revocación del artículo 515 de la CLT, al contrario, defiende que no está revocada tal disposición. Al mencionar la línea “a” del artículo 515, declara:

*“O primeiro deles serve para avaliar o grau de representatividade da associação profissional empenhada em converter-se num sindicato. Um terço de empresas, de empregados ou de profissionais liberais deve ter a associação, no mínimo, em seu quadro social. A que a lei garante. Destarte, entendemos que não é ofensiva ao disposto no art. 8º. da Constituição a exigência de um terço como pré-requisito a constituição de um sindicato”*⁵⁵

⁵⁰ Art. 515. As associações profissionais deverão satisfazer os seguintes requisitos para serem reconhecidas como sindicatos:

a) reunião de um terço, no mínimo, de empresas legalmente constituídas, sob a forma individual ou de sociedade, se se tratar de associação de empregadores; ou de um terço dos que integrem a mesma categoria ou exerçam a mesma profissão liberal, se se tratar de associação de empregados ou de trabalhadores ou agentes autônomos ou de profissão liberal;

b) (...)

⁵¹ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 515.

⁵² Martins, Sergio Pinto, *Comentários à CLT*, Atlas, São Paulo, 1999, p. 532

⁵³ CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Complementar*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 73.

⁵⁴ FERRARY, Irani et al. *CLT*. São Paulo: LTr, 2002, p. 71.

⁵⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 2002, p. 370.

Sin embargo hoy la mayor parte de la doctrina, donde nosotros nos ubicamos, considera que el artículo 515 de la CLT tuvo su eficacia limitada puesto que no fue recepcionado por la Constitución de 1988, que veta cualquiera intervención para creación del sindicato.

El Magistrado Mauricio Godinho explica tal duda colocando su doctrina en el sentido de que los artículos que claramente traducen incuestionable intervención administrativa del Estado en la organización sindical están revocados tácitamente por la Constitución. Es lo que pasa con los diversos preceptos de la CLT que regulan el reconocimiento y la investidura sindical, con sus ritos y actos propios, como lo es el artículo 515 de la CLT.⁵⁶

Sin embargo, vale la reflexión. ¿Si el quórum de la representatividad mínima es realmente un obstáculo a la libertad sindical en Brasil, porque este mismo quórum forma parte de muchos sistemas de representación sindical europeos que poseen libertad sindical y además tienen ratificado la Convención 87 de la OIT? A lo mejor, la pregunta correcta es: ¿Hay en Brasil una real libertad sindical, como la describe la CF?

1.1.5 – Grados de Representación

En el sistema brasileño los grados de representación de los trabajadores son primeramente el sindicato, después la Federación y por último la Confederación.

Como explica el profesor Mozart Russomano, Brasil política y administrativamente se divide en tres camadas superpuestas, a saber, de abajo hacia arriba, el Municipio, el Estado-miembro y la Unión. Son grados sucesivos, son órbitas en que gravitan intereses locales, que cada vez se van generalizando, a punto de formar el interés común, el interés colectivo, el interés de la Patria. Con la organización sindical pasa lo mismo. Empieza por el Municipio, pasa por el Estado-miembro y termina en la Unión, que es el límite máximo de su rayo de actividad.⁵⁷

⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho, 2002, op. cit., p. 72.

⁵⁷ROSSOMANO, Victor, 1966, op. cit., p. 15-17.

Los sindicatos son los que representan la categoría de manera más cercana, puesto que son los que están en el “suelo de la fábrica”, como ya se ha explicado, su base mínima es el Municipio.

La Federación es la agrupación de varios sindicatos de la misma categoría, similares o conexos dentro de un “Estado-miembro”. En Brasil los “Estados-miembros” son como si fuesen provincias.

Para que exista una Federación hace falta la reunión de por lo menos 5 sindicatos de un mismo grupo de actividad o profesiones idénticas, similares o conexas, como considera el artículo 534 de la CLT.

Cuando en determinada región no existe algún sindicato de determinada categoría, las Federaciones podrán hacer el papel sindical, negociando colectivamente para la región debilitada e incluso promoviendo pleitos colectivos.

La Confederación es la representación de las Federaciones de una misma categoría, similares o conexas, en la Capital de la República, es la representación nacional de la categoría.

Según el artículo 535 de la CLT, para que exista una Confederación es necesaria la inscripción de tres Federaciones de una misma categoría, similares o conexas.

Sin embargo el Prof. Mozart Victor Russomano abre el abanico de posibilidades de existencia de sindicatos de la intersección de estos conceptos. Para él pueden existir categorías profesionales o económicas de más de un Municipio, de todo el Estado, de muchos Estados, o mismo de toda la Federación Brasileña. En consecuencia, es posible la formación de sindicatos intermunicipales, estatales, inter estatales y nacionales. Además, cuando la categoría sea muy escasa en determinada localidad, tórnase posible que se incluya en el sindicato del Municipio vecino o en el sindicato del Estado Miembro.⁵⁸

1.1.6 – Actuación de las Centrales Sindicales y su Legalidad

⁵⁸ Ibid., p.17.

No se puede terminar este tema sin hablar del papel de las centrales sindicales en Brasil. Las centrales sindicales son una fuerte aliada en la formación del sindicalismo brasileño contemporáneo. Formadas en la década de 1980, abrieron la puerta para el sindicalismo en la era democrática, además con la salida de los militares del poder, en 1985. Fueron la voz de los trabajadores que por mucho tiempo no pudieron expresarse y que encontraron en las centrales sindicales un amparo para sus pleitos laborales reprimidos.

Las centrales no integran el sistema sindical como un todo. En Brasil el sistema legalizado por la Constitución Federal es el confederativo, como bien afirma el artículo 8º, IV de la Constitución Federal.⁵⁹ El sistema confederativo tiene como base tres niveles de negociación. El nivel sindical (normalmente con base territorial del municipio), el nivel de federación (base de Estado miembro) y el de confederación (base nacional). Hoy, tras una nueva ley que vamos a estudiar (ley 11.648/2008) las Centrales fueron formalizadas y tienen legalidad para actuar como interlocutores sociales, no para firmar directamente los convenios o acuerdos colectivos negociados, pero sí para negociarlos.

Actualmente, las Centrales son consideradas organizaciones de cumbre o cúpula pues son supra categorías, es decir, están por encima de las confederaciones, federaciones y sindicatos de trabajadores. Y no se integran en el sistema confederativo.

Es necesario volver a la historia para conformar todo el panorama de este tema.

Las Centrales Sindicales al principio no estaban reglamentadas por ley, pues se formaron dentro de los clamores de las clases y de los partidos políticos al inicio de la década de 1980 con la CUT, que fue la primera central de Brasil. El ambiente político hostil, el fenómeno de la inflación y el estancamiento de la economía han comulgado en la necesidad de una lucha efectiva y constante para la recomposición de las pérdidas salariales y demás derechos de los trabajadores. Esta lucha no hubiera existido sin una central sindical, todavía incipiente, pero que ya coordinaba los esfuerzos de las entidades sindicales de primero grado.

⁵⁹ Artigo 8º. da Constituição Federal: É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
... IV – a assembléa geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

Así, las Centrales adherirán no solamente a los trabajadores, sino también a las entidades de primero grado, segundo e tercero posicionándose así por organizaciones ínter o supra categorías, como estudiamos.

Como muy bien puntúa el reputado profesor Amauri Mascaro, las centrales sindicales son organizaciones conexas al sistema confederativo por su naturaleza, atribuciones y finalidades. Son asociaciones de categoría superior, pero su embrión se forma en la estructura social que las soporta⁶⁰.

Con su evidente importancia en la vida sindical del país, en 2008 las Centrales Sindicales ganaron reconocimiento legal en la ley 11.648/2008.

Fueron reconocidas como entidades de derecho privado colectivo, entre ellas las más importantes – CUT, Força Sindical e CGT – ganaron en este momento la importancia del legislador, sin embargo ya tenían su importancia muy marcada frente a las huellas históricas que dejaron desde la década de 1980.

Ahora, ya con la ley de reglamentación, para que se puedan intitularse centrales sindicales las entidades deben superar algunas trabas: a) hay necesidad mínima de 100 sindicatos afiliados a la central, distribuidos por las cinco regiones del país; b) necesidad de afiliación en por lo menos tres regiones del país de, como mínimo, 20 sindicatos en cada una; c) necesidad de afiliación a sindicatos como mínimo de cinco sectores de actividades económicas y d) necesidad de afiliación a sindicatos que representen, como mínimo, 7% de todos los trabajadores sindicalizados en ámbito nacional.

1.2. REPRESENTATIVIDAD SINDICAL EN ESPAÑA

En España existe un sistema sindical de pluralismo. En este país pueden fundarse sindicatos sin tener que respetar la existencia de otros o una base territorial mínima municipal, como sucede en Brasil.

Pero, el fenómeno de la libertad sindical con criterios de representatividad es relativamente reciente en España. Como en toda Europa la etapa de la libertad sindical se

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 6. ed. São Paulo: Ltr., 2008, p. 34.

firmó principalmente tras la Convención 87 y 88 de la OIT, y en España tras la dictadura franquista.

La Constitución Española actual, de 1978, se refiere al derecho de libertad sindical en los artículos 7 y 28.1⁶¹ en donde se garantiza a los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales el imperativo de que su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y a la Ley, con la precisión de que su estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos.⁶²

A su vez, la Ley Orgánica de Libertad Sindical fue introducida en 1985⁶³ con la necesidad de regular lo dispuesto por las Convenciones 87 y 98 de la OIT, así como regular la libertad sindical establecida por la Constitución del país.

La citada Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985 bajo el epígrafe “De la representatividad sindical”, reguló y todavía regula el concepto de sindicato más representativo y la capacidad representativa de éstos, pues, no todos los sindicatos tienen legitimidad para negociar.

Esta ley, que es el principal tono de libertad y pluralismo sindical en España y que se estudiará más detenidamente en el siguiente capítulo, delimita el concepto de sindicato más representativo en base al criterio de la audiencia del sindicato, medida por los resultados electorales en los órganos de representación unitaria en los centros de trabajo. Estos criterios han sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional, que lo admitió como “reserva del legislador”.

⁶¹ Art. 7 Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos. Art. 28 1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

⁶² Exposición de motivos de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, BOE-A-1985-16660.

⁶³ Con modificaciones publicadas en 20/05/1994, 23/05/1994 y la última actualización fue publicada el 2/07/2011.

El criterio de representatividad sindical español, exige, en regla general, un mínimo de audiencia: el 10 por 100 a nivel estatal y el 15 por 100 a nivel de ámbito autonómico, introduciendo, en ese ámbito, un mínimo de 1.500 representantes.

Sin embargo, hay una nueva línea de la doctrina que cuestiona la mayor representatividad sindical, proponiendo la sustitución de la medición del criterio de audiencia electoral sobre el número de representantes obtenidos para pasar a computar la audiencia sobre el número de votos.

A su vez, la fuerza de la libertad sindical en España goza también de protección en la legislación penal. En el artículo 315, 1 y 2 del Código Penal la ley establece que serán castigados con penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical. Aumentando la pena hasta tres años si tales conductas se llevaran a cabo con coacciones.

De esa manera, es claro que la legislación española garantiza la libertad sindical en el eje del sistema del Derecho Colectivo del Trabajo, prevaleciendo la autonomía de los trabajadores en la fundación de nuevos sindicatos, así como su autonomía para afiliarse a ellos o no.

Con esta breve introducción solamente para ubicarnos en el pluralismo de la representatividad española contemporánea, pasamos ahora a realizar un repaso histórico, para comprender como España llegó a mejor madurez sindical que Brasil.

1.2.1. Evolución de la Pluralidad Sindical en España – Repaso Histórico

Se hace necesario un estudio de la historia de la Negociación Colectiva Española, para que se comprenda como se llegó a una legislación con puntos de equilibrio en un sistema de pluralidad sindical de posible manejo entre los interlocutores sociales.

Teniendo en consideración que España está bajo la influencia del Continente Europeo y se ha influenciado por algunos acontecimientos laborales del entorno, para este estudio, es importante mencionar las transformaciones Europeas que influyeron directamente en el tema en cuestión.

Sin embargo, no se pretende, en este breve repaso histórico, analizar todos los cambios económicos y sociales ocurridos desde el nacimiento de la negociación colectiva hasta los días de hoy en España. En realidad, se trata de apuntar las principales modificaciones, buscando justificaciones socio políticas para comprender el origen del pluralismo.

Es sabido que el factor primordial del nacimiento del sindicalismo fue el de compensar con la unión de personas, la debilidad del trabajador individualizado, frente al poder de quien ostenta los medios de producción, permitiendo un equilibrio de fuerzas entre los sujetos de la relación laboral.

La historia sindical comienza con el Estado Liberal capitalista y el liberalismo económico. Son puntos importantes en ese momento: la implantación de la libertad de contratación o libre disponibilidad de la fuerza de trabajo; la implantación del Estado burgués, el desarrollo capitalista, y por fin la Revolución Burguesa, donde se liberaron los obstáculos feudales que se opusieron al desarrollo de las relaciones de producción capitalistas en una determinada formación social y se implantaron en ella el Estado burgués y la sociedad burguesa.⁶⁴

Para mejor comprensión es importante recordar que la Revolución Burguesa fue el proceso histórico a través del cual la burguesía se convierte en clase social dominante, capaz por ello de imponer a las demás clases sociales sus productos ideológicos y culturales, sancionando de este modo el orden económico capitalista y la propiedad privada sobre la propiedad feudal. El paradigma histórico del proceso es, desde luego, la Revolución francesa de 1789, en el que la burguesía revolucionaria protagoniza un modelo violento de acceso al dominio político.

Así, fruto de la Revolución Burguesa, el liberalismo se relaciona directamente con la noción de libertad, pues surge como contrapunto del privilegio conferido a cualquier clase social por virtud del nacimiento o la creencia. El liberalismo político rechaza toda instancia o realidad institucional intermediada entre la persona y el Estado soberano.⁶⁵

⁶⁴ SALIDO BANÚS, José Luis. Negociación Colectiva en España. *Estudios Financieros*, Barcelona, n. 313, p. 66, 2000.

El liberalismo económico, a su vez, prescribe la abstención del Estado en la actividad económica, que se entiende regida por leyes específicas, equiparables a las físicas o naturales, que trabajan al margen de la voluntad del hombre, como la ley de la oferta y de la demanda en un mercado libre.⁶⁶

En los inicios del sistema capitalista, donde el trabajo prestado en régimen de ajenidad, dependencia y libertad, constituye la diferencia del sistema, surgió la Revolución Industrial, realizándose el cambio del hombre por la máquina, y la línea de producción en gran escala.

En ese momento se inicia un gran éxodo del campo a las ciudades, pero la industrialización capitalista hubo de depararse con trascendentales consecuencias sociales, principalmente del gran desequilibrio entre la demanda y la gran oferta de trabajo.

Explica el Prof. Palomeque⁶⁷ que la sustitución del hombre por la máquina originaba un excedente de mano de obra propicio para la explotación. Por un lado, el Estado Liberal no dejaba de proclamar la libertad e igualdad de las partes del contrato de trabajo y por otro, la realidad de explotación se encargaba de vaciar de contenido aquellas formulaciones igualitarias.

Tras la Revolución Industrial y la gran oferta de trabajo, la existencia de una gran masa de trabajadores en condiciones miserables en Europa (proletariados), sin ninguna tutela del Estado, hace nacer el espíritu de unión en los trabajadores y con eso, dentro del sistema de Capitalismo surgen las coaliciones de carácter esporádico, las sociedades de socorros mutuos y de resistencia y, más tarde, los sindicatos, creando, así, una fuerza colectiva opuesta al poder monopolizado de los empresarios.

Debe decirse que España, al principio, se encontró al margen de la Revolución Industrial, por tratarse de un país básicamente agrícola, y, además, como consecuencia de la guerra de la Independencia y el comienzo de la desmembración del antiguo imperio colonial en América. Por todo eso, el arranque de la nueva industria tuvo poca incidencia en las tres primeras décadas del XIX.

⁶⁵ Como consecuencia de esto régimen La Ley Le Chapelier en Francia prohibía en 1791 el restablecimiento de las corporaciones bajo cualquier forma dentro del Estado.

⁶⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos. Derecho del trabajo e ideología. Madrid: Tecnos, 1995, p. 6-7.

El lento arranque industrial de España, parte de la máquina a vapor en 1832 y la industria textil algodonera de Cataluña. Entretanto, cabe decir que incluso con alguna mecanización, España, focalizada en sus problemas políticos y las Guerras acontecidas, no incrementó mucho su industria, y hasta la mitad del siglo XX, sigue siendo un país eminentemente agrícola.⁶⁸

Conforme Ojeda Avilés⁶⁹, en España, durante la primera mitad del siglo XIX, los trabajadores se organizaban paulatinamente, en el camino hacia la apertura social comentada, que se manifestó con la abolición del antiguo régimen absolutista y de los impedimentos gremiales promovida por la Corte de Cádiz, en 1813, que en consecuencia declaró la libertad de la actividad industrial y la dignidad del trabajo y de los trabajadores, con la autorización de las sociedades operarias de socorro mutuo, de 1834.

Según el mismo autor, pasada una gran época de revoluciones entre Reyes, Regente y Presidentes, surgieron como remedios jurídicos las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869 y por fin la de 1876 que vino a permitir el reconocimiento de la libertad de contratación de la mano de obra y supuso la abolición de todo tipo de prestaciones de carácter feudal. Ligado a eso vino a desarrollarse el derecho de asociación y su consecuencia más inmediata, la posibilidad de celebrar pactos colectivos, sin embargo aún con ciertas limitaciones.

Paralelamente a los acontecimientos anteriores se produjeron las primeras manifestaciones de huelgas, las cuáles comenzaron en Cataluña declaradas por los obreros para obtener del gobierno el derecho de asociación, resultando que los catalanes firmaron sus primeros convenios colectivos cerca del año 1854. Después Andalucía y Castilla contemplaron manifestaciones de campesinos en protesta por las condiciones de perder sus bienes en favor de la iglesia y de capitalistas sin escrúpulos.

Con esta serie de eventos, el reconocimiento de la libertad de asociación se dio con la edición del Decreto-ley de 20 de noviembre de 1868, ratificado por las Constituciones de 1869 y 1876, hasta 1887, año en que surgió la ley de Asociaciones, donde se constituyeron las

⁶⁷ Ibid., p. 8

⁶⁸ Ibid., p. 32.

⁶⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos, 1998.

organizaciones sindicales españolas, como cuenta Palomeque López en su obra, “Derecho Sindical”.⁷⁰

Volviendo a la realidad global de Europa, la deplorable condición de las clases trabajadoras resultante de la industrialización capitalista (jornadas de trabajo agotadoras; salarios miserables; ambientes nocivos de trabajo; explotación de menores y mujeres y régimen de “truck” o esclavitud) dio origen a la “cuestión social”, la cual hace surgir la movilización del proletariado, y la necesidad de intervención Estatal.⁷¹

Así, hasta ese momento, el Estado, que envuelto en el liberalismo, se había mantenido ausente, instado por lo que se llamaba “la cuestión o el problema social”, empezó a intervenir, primeramente para evitar perturbaciones de orden público; y después con carácter más concreto de mejoras sociales. Siendo que el aspecto más importante para nuestro estudio, es el crecimiento del corporativismo del Derecho del Trabajo, buscando básicamente análisis y comparación.

Con ese telón de fondo, es válido mencionar que en 1917, España asiste al nacimiento de una legislación racionalizadora, preocupada por los problemas sociales en conexión con los económicos, que consolida el intervencionismo estatal y prepara el establecimiento de un régimen corporativo.

Ante tales transformaciones y después de la primera guerra mundial, el Estado, atento al problema social, demostró su actitud corporativista en la normativa laboral por medio del Real Decreto de 15.03.1919, pues procedió a la creación de comités paritarios; también el Real Decreto de 30.04.1919, en el que se previeron unas Juntas reguladoras de las condiciones de trabajo, de carácter paritario y el Real Decreto de 05.10.1922, en el que se contempla un intento de generalización del régimen paritario.

Pasada la guerra, en la dictadura del General Primo de Rivera (1923-1930), seguida, posteriormente, de la II República, fue promulgado el Código del Trabajo el 23 de agosto de 1926, y el establecimiento de la Organización Corporativista Nacional que se inspiraba en dos principios: el de la intervención del Estado en el problema social y el de la necesidad de organizar la economía.

⁷⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho Sindical Español*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 58.

La Organización Corporativa obstaculizó mucho la fuerza sindical, pues impuso la presencia del Estado en todas las relaciones colectivas. Con la institución de la Organización Corporativa, los sindicatos quedaron rebajados, y consiguientemente, las bases de trabajo, elaboradas por los entes paritarios minimizan la importancia de los convenios colectivos sindicales. La obra de la Dictadura, en su época, en materia de relaciones colectivas de trabajo supuso, pues, el desplazamiento del poder normativo sindical en beneficio del de organismos profesionales de Derecho público, integrados en el aparato de la Administración del Trabajo.

Tamaño era la influencia del Estado, que el Código Penal de 1928 tipificó como crímenes contra el orden público, contra la libertad y la seguridad individual, y contra la propiedad determinadas conductas de auto tutela.⁷²

Así, con el advenimiento de la II República, se produjo en España la creación de un marco legal sobre negociación colectiva, siendo la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 la primera norma que regula, con pretensiones unitarias y globalizadas, la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, su vigencia duró solamente hasta 1938, puesto que la norma fue abolida durante la Guerra Civil, prevaleciendo la intervención estatal.⁷³ En aquellos tiempos el régimen sindicalista quedó monopolizado por el Estado, y la negociación colectiva completamente inoperante.

Terminada la Guerra Civil con la victoria de los Nacionalistas sobre los Republicanos, comienza otro marco histórico de gran importancia, la dictadura del General Francisco Franco. En ese marco, la historia del sindicalismo está marcada por la prohibición total de los derechos colectivos de los trabajadores y el establecimiento de condiciones de trabajo a través de Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales desde 1942.

La evolución de la dictadura, según Méndez Rodríguez⁷⁴, llevó a la instauración de “convenios sindicales” muy poco permisivos, mediante las leyes de 1958 y 1973; sin embargo hay que se resaltar la completa ausencia de libertad sindical, sin derecho de huelga y

⁷¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, 1995, op. cit., p. 9.

⁷² PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, 1994, op. cit., p. 61.

⁷³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cándido. Pasado, presente y futuro del Convenio Colectivo. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, n. 3, p. 37, 1997.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 38.

sometida, en todo caso, al control del Estado a través de la homologación administrativa y los laudos de obligado cumplimiento.

Así, el gobierno de ultra-derecha del General Franco, basado fundamentalmente en la asunción por parte del Estado de la defensa de los intereses de trabajadores y empresarios, y más bien de estos últimos, reguló, a grueso modo, las condiciones de trabajo mediante las Ordenanzas Laborales de sector o de rama, que, según Ojeda Avilés, fueron quedando obsoletas en los aspectos más variables de jornadas y salarios, pero que continuaron siendo un punto de referencia en otras materias más estables, especialmente en sectores donde la negociación colectiva no progresaba, como el sector pesquero y el sector agrario.

Es interesante poner de relieve las interesantes puntuaciones sobre el régimen franquista de relaciones laborales del profesor Valdés Dal-Ré⁷⁵, el cual comenta que en un ambiente minuciosamente regulado por la norma estatal y en el que había zonas enteras dejadas a la soberanía empresarial, la autonomía normativa perdía toda la dignidad.

Por otro lado, el contenido de los acuerdos negociados en aquella época, resultaba ser, en la mayoría de los casos, una mera traducción de derechos ya reconocidos por la norma estatal. Y, continúa Valdés diciendo, la inmunidad del poder de dirección frente a la autonomía colectiva estaba puesta en beneficio empresarial, pues exoneraba al empresario de las negociaciones sobre las condiciones técnico-productivas de la prestación del trabajo o de las condiciones sobre la organización del mismo en sus aspectos productivos.

Además, en la dictadura franquista, distintos mecanismos colaboraban en la tarea de depauperar los contenidos negociados: autorización e interpretación administrativa de los convenios colectivos, y principalmente la eventual declaración de nulidad de las cláusulas atentatorias “a las facultades inherentes a la dirección del empresario”, o que “causaren graves perjuicios a la economía nacional”.⁷⁶

Siguiendo la línea de las consideraciones precedentes, es evidente que el modelo franquista de relaciones laborales colectivas debilitó cualquiera intención de dejar la

⁷⁵ VALDÉS DAL-RÉ, *Fernando. Relaciones Laborales, negociación colectiva y pluralismo social*. Madrid: MTAS, 1996, p. 24.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 25.

negociación colectiva como instrumento básico de ordenaciones de relaciones de trabajo, dejando la libertad sindical al margen de los acontecimientos socio-políticos.

Con la muerte del General Franco en noviembre de 1975, España recupera su condición de Estado democrático. En el año 1977 se ratifica la mayor expresión de la libertad sindical internacional, la Convención 87 e 98 de la OIT en el BO de 13 de abril de 1977⁷⁷, las cuales dejan clara la facultad de la pluralidad sindical para que se respete la Libertad Sindical.

Es interesante mencionar, que el artículo 2º de la Convención 87 determina claramente la pluralidad: *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”*.

Como muy bien puntúa Alonso Olea y la profesora María Emilia Casas Baamonde, España tardó un poco en adherirse al pluralismo sindical debido al régimen franquista y a la intervención del Estado en los sindicatos formados por categoría. Sin embargo, después de la muerte del General Franco, ratificó las convenciones 87 y 98 de la OIT, y también ha ratificó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23.4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8º.1ªa); y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.⁷⁸

Dentro de este marco histórico de transición, se adoptaron normas dirigidas en busca de la democracia jurídico laboral, siendo las más destacables, según Méndez Rodríguez⁷⁹, el RDL 17/1977, de 4 de marzo que legalizó, con ciertas restricciones, el derecho de huelga, modificó la Ley de Convenios Colectivos de 1973 y limitó la potestad normativa de la Administración; y la ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociación Sindical.

Ante tales transformaciones, en 1978 empiezan las modificaciones para la consolidación del sistema político democrático existente hoy en día, cambiando la centralización del poder estatal a la descentralización del poder político. En ese año España aprueba una nueva Constitución donde se fija una concepción del Estado de tipo social y

⁷⁷ Convenio 87 OIT, anexo II.

⁷⁸ ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 602.

democrático, asumiendo una idea de la sociedad y de la distribución del poder en esa sociedad radicalmente opuesta a la de las épocas anteriores, lo que fuerza a redefinir el papel y el cometido de la norma estatal y, en paralelo, el papel y el cometido de la norma colectiva.⁸⁰

La profesora María Emilia Casas Baamonde así puntúa:

“Aquella operación descentralizadora, sin haber quedado aún ultimada, ha consolidado unas estructuras políticas y administrativas y generado una práctica de las relaciones laborales acomodada a las diversidades territoriales. Hecho tan trascendente como el de nuestra incorporación a la hoy Unión Europea, que ha significado la presencia de pleno derecho de España en el escenario internacional y en el mercado único y reforzado el proceso de internacionalización de nuestra economía, ha marcado un camino, sin retorno, por el que ha discurrido nuestro ordenamiento jurídico y, paulatinamente, la acción de los sindicatos y de las asociaciones empresariales.”⁸¹

Es importante resaltar, que en ese momento las intromisiones administrativas más graves para la autonomía colectiva han desaparecido (homologación e interpretación de convenios), como igualmente han desaparecido una serie de injerencias indirectas no menos irreconciliables con la libertad sindical, como las de la existencia de unidades de negociación impuestas o las restricciones a la libertad de contratación.⁸²

Con ese telón de fondo, el concepto del sindicato más representativo, se introduce en el Ordenamiento jurídico español a partir del año 1978, cuando una serie de Decretos otorgan a las centrales mayoritarias el derecho a integrar los órganos rectores de algunos entes públicos de carácter socioeconómico.

Sin embargo, a pesar del nuevo Estatuto de los Trabajadores de 1980, todavía existían los resquicios de la dictadura, con 151 Ordenanzas Laborales en vigor. Por tanto, la originaria Disposición Transitoria 2ª del Estatuto de los Trabajadores se propuso acabar con el anacronismo dentro de la máxima cautela para evitar vacíos normativos y estableció que continuarían siendo aplicables como derecho dispositivo, en cuanto no fueran sustituidas por convenio las Ordenanzas todavía validas, pudiendo el Ministerio del Trabajo, derogar las que estimara necesarias.

⁷⁹ Méndez Rodríguez, Cándido, 1997, op. cit. p. 39.

⁸⁰ VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., 1996, p. 24.

⁸¹ CASAS BAAMONDE, María Emilia. La reforma del Derecho del Trabajo. *Relaciones Laborales*, Madrid, I, p. 157, 1996.

⁸² VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, op. cit., p. 42.

En efecto, poco a poco se pasó de un sistema en que la intervención gubernamental determinaba todos los aspectos de las relaciones laborales mediante las ya citadas “ordenanzas laborales” impuestas por la dictadura franquista, a un sistema democrático basado en la autonomía de las partes negociadoras, con régimen plural.

En esta época empiezan a formarse los grandes acuerdos sociales que fijaron los objetivos y el marco de los convenios, la progresiva ampliación del campo de la negociación colectiva fue paralelo al retroceso del Estado en la regulación de las condiciones de trabajo. Como ejemplo, los más importantes acuerdos en esos tiempos, fueron: El Acuerdo Básico Interconfederal UGT-CEOE de 10 de julio de 1979, que trata principalmente del reconocimiento y autonomía de las partes interlocutoras, como bien regla la articulación de los convenios colectivos, solicitando, además, que el Estatuto de los Trabajadores refleje esos principios; El Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 1980; El Acuerdo Nacional sobre Empleo (CEOE-CEPYME-CC.OO-UGT) de 9 de junio de 1981 y el posterior Acuerdo Económico y Social (CEOE-CEPY-ME-UGT), suscrito el 9 de octubre de 1984.

Es sabido que todas las legislaciones de esta época tenían la tarea de acomodarse a la nueva Constitución con bases democráticas.

Con este telón de fondo, la Libertad Sindical en España fue reglamentada con la fecha de 2 de agosto de 1985, donde se aprobó la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, (LOLS).

La LOLS estableció las nuevas reglas para consolidación del modelo sindical representativo, basadas en los artículos Constitucionales 28.1 (reconoció la libertad sindical como un derecho fundamental de todos a sindicarse libremente); 7º (dispuso sobre la contribución a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los interlocutores sociales, así como reguló que la creación y el ejercicio sindical son libres dentro del respeto a la Constitución, la Comunidad Europea y a la Ley, dejando claro que el comportamiento sindical deberá ser democrático); y también, de manera indirecta, los artículos Constitucionales 9º.2; 53 y 81 (corresponde a los Poderes públicos promover condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra y

además, establecen que solo por Ley (orgánica) podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades).⁸³

La transición de un modelo político autoritario al de carácter democrático impuso el sometimiento de los diversos planos en que se concretó la transición al objetivo prioritario de estabilidad del nuevo marco jurídico-político, cuyo éxito estaba fuertemente condicionado al control de la economía.

Según Navarro Nieto:

“ello determina el desplazamiento a un segundo plano de las respuestas a las exigencias del modelo de relaciones laborales, y, en cualquier caso, justifica una estrategia gubernamental que elude una legitimación desde el poder político del sindicalismo confederal, sin duda, con el fin de evitar una transición jurídico-sindical en términos que condujesen a un fortalecimiento excesivamente prematuro de unas organizaciones sindicales, que habrían podido disponer así de una capacidad potencial para incidir en la dinámica económica y en la evolución global de las reformas políticas emprendidas.”⁸⁴

En este sentido podría interpretarse la opción gubernamental de promover una reforma “gradual” del modelo sindical a partir de las instituciones heredadas del franquismo, situando primeramente en un papel secundario a las organizaciones sindicales; de la misma manera que se evitó transitoriamente la transferencia de los recursos de la Organización Sindical a los nuevos sindicatos, mediante la creación de la AISS.⁸⁵

En ese contexto histórico, el Tribunal Constitucional apunta que la libertad sindical en España depende de algunas reglas necesarias para ordenar los sindicatos y promover la existencia de una representatividad sindical fuerte, es decir, se necesita de cierto mecanismo de limitación, y así lo explica:

“al implicar la libertad sindical un sistema de pluralismo sindical, la eficacia de los sindicatos resultaría mermada si sus posibilidades de actuación se atribuyesen por igual a todos ellos; de modo que la promoción de un cierto modelo sindical en el que potencie la existencia de sindicatos fuertes, en contraposición de un sistema de atomización, puede ser una finalidad

⁸³ Vid. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1995 de 2 de Agosto: Libertad Sindical, BOE de 8 de agosto de 1985.

⁸⁴ NAVARRO NIETO, Federico. *La representatividad sindical*. Madrid: MTSS, 1993, p. 162.

⁸⁵ *Ibid.*

legítima desde el punto de vista del art. 7 CE, por garantizar una más incisiva acción de los sindicatos para el cumplimiento de sus fines”.⁸⁶

En 1994 el Estatuto de los Trabajadores fue modificado y la disposición transitoria 6ª autorizó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a derogar las Ordenanzas Laborales allí donde existieran alternativas negociadoras o alguna forma de arbitraje, abriendo más el campo de la libertad sindical.

La reforma laboral de 1994, traducida en diversas leyes que modificaron el Estatuto de los Trabajadores, cambió sustancialmente el panorama al reducir los mínimos legales del contrato individual de trabajo con el declarado propósito de ampliar el campo de la negociación colectiva.

El Estatuto de los Trabajadores datado de 1995, deroga y substituyó a la ley ordinaria de 1980, confirmando también la derogación de las regulaciones de la LCT de 1944, que aunque degradadas a rango reglamentario, había dejado vigentes el ET originario. Según, la ilustre profesora, María Emilia Casas:

“no significa ello, sin embargo, en una consideración puramente formal, que el nuevo derecho haya modificado integralmente el recibido y haya ordenado su derogación en masa; tampoco, desde una contemplación sustantiva, que las líneas de regulación tradicionales de nuestro ordenamiento no se mantengan y prolonguen en la nueva regulación. Esta, llenándolo de reglas y regulaciones nuevas, ha dejado establecido un principio de continuidad del ordenamiento, que funciona tanto con el derecho preconstitucional compatible con la Constitución como con el postconstitucional. A este principio continuista se acomodan bien las fórmulas de legislación delegada utilizadas. Lo que, a su vez, tampoco resta transcendencia cualitativa – ni cuantitativa – a las innovaciones normativas producidas”⁸⁷

Según Ojeda Avilés, el Estatuto de los Trabajadores reguló el fenómeno en su Disposición Adicional 6ª, posteriormente modificada, y lo extendió también a la negociación de convenios en sus arts. 83 y 87. Aún continuó diciendo el mismo autor que, dentro de esta realidad, existe la figura de los Acuerdos Interconfederales, que postularan un apoyo selectivo a los sindicatos más representativos, y, a su paso por el Tribunal Constitucional reconoce paralelamente ciertos derechos a los sindicatos con notoria implantación o audiencia en el ámbito respectivo a partir de la Sentencia 11/1981, de 8 de abril.⁸⁸

⁸⁶ SS.TC de 10 de noviembre de 1982, 217/1988, de 21 de noviembre y 75/1992 de 14 de mayo citada en SALA FRANCO et al. *La libertad sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch., 2001, p. 103.

⁸⁷ CASAS BAAMONDE, María Emilia, 1996, op. cit., p. 159.

⁸⁸ OJEDA AVILÉS, Antonio, 1998, op. cit., p.75.

A mediados de los años 90 hubo el auge de los acuerdos tripartitos o bipartidos con presencia del gobierno y las organizaciones más representativas, lo que ha aumentado la litigiosidad, puesto que los sindicatos menos representativos planteaban la inconstitucionalidad de su exclusión de esferas de negociación importantes.

En abril de 1997 se alcanzó entre las confederaciones mayoritarias un Acuerdo Interprofesional sobre cobertura de vacíos, vigente desde 1998 hasta 2003, el cual se aplicaría en defecto de acuerdos o convenios existentes o por existir. Tal acuerdo de cobertura de vacíos tenía por base la estructura profesional, la promoción de los trabajadores, la estructura salarial y el régimen disciplinario.⁸⁹

La gravedad de la crisis económica iniciada en 2008 provocó un cambio en el pensamiento del legislador, como la reforma de 2010 en materia de régimen jurídico del descuelgue salarial (Ley 35/2010), que supuso un inicio de la descentralización de la negociación colectiva hacia la empresa.

La reforma de 2011 lleva a cabo una modificación legal de los dos preceptos que de forma más nuclear regulan la plural estructura de la negociación colectiva (RDL 7/2011). El primero de ellos (art. 83.2 ET) había permanecido inalterado en su redacción desde 1980 hasta su modificación por la reforma de 2011, no modificado por la reforma de 2012, y el segundo (art. 84 ET), esencial en la relación y afectación de los distintos niveles negociales, había sufrido alteraciones por la ya reforma de 1994. Así, la reforma de 2011 supuso un importante cambio en la materia; el legislador, tras reconocer la anterior importancia del protagonismo de los interlocutores sociales en la consolidación del sistema, considera llegado el momento de introducir modificaciones que incrementen su descentralización.

Con este telón de fondo, la reforma de 2011 buscó proporcionar un mayor grado de maleabilidad, mediante la introducción de algunas excepciones a la prohibición temporal de concurrencia. De un lado, se facilita la adopción de acuerdos de articulación de la negociación colectiva, ampliando las partes legitimadas pues ahora, junto a las organizaciones empresariales y sindicales a nivel interprofesional estatal y de Comunidades Autónomas, podrán alcanzar dichos acuerdos aquellas que tengan similares niveles de representatividad a

⁸⁹ Ibid., p. 30.

nivel sectorial. Con ello se pretendía obligar la descentralización de la estructura de la negociación colectiva e incrementar su dinamismo. En ausencia de convenios negociados conforme a este procedimiento, de ámbito estatal o de comunidad autónoma, cuya función de gobierno de las reglas de concurrencia entre convenios se mantiene, la reforma de 2011 inauguraba la apuesta por priorizar la aplicación del convenio de empresa respecto de determinadas materias.

La reforma citada fue considerada muy importante, por cuanto se estimaba que con ella se incrementaban las opciones de ruptura del principio de prohibición de concurrencia temporal, hasta entonces constreñido a los ámbitos superiores al de la empresa. Las excepciones a la prohibición de concurrencia temporal introducidas en la reforma de 2011 conviven con las excepciones establecidas con anterioridad, técnica que no contribuye a mejorar la relativa eficacia del sistema. El precepto faculta a los sindicatos celebrar «acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación». En esta ocasión, la excepción a la prohibición de concurrencia se somete a dos limitaciones por expresa voluntad del legislador.

El II Acuerdo Interconfederal para el empleo y la Negociación Colectiva de 2012-2014, cuyo contenido reitera el protagonismo de los convenios colectivos de ámbito estatal y de Comunidades Autónomas en la articulación y vertebración de la negociación colectiva, apuesta por complementar con la introducción de fórmulas de descentralización, que se habrían de concretar en la posibilidad de negociar a nivel de empresas materias centrales como el salario, la jornada y las funciones, siempre a iniciativa de las partes afectadas, ámbito que el propio acuerdo considera el más adecuado para la fijar las reglas y contenidos relativos a estas materias.

La reforma de 2012, finalmente, inició una atomización de los niveles negociales, con fuerte descoordinación y desarticulación entre ellos, buscando y logrando una aproximación de las partes interesadas en la negociación colectiva.

Como conclusión de este tema, por fin, no se puede omitir que la Ley ha sido la vía del proceso de cambio y que el momento político, con España saliendo de una dictadura, con necesidades sociales y las condiciones impuestas por las exigencias de la política económica

de crecimiento y competitividad para la convergencia de la CE, y después, tras las crisis económicas y los cambios de perspectiva, todo eso desembocó en una legislación de flexibilidad, donde la libertad sindical siempre fue necesaria para la concretización del Estado democrático de derecho y su encaje en la política Europea.

1.2.2. Fundación del Sindicato

El profesor Ojeda Avilés, basado en la ley, define la Libertad Sindical como “el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar en la ordenación de las relaciones productivas”.⁹⁰ Pero, a pesar de la consagrada Libertad Sindical, todavía existen muchos requisitos para la fundación un sindicato.

Es de los propios trabajadores el derecho a fundar el sindicato considerado en la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985. Habrá que tener un número razonable de promotores y la formulación del estatuto con una denominación distinta de los que ya están en actividad. En el estatuto deben estar la denominación, domicilio, ámbito territorial y funcional de actuación del sindicato, órganos de representación, gobierno y administración y regulación de su funcionamiento y de su provisión electiva de acuerdo con principios democráticos; sistemas de admisión y pérdida de la condición de afiliado; régimen de modificación de estatutos y de fusión y disolución del sindicato y recursos económicos; el régimen económico de la organización que establezca el carácter, procedencia y destino de sus recursos, así como los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica.⁹¹

Cabe a la oficina pública, en diez días, dar publicidad del depósito, o el requerimiento a sus promotores, por una sola vez, para que en el plazo máximo de otros diez días subsanen los defectos observados. Pasado el plazo, la oficina pública dispondrá de la publicidad o rechazará el depósito basado exclusivamente en la carencia de algún requisito mínimo citado en el párrafo anterior.

De ese modo, a pesar de haber libertad sindical, el sindicato no se forma solamente por la voluntad de las partes en agruparse, como se pudo observar, hay requisitos formales, cuyo no cumplimiento pueden obstaculizar su fundación.

⁹⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio, 1998, op. cit., p 34.

⁹¹ ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2001, op. cit., p. 606.

1.2.3. Representatividad Sindical en España

En cuanto a las fuentes legales, las reglas de representatividad se encuentran en la Constitución, en la Ley de Libertad Sindical, en el Estatuto de los Trabajadores, y en el caso de los empresarios, solamente por comentar, están en la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores.

Los artículos 6 y 7 de la Ley de Libertad Sindical⁹² son los que ostentan mayor protagonismo pues se distinguen diversos grados, ámbitos o niveles. Los ámbitos en los que se separan los sindicatos, son: sindicatos más representativos a nivel de Estado; más representativos a nivel de Comunidad Autónoma y sindicatos representativos en ámbito territorial y funcional específico. En todo caso, la mayor representatividad puede alcanzarse de forma originaria o directa y por adhesión o irradiación, como se estudiará más adelante.

Es interesante destacar una antigua sentencia del Tribunal Constitucional de España para generar una mejor comprensión de la representatividad en fase de estudio, principalmente cuando se hace la conexión entre la pluralidad sindical con la necesidad de elegir solamente uno sindicato representativo: “un sistema de pluralismo sindical que tiene su origen en la libertad sindical del art. 28 CE y responde en su concreta configuración a un proceso electoral de tipo proporcional, trae consigo la existencia de una multiplicidad de centrales sindicales y plantea el problema de determinar a cuáles de éstas ha de corresponder la representación de los intereses de los trabajadores, que sería notablemente mermada en su eficacia si se atribuye por igual a todos los sindicatos existentes.” Y continua “como ocurre siempre que está en juego el principio de igualdad, el criterio tiene que ser de carácter objetivo o fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso.”⁹³

La medición o evaluación de la representatividad puede obtenerse a partir de indicadores variados; los practicados actualmente son: a) el número de afiliados de las respectivas entidades (implantación), o b) los resultados de las elecciones de representantes de los trabajadores en las empresas (audiencia electoral). Existen otros criterios menos oficiales, basados en el derecho comparado, como la experiencia y antigüedad de las organizaciones, su

⁹³ Sentencia Tribunal Constitucional 65/1982 – BOE 10/12/1982 supl. al núm 296

capacidad de convocatoria y movilización, o la presencia destacada en organismos corporativos⁹⁴.

El sistema de “audiencia electoral”, donde las representaciones sindicales unitarias dentro de las empresas son los protagonistas de la medición de representatividad es el mecanismo más utilizado en España (artículo 6 y 7 LOLS), pero la “implantación” también viene ganando terreno. En una interesante sentencia, el TS afirmó que “el ordenamiento español requiere a veces la implantación o número de afiliados en el ámbito afectado, en supuestos en los que la intervención de sindicatos no requiere la cualidad de mayor o suficiente representatividad pero en los que, no obstante, es razonable o necesario exigir a la entidad sindical interviniente una mínima presencia representativa. Así ocurre en el ejercicio de acciones de dimensión colectiva ante la jurisdicción (procedimiento de conflicto colectivo, impugnación de convenios colectivos etc.), actividad para la que el interés legítimo en el asunto exigido en la legislación procesal puede venir acreditado precisamente por el dato de la implantación.”⁹⁵

Por fin, vale decir que el momento del cómputo de la representatividad, en líneas generales, es el de la constitución de la comisión. Tal interpretación ha sido confirmada jurisprudencialmente⁹⁶, donde han precisado, por lo menos para la negociación estatutaria, que la representatividad a estos efectos debe medirse “en el momento de constituirse la comisión negociadora”. Puede que en el medio de la negociación las partes dejen de ser representativas, la solución que la doctrina presenta en este caso es retirar la eficacia *erga omnes* del convenio, resultando un convenio de eficacia limitada. Pero, en la visión de Miguel Ángel Solans Latre si las partes de la negociación colectiva, en este nuevo momento, “cuentan con una representatividad suficiente, puedan iniciar un nuevo proceso de negociación que discurra por los cauces estatutarios”.⁹⁷

⁹⁴ Martín Valverde, A et al, DERECHO DEL TRABAJO, Tecnos, Madrid, 2015 p 296.

⁹⁵ TS 16 de diciembre de 2008, cit Martín Valverde, at al, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2015 p. 297.

⁹⁶ SSTS de 18 de diciembre de 1995, rec cas. 2871/1994; 27 de abril de 2000 rec. cas. 1581/1999; de 3 de abril de 2006, rec. Cas. 81/2004.

⁹⁷ SOLANS LATRE, Miguel Ángel et al. Manual Jurídico de la Negociación Colectiva. Director VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (Director); LAHERA FORTEZA, Jesús (Coord.). *La Ley*. Madrid, 2008, p. 203.

1.2.3.1. Criterios de Representación Plural del Sindicato

1.2.3.1.1. Mayor representatividad

La mayor representatividad viene expresada en la legislación y se tipifica en determinados requisitos cuyo cumplimiento atribuye una situación privilegiada respecto a los otros sindicatos que no ostenten aquella condición.

Jesús Mercader Uguina explica que “el pluralismo sindical permite la existencia de organizaciones sindicales diversas, de desigual entidad representativa y, por tanto, desiguales en el plano de la eficacia en la defensa de los intereses de los trabajadores. De ahí que haya resultado conveniente introducir en el sistema institucional de relaciones sindicales diversos “grados” en la representatividad de los sindicatos actuantes, confiando así el origen de la institución de la mayor representatividad sindical, que aparece de este modo como una solución transaccional entre el respeto a la pluralidad sindical (y al consiguiente trato igual de los sindicatos) exigido por la libertad sindical y el fomento de la efectividad en la tutela del interés de los trabajadores, cuyo paradigma es naturalmente la acción sindical unitaria.”⁹⁸

Así, dentro de un pluralismo tan grande, los mecanismos de apuración de la mayor representatividad deben ser objetivos, y con grados de representatividad que permitan, al fin y al cabo una aproximación con el trabajador afectado.

En este contexto, existen cinco tipos constituidos por ley de organizaciones representativas con un cuadro de derechos y funciones estudiados adelante:

- 1) Sindicatos más representativos a nivel estatal. Los que hayan obtenido en dicho ámbito el 10% o más del total de delegados y personal y miembros del comité de empresa, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas;
- 2) Sindicato más representativo a nivel estatal, siendo sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a un sindicato más representativo a nivel estatal;
- 3) Sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma. Sindicatos que en dicho ámbito ostenten al menos el 15% de delegados de personal y miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, siempre que

⁹⁸ MERCADER UGUINA, Jesús R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p..

cuenten como mínimo con 1.500 representantes y no estén federados o confederados a organizaciones sindicales de ámbito estatal;

4) Sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma. Sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a un sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma;

5) Sindicatos representativos en un ámbito territorial y funcional específico. Sindicatos que aun no teniendo la consideración de más representativos hayan obtenido en un ámbito territorial y funcional específico el 10% o más de los delegados de personal y miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas.

El artículo 6.1 de la Ley de Libertad Sindical establece que reconocida la mayor representatividad a un sindicato, a este se le confiere una singular posición jurídica a efectos tanto de la participación institucional como de acción sindical.

Así, la capacidad de acción que ostentan las organizaciones más representativas estatales, está reglada en el art. 6.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en el que se establece que gozarán de capacidad para: a) ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista. b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores. c) Participar como interlocutores sociales en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación; d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo. e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de la Administraciones Públicas. f) Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente. g) Cualquier otra función representativa que se establezca.

Los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma ostentan capacidad, según el artículo 7.1 LOLS para: a) ejercer en el ámbito de su Comunidad Autónoma idénticas funciones que las atribuidas a los sindicatos más representativos a nivel estatal; b) ostentar la representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal;

A su vez, los sindicatos más representativos en un ámbito territorial y funcional específico (art. 7.2 LOLS) tienen derecho en su propio ámbito específico a las mismas

facultades que los sindicatos más representativos a nivel nacional, a excepción de la participación institucional y la cesión de inmuebles patrimoniales públicos.

Es importante añadir que, conforme disponía el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores son las organizaciones de mayor representatividad estatal o de Comunidad Autónoma las que celebran los acuerdos interprofesionales, los cuales establecen la estructura de la negociación colectiva y pueden fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. Sin embargo, hoy, el RDL 7/2011, de 10 de junio de 2011 abrió todavía más el rango, permitiendo a los acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, realizados por sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, establecer también la estructura de la negociación colectiva y fijar reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distintos ámbitos, de conformidad con lo establecido en ley.

En contra punto a la legislación referente a la mayor representatividad sindical está el argumento de no excluir a otros sindicatos que no son más representativos, pero que están implantados en un ámbito concreto y que tengan fuerza sindical, pues, de acuerdo con ese entendimiento, el criterio de mayor representatividad no puede cumplirse a coste de impedir la presencia de un sindicato que tenga notable presencia en su ámbito, aunque no ostente la representatividad postulada en la ley.

Finalmente, es necesario decir que el concepto de mayor representatividad puede alcanzarse de forma originaria o directa y por adhesión o irradiación, como vamos estudiar más adelante.

1.2.3.1.2. La crisis del sistema de mayor representatividad

El sistema de la mayor representatividad fue configurado por encima en torno de las tres principales organizaciones sindicales españolas: CEOE, UGT, CC.OO. Las tres confederaciones mayoritarias son admitidas, normalmente, como más representativas.

El Tribunal Supremo en sentencia de 16 de junio de 2010⁹⁹ abre el abanico posibilitando la participación en ciertos órganos de participación a sindicatos que no ostenten la mayor representatividad como se exigía anteriormente, así abre la puerta a sindicatos con “relevante” implantación en su seno. La sentencia destaca que la posición privilegiada de los sindicatos más representativos se refiere exclusivamente a la representación institucional, pero no puede extenderse a otros ámbitos, ya que en caso contrario perjudicaría el necesario y aconsejable pluralismo sindical. Continúa afirmando que la mayor representatividad no es óbice para exigir la prevalencia del criterio de la proporcionalidad. Claro está que, en esta sentencia se han delimitado conceptos de “mayor representatividad”, “mayor implantación sindical” y “organizaciones sindicales relevantes”. Y hoy esto es un debate recurrente en las instancias judiciales, porque la Ley de Libertad Sindical reconoce la facultad de adquirir en la práctica las mismas capacidades que los denominados más representativos a los sindicatos minoritarios o de ámbito limitado a niveles más pequeños del estatal o de comunidad autónoma.

A la vez, tras la crisis económica actual y sus reformas del 2010, 2011 e 2012, nació en España la necesidad de una negociación más aproximada a sus bases, con la justa intención de acercar las partes, buscando las reales necesidades del momento histórico. En este punto, el criterio de medición de la mayor representatividad ya no parece razonable como condicionante para aproximar a las partes interesadas.

Según el profesor Palomeque, en España “el considerable grado de dispersión sindical que había fue desde luego de carácter periférico o residual, inservible por tanto para la caracterización del sistema sindical en su conjunto. Éste ha desarrollado en cambio, a partir de las sucesivas elecciones a representantes de los trabajadores en las empresas habidas durante la democracia política, un proceso de *concentración sindical* que caracteriza el modelo español, de modo que unas pocas organizaciones copan la mayor parte de la representación en las elecciones sindicales.”¹⁰⁰

⁹⁹ BOE-A-2010-19155 fallo: ha lugar a la estimación parcial del recurso contencioso administrativo 20/2008 interpuesto por USO contra el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula posteriormente el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas, así como otro recurso ordinario 51/2008 contra el Real Decreto 1469/2008, de 5 de septiembre, por el que se modifica el anterior, declarándose la nulidad de inciso “más representativas” del artículo 5, letra c) del Real Decreto 1469/2008, de 5 de septiembre. (...)

¹⁰⁰ PALOMEQUE, CARLOS MANOEL, Una característica del sistema sindical español, 2011, disponible: <http://manuelcarlospalomeque.blogspot.com.br> acessado 10.10.2015

Así, en los últimos años se está cuestionando mucho la mayor representatividad porque los criterios de medición no parecen ser los más precisos para estos momentos. La doctrina busca la sustitución de la medición del criterio de audiencia electoral sobre el número de representantes obtenidos para pasar a computar la audiencia sobre el número de votos. Y como ya se explicó, el sistema de implantación viene recibiendo una aceptación gradual en el sistema de representatividad.¹⁰¹

Y también, la pérdida del diálogo social, la regulación de las relaciones laborales por decreto-ley y el favorecimiento legal de la negociación colectiva de empresa hacen perder importancia a la mayor representatividad sindical.

A su vez, la doctrina comparada más reciente, principalmente la de Italia, alude a una diversa aceptación de la representatividad sindical. Delante de la presencia de muchos sindicatos con cierto grado de adhesión en el ámbito de determinada categoría, esta expresión tiene la intención de conferir los derechos y prerrogativas sindicales a las organizaciones que, a partir de un proceso de comparación, ostenten una amplia representatividad.

1.2.3.1.3. Representatividad originaria o directa

La representatividad originaria o directa es la que se mide por la “audiencia electoral”.

Este modelo de representatividad se instituye con criterios cualitativos y no cuantitativos de carácter asociativo o electoral. La “audiencia electoral” constituye el criterio de medición de la representatividad sindical. El mismo se constituye por la presencia de los sindicatos en los órganos de representación unitaria. Atendiendo, así, al número de puestos o representantes que obtuvieron candidaturas y candidatos presentados en las elecciones a órganos de representación unitaria de los trabajadores por cuenta ajena – comités de empresa y delegados de personal. Se trata de un mecanismo fácil de objetivar, pues se proyecta sobre un sistema electoral caracterizado por el requisito de la imparcialidad y que posibilita la celebración de unas elecciones con suficientes garantías de éxito.¹⁰²

Sobre esta base cabe distinguir los tipos de sindicatos:

¹⁰¹ TS 16 de diciembre de 2008.

1º) Sindicatos más representativos a nivel estatal: los sindicatos que han obtenido el 10% o más de delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas art. 6.2 a) LOLS).

2º) Sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma: los sindicatos que, sin estar afiliados a federaciones o confederaciones de ámbito estatal, hayan obtenido el 15% de los representantes unitarios en el territorio de esa Comunidad, siempre que hayan obtenido al menos 1.500 representantes (art. 7.1 LOLS).

1.2.3.1.4. Representatividad suficiente

Se trata de los sindicatos “simplemente representativos”, y se diferencian de los otros por no ostentar representatividad en el ámbito del Estado ni de la Comunidad Autónoma, ni tampoco estar afiliado, confederado o federado a algún otro que ostente algún tipo de representatividad. La representatividad de estos sindicatos se mide en el ámbito territorial y funcional específico y no se irradia a otros sindicatos. Sin embargo tienen casi las mismas garantías de los sindicatos que ostentan la mayor representatividad, y por supuesto pueden negociar colectivamente por sus trabajadores, pero siempre que negocien dentro de su ámbito específico de actuación. Así, según el artículo 7º.2 de la Ley de Libertad Sindical¹⁰³, estos sindicatos deben tener el 10 por 100 o más de delegados de personal, o miembros de comités de empresa y de los correspondientes órganos de la Administración Pública.

1.2.3.1.5. Representatividad por irradiación

Las organizaciones sindicales que no ostenten el umbral de la representación por audiencia, pero estén afiliadas, federadas o confederadas con otra que sí la ostente a nivel estatal o a nivel de Comunidad Autónoma, tendrán también la consideración de más representativa por irradiación de acuerdo con el art. 6.2 b) de la Ley de Libertad Sindical española.

¹⁰² MERCADER UGUINA, Jesús R., 2014, op. cit., p. 671.

¹⁰³ Artículo 7º. 2. Las organizaciones sindicales que aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 por 100 o más de delegados del personal y miembros del comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, estarán legitimadas para ejercitar, en dicho ámbito funcional y territorial, las funciones y facultades a que se refiere los apartados b), c), d), e) y g) del número 3 del artículo 6º de acuerdo con la normativa aplicable a cada caso.

Sin embargo, según sentencia del TC¹⁰⁴, la mayor representatividad se ostenta para el sindicato irradiado para ser ejercida en el concreto ámbito de su actuación (geográfico o funcional), pues es una opción de potenciar organizaciones de amplia base territorial e intersectorial, para que se aseguren los intereses generales de los trabajadores en su ámbito específico.

Por otro lado, Sala Franco¹⁰⁵ defiende que tal criterio puede traer complicaciones “*dado que en un ámbito geográfico y funcional no acrediten la implantación mínima del 10 por ciento podrán, sin embargo, ejercer en dicho ámbito las funciones ligadas a la mayor representatividad*”. Es decir, el criterio sirve como una válvula de escape para los sindicatos que no cumplen la audiencia electoral, pero están afiliados, confederados o federados en otros que sí lo cumplan.

1.2.3.2. Grados de Representatividad del Sindicato

1.2.3.2.1. Criterio de Audiencia

a) EN ÁMBITO ESTATAL

Tiene mayor representatividad, de acuerdo con el artículo 6.2.a. de la LOLS, el sindicato que en ámbito estatal dispone de un mínimo de 10 por ciento de audiencia en las elecciones a representantes de los trabajadores en las empresas (comités de empresas y delegados de personal).

De acuerdo con Sala Franco¹⁰⁶, la expresión utilizada por la ley de “sindicato más representativo a nivel estatal” se le confiere solamente a las confederaciones¹⁰⁷ y no a los entes sindicales que la integran. Explica el jurista que el artículo 6.2 a) no habla de ámbito funcional sino sólo de ámbito territorial estatal, por el contrario los artículos 6.3 y 7.2 se refieren a un ámbito territorial y funcional específico.

¹⁰⁴ STC de 29 de julio de 1985

¹⁰⁵ Cfr. SALA FRANCO et al., 2001, op. cit.

¹⁰⁶ SALA FRANCO, T, et al. *Derecho Sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

¹⁰⁷ Según VALVERDE, A. M, et al, 1999, op. cit., p.276, eran sindicatos más representativos a nivel estatal en razón a criterio de la audiencia la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.)

Por otro lado, es interesante mencionar que aunque el porcentaje de 10 por ciento parezca reducido, la intención del legislador, según la exposición de motivos de la ley orgánica 11/1985 de Libertad Sindical, era “abrir la ley lo más posible al pluralismo sindical, fomentándolo, a través de los tres niveles de mayor representatividad establecidos por los artículos 6ª y 7º de la Ley de Libertad Sindical, primando el Principio de Igualdad sobre lo que podría ser un razonable criterio de reducir a través de la Ley la atomización sindical, evolución que se deja al libre juego de las fuerzas sindicales con presencia en las relaciones de trabajo”¹⁰⁸.

b) EN ÁMBITO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

En ámbito de Comunidad Autónoma el criterio de audiencia electoral, se detalla en el artículo 7.1 de la Ley de Libertad Sindical, y dispone que serán representativos los sindicatos que acrediten en dicho ámbito una audiencia de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa u órganos correspondientes en las Administraciones Públicas, pero siempre que cuenten con un límite mínimo de 1.500 representantes¹⁰⁹ y no disfruten del criterio de irradiación, es decir, no estén confederadas o federadas con organizaciones sindicales de ámbito estatal¹¹⁰.

c) EN ÁMBITO TERRITORIAL Y FUNCIONAL ESPECÍFICO

Cuando los sindicatos no cumplan las condiciones de más representativos a nivel del Estado o de Comunidad Autónoma, también cabe, si obtienen como mínimo un 10 por 100 de los representantes de trabajadores elegidos en un determinado ámbito funcional y territorial, buscar la alternativa de la representatividad otorgada por el artículo 7.2 LOLS, a este fenómeno se llama representatividad suficiente.

¹⁰⁸ *Legislación Sindical, Ley orgánica 11/1985*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 26

¹⁰⁹ De acuerdo con NAVARRO NIETO, F., 1993, op. cit. p. 196, “En relación con la exigencia de un mínimo de 1500 representantes, la introducción del requisito estaría justificada, según indica la Exposición de motivos de la LOLS, por la necesidad de salvaguardar el principio de igualdad, “que podía quebrarse con sólo la referencia porcentual, teniendo en cuenta la heterogeneidad y diferencias de población asalariada y funcional entre las distintas Comunidades Autónomas del Estado””.

¹¹⁰ Según Valverde, M. et al., 1999, op. cit., p. 276; tienen la condición de organizaciones sindicales más representativas “a nivel de Comunidad Autónoma” la ELA-STV del País Vasco y la CIG Gallega.

También son conocidos como “sindicatos simplemente representativos” y lo que los diferencia básicamente de los sindicatos de mayor representatividad es que no se les atribuyen funciones de “representación institucional” ante las Administraciones Públicas y tampoco obtención de cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos. (art. 7.2 de la LOLS).

1.2.4. Las Asociaciones de los Trabajadores Autónomos

La ley 20/2007 de 11 de julio, considera como asociaciones profesionales representativas de los trabajadores autónomos aquellas que, inscritas en el registro especial establecido al efecto, demuestren una suficiente implantación en el ámbito territorial en el que actúen. Sin embargo, la Ley, en su literalidad determina que la implantación de la asociación “habrá de acreditarse a través de criterios objetivos de los que pueda deducirse la representatividad de la asociación, el número de asociaciones con las que se hayan firmado convenios o acuerdos de representación o de otra naturaleza, los recursos humanos y materiales, los acuerdos de interés profesional en los que hayan participado, la presencia de sedes permanentes en su ámbito de actuación y cualesquiera otro criterio de naturaleza similar y de carácter objetivo. Los citados criterios se desarrollarán mediante una norma reglamentaria.” Así, la propia norma remite al desarrollo reglamentario que ha de concretar estos criterios.

La calificación como asociación más representativa en el ámbito estatal “será declarada por un Consejo formado por funcionarios de la Administración General del Estado y por expertos de reconocido prestigio, imparciales e independientes.”

Su capacidad fue establecida por el artículo 22.5 de la misma ley 20/2007 y otorga representación institucional; ser consultadas cuando las Administraciones Públicas diseñen las políticas públicas que incidan sobre el trabajo autónomo o cualquier otra función que se establezca legal o reglamentariamente.

El artículo 21 de la ley 20/2007 remite a los artículos 6 y 7 de la ley 11/1985, sin embargo, en las competencias de las asociaciones de los trabajadores autónomos no está considerada literalmente la negociación colectiva.

1.2.5. Representatividad de las Asociaciones Empresariales

Aún que la representación de los empresarios no sea objeto de este trabajo, solamente para enriquecer el contenido, lo vamos mencionar, muy brevemente.

Sobre este tema, la legislación española no le ha concedido tanta atención como a la representatividad de los trabajadores, ya que la representatividad de los empresarios viene expresa en una Ley Orgánica especial y la de aquéllos, de forma casi desapercibida, en el Estatuto de los Trabajadores.

La representatividad de los empresarios está disciplinada por el artículo 87.3 del Estatuto de los Trabajadores, en la Sección sobre la legitimación para la negociación colectiva y la disposición adicional 6º para las cuestiones de ámbito institucional.

1.2.5.1. Principios Básicos

La presencia e influencia en el ámbito de acción de la asociación empresarial reglada consecuentemente por las empresas afiliadas y los trabajadores en ellas empleados es lo que permite concluir la necesidad de la existencia de un principio de implantación concreta y dan cabida a su representatividad establecida por el Estatuto de los Trabajadores.

La Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores también menciona el principio de la mayor representatividad, teniendo en cuenta que, según este artículo, son más representativas las asociaciones que cumplen sus disposiciones y cuentan con privilegios para obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos de la ley.

1.2.5.2. Criterio de Afiliación y Umbral de Empleados

Para medir la representatividad de las asociaciones empresariales el Estatuto de los Trabajadores se establece en el artículo 87.3 con referencia a la negociación colectiva, que serán representativas las asociaciones “que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por 100 de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 de esta Ley, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados”.

Todavía la disposición adicional 6º del Estatuto de los Trabajadores trata de la representatividad institucional de las asociaciones y dispone que gozarán de capacidad representativa para tal fin las que agrupen en el ámbito nacional, el mínimo de 10 por 100 de las empresas y trabajadores. Sin embargo, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, hace falta el 15 por 100 de las empresas del sector representado por el sindicato y el mismo porcentaje de trabajadores empleados en estas empresas.

En síntesis, el criterio utilizado en España para definir la representatividad de las asociaciones empresariales no se basa en elecciones como los sindicatos, si no en el número de empresas afiliadas y en el de trabajadores que éstas ocupan, los dos criterios trabajan de forma conjunta. “Los dos criterios se complementan mutuamente para evitar que monopolicen la representación, injustificadamente, un número reducido de empresas, con planillas elevadas, o un grupo de empresas pequeñas, sin efectiva relevancia por ocupar a pocos trabajadores.”¹¹¹

Sin embargo, hay una problemática que viene a admitir que su mayor representatividad a la hora de la negociación colectiva no tiene siempre la legitimidad que exige el título III del Estatuto de los Trabajadores en los diferentes ámbitos de negociación.

La ley exige la acreditación de los porcentajes establecidos en el artículo 87.3 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, muchas organizaciones empresariales no llegan al 10% de la representación del doble ámbito que la Ley exige. Ni representan el 10% de los empresarios, ni estos asumen el 10% de los trabajadores en el ámbito de negociación colectiva. Por lo que se va formando la problemática legitimidad para negociar convenios en su ámbito correspondiente, mediante la consideración de la representatividad por notoriedad de la asociación empresarial.

1.2.5.3. El Registro de la Representatividad - OPAL

Conforme las Disposiciones Adicionales de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), las condiciones de más representativo de los sindicatos se comunica en el momento

¹¹¹ Cfr. VINUESA, A. *Derecho del Trabajo para Empresarios*. Madrid: Carperi, 1995.

que ejerzan las funciones o facultades correspondientes, aportando el sindicato la certificación expedida por la “OPAL”, Oficina Pública establecida para esa finalidad.

La primera disposición adicional de la LOLS, todavía establece que en materia de participación institucional del sindicato se entenderá por el momento del ejercicio el de la constitución y también el de renovación de sus miembros, sin embargo “en el supuesto de que el órgano correspondiente no tenga prevista una renovación periódica de los representantes sindicales, el sindicato interesado podrá solicitar en el mes de enero, y cada tres años a partir de esa fecha, su participación en el órgano correspondiente, aportando certificación acreditativa de su capacidad representativa”.

El artículo segundo de las Disposiciones Adicionales de la LOLS, establece la duración del mandato de los delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa, y regula que el mandato de cada miembro será de cuatro años, pudiendo ser reelegidos, en sucesivos períodos electorales.

Así, el procedimiento de elecciones a representantes de empresas tiene lugar solamente en la apertura de una empresa o cuando caduca el mandato representativo de los representantes.

Sin embargo, no existe la concentración de elecciones sindicales por parte de todas las empresas en un determinado período de tiempo pues como regla general disponen que las elecciones se celebren en cada empresa o centro de trabajo en el momento en que corresponda y apenas prevén la convocatoria de elecciones de manera generalizada para los casos en que exista previo acuerdo mayoritario entre los sindicatos más representativos o representativos¹¹²

Por estar reguladas unas elecciones sindicales periódicas y en conjunto por parte de las empresas, la comprobación de la representatividad sindical no es de fácil conocimiento y por eso debe ser demostrada por el propio sindicato en el momento que desee hacer valer su facultad de representar a los trabajadores. El certificado, como antes ha sido explicado, es expedido por la Oficina Pública Laboral (OPAL), puesto que el artículo 75.7 del Estatuto de los Trabajadores determina, en síntesis, que corresponde a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral el registro de las actas electorales de los delegados de personal y de los

comités de empresa y además, a petición del sindicato interesado la certificación acreditativa de la representatividad a efectos de los artículos 6º y 7º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Así, la OPAL corresponde el registro de las actas electorales, y debe constar la condición representativa del sindicato de acuerdo a su audiencia electoral o su posible irradiación.

Por fin, es importante resaltar que la garantía de la imparcialidad de la OPAL en determinar el sindicato más representativo puede ser un poco dudosa pues en su estructura hay participación sindical, incluso existe representación de los sindicatos más fuertes. El TC, en 1990, ya se manifestó sobre tal evento considerando que la participación sindical es lesiva a los artículos 14 y 28.1 de la CE, es decir al Principio de la Igualdad y a la Libertad Sindical¹¹³.

¹¹² Cfr. VALVERDE, Martín Valverde, A., 1999, op. cit., p. 278.

¹¹³ TC, sentencia 26 de febrero de 1990: [...] no es razonable, ni objetivo, ni tampoco proporcionado a la finalidad y funciones de dichos órganos electorales, que únicamente formen parte de los mismos y precisamente en proporción a su representatividad los sindicatos que de conformidad con los últimos resultados electorales disponibles hayan alcanzado la condición de sindicatos más representativos... Ello no garantiza adecuadamente la imparcialidad necesariamente exigible a un órgano de control electoral... y lesiva de los arts. 14 y 28.1 de la CE. No es correcto que sean sólo aquellos sindicatos que participen en los órganos de control de unas elecciones en las que tales sindicatos, interesados en mantener su condición de más representativas, compiten con otras centrales sindicales igualmente interesadas en alcanzar los mejores resultados e incluso acceder a la mayor representatividad sindical. SALA FRANCO, 1996, op. cit., p104-105.

2º CAPÍTULO – BASES JURÍDICAS DE LA NEGOCIACIÓN

COLECTIVA

2.1. Agentes Actuantes en Brasil; 2.1.1. Consideraciones Iniciales; 2.1.2. La Ley; 2.1.2.1. La Ley Constitucional; 2.1.2.2. La Ley Ordinaria; 2.1.2.2 a) Legitimación; 2.1.2.2. b) Contenido; 2.1.2.2. c) Vigencia y Duración; 2.1.2.2. d) Concurrencia de los convenios y definición de categoría; 2.1.2.2. e) Eficacia y Capacidad Normativa; 2.1.3. Convenciones Colectivas y Acuerdos Colectivos; 2.1.4. La Jurisprudencia y el Poder Ejecutivo; 2.1.5. Las Centrales Sindicales. 2.2. Agentes Actuantes en España; 2.2.1. Consideraciones Iniciales; 2.2.2. La Ley; 2.2.2.1. Legislación Internacional; 2.2.2.2. Legislación Constitucional; 2.2.2.3 Legislación Ordinaria; 2.2.2.3.a) Eficacia; 2.2.2.3 b) Unidades de Negociación; 2.2.2.3.c) Concurrencia; 2.2.2.3. d) Contenido y “descuelgue”; 2.2.2.3.e) vigencia; 2.2.2.3.f) interpretación; 2.2.2.3.g) Adhesión y Extensión; 2.2.2.3 h) Legitimidad y Comisión Negociadora; 2.2.3. Otros Agentes de Derecho Colectivo; 2.2.4. Las Recientes Transformaciones del a Negociación Colectiva; 2.2.4.1. Reformas de 1994; 2.2.4.2 La Reforma de 1997 y el AINC-1997; 2.2.4.2.a) EL AINC; 2.2.4.3. El Acuerdo Interconfederal del 2002; 2.2.3.4. El Acuerdo Intercondeferal de 2003; 2.2.3.5. La prórroga del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2004; 2.2.4.6. Panorama de 2004 a 2008 y la crisis económica; 2.2.4.7. Real Decreto-Ley 35/2010; 2.2.4.8. Real Decreto-Ley 7/2011; 2.2.4.9. Ley 3/2012; 2.2.4.10. Sentencia 8/2015 del Tribunal Constitucional.

2.1. AGENTES ACTUANTES EN BRASIL

2.1.1. Consideraciones Iniciales

Inicialmente es necesario esclarecer algunas distinciones, principalmente en la denominación.

Se hace necesario advertir, para que no se produzcan confusiones, que lo que se denomina en España como Convenios Colectivos, en Brasil, tienen el nombre de convención colectiva y acuerdos colectivos.

Es cierto que la legitimación para negociar, figurando como sujeto de la contratación colectiva brasileña es de las organizaciones sindicales. Sin embargo la ley abre una ventana para que las empresas negocien directamente con los sindicatos profesionales en lo que se llama “acuerdos colectivos de trabajo”.

Así, la convención colectiva brasileña es necesariamente negociada para la categoría profesional entre sindicatos de empleados y sindicatos patronales. Por otro lado, los Acuerdos

Colectivos son pactos a nivel de empresa, negociados por los sindicatos de los empleados y directamente con el empresariado, siendo que también pueden estar presentes los sindicatos de la categoría empresarial.

Para este estudio, cuando se habla de la Negociación Colectiva en Brasil como género, nos referimos a ella como “Convenio”, sin embargo, cuando, queremos hacer referencia a un caso en particular, lo llamamos específicamente – “Convención” o “acuerdo colectivo”.

Finalmente, nos parece de gran importancia abrir un apartado especial en este Capítulo para la actuación de las Centrales Sindicales en Brasil como agentes de la negociación colectiva, que tras la década de ochenta hasta hoy, adquirieron un papel importante en la autonomía negociadora.

2.1.2. La Ley

La negociación colectiva brasileña está fundada básicamente en la Ley – su fuente primaria - tanto Constitucional como Ordinaria. Como ya se ha explicado en el capítulo anterior, el sistema tiene el rescoldo del Corporativismo, donde la intervención estatal todavía permanece, aún que velada.

En Brasil, la Ley suprema es la norma Constitucional, sin embargo, la Ley ordinaria de ámbito laboral es la “Consolidação das Leis do Trabalho” donde sus artículos 611 a 625 tratan de la negociación colectiva propiamente dicha.

2.1.2.1 – La Ley Constitucional

La Ley Constitucional tiene marcada su presencia en los resultados de la negociación colectiva principalmente exigiendo la participación obligatoria de los sindicatos en las negociaciones (art. 8º, III de la CF); limitando su actuación por encima de los estándares mínimos por ella determinados, con las excepciones del descuelgue salarial mediante negociación colectiva (art. 7º., VI, CF); estableciendo la ampliación, por medio de negociación colectiva, de jornadas ininterrumpidas, con más de 6 horas; duración de la jornada de trabajo de 8 horas diarias y 44 semanales, salvo compensación a través de negociación colectiva (art. 7º, XIV), finalmente la Constitución Brasileña regula el poder

normativo de la Justicia del Trabajo, respetadas las disposiciones convencionales y legales mínimas de protección al trabajo (art. 114, apartado 3º con su nueva redacción por la Emenda Constitucional 2004) y por fin, también establece que si frustrada la negociación colectiva, las partes pueden elegir árbitros (art. 114 párrafo 1º CF).

El artículo 8º. de la Constitución hizo obligatoria la participación del sindicato (léase: sindicato de los trabajadores) en las negociaciones colectivas de trabajo.

Según Siqueira Neto¹¹⁴, es importante no confundir la negociación colectiva con el instrumento voluntario que proviene de ella. Por eso, no estando el sindicato de empleadores sujeto de la negociación colectiva en los “Acuerdos de Empresa”, no hay necesidad de que participen de la negociación de empresas por mera formalidad.

Nótase, además, que determinadas materias de suma importancia para el Derecho del Trabajo, como jornada (y en ese caso solamente de los trabajadores de escalas de trabajo en turnos ininterrumpidos) y salario, recibieron de la legislación constitucional mayor flexibilidad, posibilitando la “reformatio in pejus” tras la negociación colectiva. Se vislumbró una necesidad, ya, en los años 80, de trazar un panorama más estrecho entre los problemas de las empresas y las necesidades de los trabajadores, demostrando una intención de hacer una legislación moderna y que sirviera de ejemplo a la legislación infra constitucional.

2.1.2.2. La Ley de los Trabajadores

En Brasil la principal ley laboral se denomina “Consolidação das Leis do Trabalho” y está regulada por el Decreto-Ley 5.452 de 1º de mayo de 1943. Esta ley es más comúnmente llamada de CLT.

Está en la CLT las principales normas de la organización de la negociación colectiva brasileña. Comportan los artículos 611 a 625 el tema: “Convencões Coletivas de Trabalho”. Es decir, allí se establecen las convenciones de trabajo colectivas, sus convenios y acuerdos.

En el artículo 611, regulado, por último, por el Decreto ley 229 de 28.2.1967, la CLT define la convención colectiva como el acuerdo de carácter normativo por el cual dos o más

¹¹⁴ SIQUEIRA NETO, José Francisco, 2000, op. cit., p. 361.

sindicatos representativos de categorías económicas y profesionales estipulan condiciones de trabajo aplicables, en el ámbito de las respectivas representaciones, a las relaciones individuales de trabajo.

Sin embargo, continua el mismo artículo (con redacción del Decreto ley 229 de 28.2.1967) estableciendo la distinción entre convención colectiva y acuerdo colectivo. La primera es un convenio de carácter normativo negociado entre sindicatos (como se refiere el “caput” del artículo 611) que también pueden ser negociados por las Federaciones o Confederaciones sindicales. Ya los acuerdos (regulados por el 611 párrafo 1º) no son pactos entre sindicatos, pues de un lado están los sindicatos y de otro una empresa (o más) de la correspondiente categoría económica. Su aplicación será siempre limitada en el ámbito de la empresa o de las empresas negociadoras.¹¹⁵

La estructura del convenio o acuerdo colectivo brasileño viene diseñada en el artículo 613 de la CLT, donde se determina como se darán las principales cláusulas obligacionales.

Los demás artículos garantizan la legitimidad, contenido, vigencia y duración, concurrencia y eficacia; han sido separados y desarrollados más adelante en títulos individuales para facilitar la comprensión del estudio.

2.1.2.2. a) Legitimación

En cuanto a los criterios de legitimación, como ya se ha estudiado, los sindicatos de categorías profesionales son los sujetos legitimados para celebrar el convenio, puesto que solamente existe uno por base municipal, debido a la unidad sindical.

Por los empresarios, tanto pueden negociar el sindicato empresarial, o, en caso de acuerdo colectivo, directamente las empresas afectadas.

Si acaso la categoría no este organizada en sindicato, la federación o confederación, según lo regula del artículo 611, párr. 2º. de la CLT, asume la legitimidad sobre la base territorial necesaria.

¹¹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo et al., 1995, op. cit., p. 1095.

A su vez, las organizaciones en la cúspide, las grandes centrales sindicales, a pesar de estar reconocidas últimamente por las leyes como importantes para el sistema de negociación, no tienen legitimidad para firmar convenios colectivos, siendo que comandan las grandes negociaciones, pero quiénes, finalmente, las firman aún son los sindicatos de las categorías profesionales involucradas.

2.1.2.2. b) Contenido

Como en el sistema español, el Convenio Colectivo brasileño está basado en cláusulas normativas y en cláusulas obligacionales.

El artículo 613 de la CLT determina buena parte de las cláusulas obligatorias en las Convenciones y Acuerdos Colectivos, donde se encuentra: 1) la designación de los sindicatos participantes (art. 613, I); 2) el plazo de vigencia (art. 613, II) ; 3) las categorías o clases de trabajadores abarcadas (art. 613, III); 4) las normas para la conciliación de divergencias surgidas durante la aplicación del pacto (art. 613, V); 5) disposiciones sobre el proceso de prorrogación y revisión de sus dispositivos (art. 613, VI); 6) sanciones para los sindicatos participantes, empleados y empresas, en caso de violación del convenio (art. 613, VIII).

No es demasiado referirse a que las cláusulas normativas son las que se incorporan al contrato de trabajo y las obligaciones son las que determinan derechos y deberes entre los sujetos negociantes.

Sin embargo, hay doctrina que va más allá y separa el contenido del Convenio Colectivo Brasileño en cláusulas de beneficio individual (normativas); cláusulas de conclusión (formalidades); cláusulas solidarias (que benefician a la empresa como un todo, como por ejemplo, higiene y prevención de riesgos); cláusulas sobre la constitución interna de la empresa y cláusulas sobre instituciones comunes (como por ejemplo, fondos de pensiones)¹¹⁶

Sobre lo que se puede negociar, es necesario repetir que todo es negociable desde que se respete la reserva legal, salvaguardando las materias que la propia ley determina la

¹¹⁶ MAGANO, Octávio Bueno. *Organização sindical brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 111.

posibilidad de negociación colectiva más amplia, como es el caso Constitucional del descuelgue salarial y la jornada del personal de turnos ininterrumpidos.

2.1.2.2. c) Vigencia y Duración

En el sistema brasileño el Convenio Colectivo entra en vigor tres días después de su depósito en el registro del Ministerio del Trabajo, de acuerdo con el artículo 614, 1º. de la CLT.

Sin embargo, hay autores que rebaten tal regla con el argumento de que la Constitución otorga “efecto erga omnes” inmediato a los Convenios Colectivos que vengan firmados por las partes legitimadas, sin tener necesidad de su registro público.¹¹⁷

La duración del Convenio Colectivo es determinada por el artículo 614 de la CLT, limitando la vigencia de negociación a dos años. A pesar del reglamento legal del artículo 614 CLT limitando la negociación a dos años, con una reciente alteración de sus decisiones anteriores, el Tribunal Superior del Trabajo modificó el 27.09.2012 su entendimiento considerando el principio de la ultraactividad de la norma colectiva hasta que no se negocie otra en su lugar.¹¹⁸

Así, en sentido contrario a las legislaciones comparadas, el precedente actualizado de la más alta corte laboral de Brasil determina que las cláusulas normativas de los convenios colectivos se integran en los contratos individuales y solamente pueden ser modificadas o suprimidas a través de nueva negociación de trabajo.

2.1.2.2. d) Prorrogação, Revisión, Denuncia, Revocación, Extensión

Cualquiera que sea la alteración que se pueda hacer en el Convenio Colectivo (prorrogação, revisión, denuncia, revocación) debe respetar las formalidades inherentes a un

¹¹⁷ RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Ltr, p. 221.

¹¹⁸ Súmula 277 do TST “CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICACIA. ULTRATIVIDADE (redacción alterada en 14.09.2012, divulgada en 25 a 27.09.2012) As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”

convenio colectivo nuevo, con la deliberación en asamblea conforme el artículo 612 de la CLT.

En relación con la prorrogación, revisión, denuncia y revocación, solamente pueden existir si las dos partes estuvieren de común acuerdo, puesto que hace falta que se instaure un nuevo procedimiento de negociación.

Hay autores, como el profesor Amauri Mascaro, que defienden la tesis de que la prorrogación es admitida cuantas veces los interesados la pactaren, pues la ley no limita las prórrogas, habiendo posibilidad de que la prórroga supere los dos años de vigencia si pactan nuevamente el mismo convenio.¹¹⁹

En relación con la extensión, no hay regla establecida en la legislación para la aplicación del Convenio fuera de las bases profesionales y económicas representadas, así, si acaso haya intención de determinado sujeto colectivo de trasladar para su realidad un Convenio de otro ámbito, tendrá la necesidad de pactarlo como si fuera un nuevo convenio, con la designación de asamblea, cumplimiento de las formalidades del Convenio, y su registro frente al órgano oficial.

2.1.2.2. e) Concurrencia de los Convenios y Definición de Categoría

El artículo 620 de la CLT baliza la regla de concurrencia entre convenios previendo que las reglas de la convención colectiva, cuando sean más favorables, prevalecen sobre las determinadas en el acuerdo colectivo pactado en el ámbito de la empresa.

Varios doctrinadores como el magistrado Mauricio Godinho Delgado¹²⁰ citan la aplicación de dos teorías para los problemas de concurrencia; son las teorías de la acumulación (o teoría tomista o atomista) y del “conglobamento o del conjunto”.

La teoría de la acumulación se aprovecha de las normas más favorables al trabajador de cada Convenio Colectivo concurrente, utilizando así los dos instrumentos colectivos a la vez, en un análisis cláusula a cláusula.

¹¹⁹ NACIMENTO, Amauri Mascaro, 2001, op. cit., p. 356.

A su vez, la teoría del “conglobamento” analiza el instrumento colectivo que sea más favorable al trabajador en bloque. Por este instituto aplicase lo más favorable en todo su conjunto, y no cláusula a cláusula como en el anterior. Teoría que, a nuestra comprensión, es la más utilizada en Brasil.

Como bien observa el mestre Amauri Mascaro Nascimento, la jerarquía de las normas laborales no puede dejar de atender el aspecto teleológico del Derecho del Trabajo y eso lleva a la regla de favorabilidad de la norma. In verbis, él explica: “Ao contrário do direito comum, em nosso direito a pirâmide que entre as normas se forma é dinâmica, e não estática, e terá como vértice, observados os preceitos constitucionais, as disposições que mais beneficiam o trabalhador.”¹²¹

En relación con la jerarquía en el tiempo, no hay legislación que disponga nada sobre tal asunto, pero la jurisprudencia camina en el sentido cronológico, en que el convenio posterior revoca el anterior, conforme el “principio do tempus regit actus”.

Como ya se ha dicho, en Brasil básicamente existen dos grados de negociación colectiva, el de categoría y el de empresa, y solamente esos dos instrumentos pueden enfrentarse, con excepción de los problemas de categoría diferenciada.

Para tanto, nos hace falta estudiar un poco más específicamente lo que es la categoría profesional.

Según el profesor Magano, la categoría se conceptúa como la base sobre la cual se asienta un determinado tipo de sindicato, el sindicato de profesión.¹²²

Por su lado, la Ley en el artículo 511 de la CLT, en su párrafo 2º, indica objetivamente los principios para delimitar la categoría, con los términos de que la similitud de las condiciones de vida oriundas de la profesión o del trabajo en común, en situaciones de empleo en la misma actividad económica, o en actividad económica conexas, componen la expresión social elemental de categoría profesional.

¹²⁰ DELGADO. Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2001, p. 130.

¹²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 2006, op. cit. p. 361.

¹²² MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, v. III, 1990, p. 89.

Considerando tal precepto legal, es posible decir que el concepto de categoría en Brasil se expande por allá de la propia profesión, aglutinando trabajadores incluso en la misma actividad económica o en actividades económicas similares o conexas.

La categoría debe tener base territorial mínima de un municipio, entretanto, nada impide que el sindicato se forme en un municipio, o su base englobe varios municipios de la región.

Sin embargo, la regla no es tan sencilla, en la medida que la ley, a través del artículo 511, párrafo 3º. de la CLT se abre otra posibilidad de categoría, titulada “categoría diferenciada”.

Tal “categoría diferenciada” se forma a través de los empleados que ejerzan profesiones o funciones diferenciadas por fuerza del estatuto especial o en consecuencias de condiciones de vida singulares, como son los casos de los abogados que trabajan en una empresa química. Esos empleados no son calificados como químicos, sino como abogados y tienen su propio sindicato.

Entretanto, no siempre es fácil saber en qué categoría profesional el empleado está englobado. Tal situación pueden traer, en ese caso, problemas de concurrencia de convenios, puesto que la empresa puede aplicar al trabajador el convenio de la categoría generalizada, y el empleado a su vez, pretender utilizar el convenio de la categoría diferenciada. La ley, en ese caso no tiene mecanismos de actuación, pero la jurisprudencia se afirmó en dar prioridad al convenio de categoría diferenciada, puesto que si la norma distingue la categoría general de la diferenciada, es porque tuvo la intención primera de promover la distinción de convenios, respetando el principio del “in dubio pro operario”.

2.1.2.2.f) Eficacia

La propia ley oferta a la negociación colectiva efecto normativo y eficacia “erga omnes”. El artículo 611 de la CLT determina que las cláusulas de la Convención o acuerdo colectivo son aplicables a todos los miembros de la categoría o de la empresa, independiente que sean socios o no del sindicato.

Por el entendimiento del profesor Amauri Mascaro, el efecto normativo es el medio adoptado por el ordenamiento brasileño para producir los mismos resultados, que, en otros países, es alcanzado por otras formas, como extensión de contratos colectivos a no asociados.¹²³

El efecto normativo, por lo tanto, se aplica a todos los empleados de la empresa indistintamente. Los trabajadores, filiados o no, y las empresas, igualmente, estarán obligadas a cumplir lo pactado por los sindicatos de su base territorial.

Por otro lado, es evidente, pero no menos importante decir que solamente tiene eficacia el Convenio que tenga legitimidad, aplicabilidad efectiva y que este cumpliendo los requisitos de forma, como asambleas con quórum mínimo, contrato escrito, firmado y entregado al Ministerio del Trabajo, requisitos que no cumplidos implican la nulidad del contrato.

2.1.3. Las Convenciones y Acuerdos Colectivos

Tal y como se ha anunciado anteriormente, la negociación colectiva en Brasil trabaja principalmente en dos niveles de actuación, por categoría profesional, siendo su base territorial mínima, el municipio; y en nivel de empresa, siendo su base mínima una empresa.

La negociación colectiva tiene un origen descentralizado, puesto que el primero en negociar es el sindicato, en su ausencia, la federación y por último, la confederación. El sindicato puede negociar acuerdos de empresa, o de bases territoriales de, como mínimo un Municipio.

La vigencia normativa de la negociación colectiva en Brasil, lleva a comprensión que sus cláusulas se aplican a los afiliados y no afiliados de los sindicatos contratantes, o sea, que las convenciones o acuerdos tienen naturaleza jurídica “erga omnes”, excluyendo solamente las categorías diferenciadas que negocian por su cuenta, cuando existe sindicato actuante.

Sin embargo, como ya se ha explicado en el Capítulo anterior, la negociación brasileña sufre dos problemas en paralelo, uno son las consecuencias de la unidad sindical,

¹²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p.339.

que la hace, muchas veces, un flaco interlocutor, puesto que no hay competencia sindical, haciendo con que muchos sindicatos no negocien, o negocien copiando da ley.

El otro problema está en el eje de la legislación brasileña laboral. La CLT nunca fue reformada desde 1943, y apenas se incorporaron nuevos conceptos, como contrato a plazo determinado, a tiempo parcial, entre otros. Nunca hubo una reforma estructural, y si pequeñas reformas de emergencia en los picos del desempleo. Por lo tanto, tal legislación laboral carece de la flexibilidad de las legislaciones mundiales más recientes, puesto que sus disposiciones son taxativas y la negociación colectiva solamente puede introducir novedades “in mellios” a los trabajadores, salvo algunas disposiciones constitucionales.

Debemos recordar que el más importante proyecto de ley que visaba reformar la legislación del Trabajo en el último Gobierno del Presidente Fernando Henrique Cardoso, fue de una precariedad brutal y, de plano, no fue aprobado. El gobierno, presionado por intereses de competencia internacional, propuso un proyecto legal que cambiaba apenas un artículo de la CLT, el 618. Entretanto, ese mismo artículo dejaba abierta la posibilidad a la negociación colectiva de disponer de casi todas las condiciones laborales, sin estándares mínimos, y eso en Brasil aún no fue aceptado, principalmente por la manera que fue presentado y después por la cantidad de legisladores socialistas que deberían aprobarlo.

La percepción nos lleva a comprender que Brasil llega a buscar nuevos rumbos dentro de la legislación, en busca de la flexibilidad, en virtud de las necesidades económicas internas y de la competencia internacional y ahora tras la crisis económica vivida, pero todavía trata el asunto de manera poco profunda, con proyectos mal elaborados y bastante censurables para la óptica social.

Dentro de este panorama, el profesor Amauri Mascaro presentaba algunas cuestiones, para saber cuál es la función de la negociación colectiva en el actual contexto, apuntando las siguientes hipótesis: obtener mejores condiciones de trabajo; cubrir los espacios legislativos o administrar la crisis de la empresa.

En conclusión, es posible decir que hubo, de alguna manera, una ampliación de la contratación colectiva, pero algunos factores la inhibieron en Brasil.

Primeramente, la fragilidad de los sindicatos, para lo cual contribuyó el sistema de unidad sindical, impeditivo de la libertad sindical.

Segundo, las restricciones impuestas por el sistema legal de contratación colectiva en cuanto a la legitimidad para negociar y los niveles de contratación, pues el monopolio de las entidades sindicales de primer grado, de 1937, fue reconocido en el artículo 611 de la CLT, según el cual, compete a los sindicatos negociar, y no a las federaciones y confederaciones, estando estas autorizadas para negociar en los casos de categorías no organizadas en sindicatos.

Tercero, la unidad sindical impuesta por la ley, contraria a la libertad sindical, y que concentra la negociación al nivel de categoría, y al sindicato único su agente exclusivo, en detrimento de otras opciones que quieran seguir.

Cuarta, el poder normativo de la Justicia del Trabajo, al cual recurren los sindicatos, transferido para el Estado, por vía de pleito colectivo, la fijación de las reglas a ser observadas ante falta de consenso. Es una protección de los sindicatos frágiles, pero, al mismo tiempo, instituye una cultura de intervención del Estado que no favorece la autonomía colectiva de los particulares. En los últimos cambios legales, al Poder Normativo del Judiciario le restaron fuerza. Ahora, esto tipo de Poder, ya no pueden innovar el convenio anterior, sino solamente mantenerlo en sus cláusulas normativas.

2.1.4 –La Jurisprudencia y el Poder Ejecutivo

En el campo de la jurisprudencia, la misma incentiva que haya negociación colectiva, y prefiere que el poder normativo de los Tribunales sea limitado, promoviendo Orientaciones en este sentido.

Es importante explicar que en Brasil está establecido por ley el Poder Normativo de los Tribunales Laborales para juzgar los conflictos colectivos determinando qué cláusulas se aplicarán. El Poder normativo se constituye como un poder anómalo de la Justicia Laboral, por fuerza de la competencia constitucional, conferida para dirimir los conflictos colectivos del trabajo.

Sin embargo tal Poder está siendo mermado en su carácter de alterar condiciones de trabajo por su arbitrio. El propio Supremo Tribunal Federal disminuyó, en su época, la amplitud del poder normativo de los Tribunales del Trabajo, al decidir, interpretando el art. 114 de la CF, que la justicia del Trabajo puede crear obligaciones para las partes del pleito colectivo, desde que actúe en el vacío de la norma dejado por el legislador.¹²⁴ Sin embargo no tardó mucho tiempo para que este reto cayera también. Luego vino la Emenda Constitucional 45 de 2004 que amplió las competencias de la Justicia Laboral de Brasil, y a su paso, disminuyó el Poder Normativo del Judiciario Laboral. Así, por el nuevo artículo 114 de la Constitución Federal, en su párrafo 2º, el Poder Normativo quedó limitado a decisiones que respeten las disposiciones mínimas legales de protección al trabajo, y principalmente limitado a las condiciones establecidas en los convenios anteriores al conflicto. Es decir, el Poder Normativo no puede innovar condiciones de trabajo nunca negociadas.

A su vez, el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio del Trabajo y Empleo, no es parte en la negociación colectiva, y solamente actúa cuando es llamado como mediador del conflicto colectivo, y en ese caso, promueve reuniones denominadas “mesas-redondas” en la Consejería Regional del Trabajo.

El artículo 616 de la CLT autoriza a la convocatoria por el Ministerio de las partes negociadoras, obligatoriamente, cuando son requeridos por la otra parte. Sin embargo, según el profesor Amauri Mascaro, actualmente la intervención Estatal es evitada al máximo. Así las partes son invitadas y si llegan a un acuerdo, tal documento es depositado en el mismo órgano. Si no llegan a una composición, es elaborado un acta que tiene la finalidad de documentar la reunión y permitir otro método de composición.¹²⁵

2.1.5 – Las Centrales Sindicales

Es natural la afirmación de que las Centrales Sindicales en Brasil actúan muy fuertemente en las negociaciones colectivas.

¹²⁴ Sentencia RE 19.799911-9-PE, j. 24-9-1996, Rel. Min. Octávio Gallotti.

¹²⁵ Mascaro Nascimento, Amauri, COMPENDIO DE DIREITO SINDICAL, Ltr, São Paulo, 2001, p. 338

Las centrales son órganos de cúspide, interprofesionales, que estando por encima de las confederaciones organizan los demás órganos. A ellas se afilian los sindicatos, las federaciones y confederaciones.

A pesar de todo el retraso, para la consideración legal de las centrales sindicales, no resta duda que las mismas han adquirido fuerte poder de negociación, puesto agruparen varios entes sindicales de la misma categoría en sus bases.

El profesor Amauri se pronuncia al respecto de las Centrales diciendo que esas organizaciones son generadas por el derecho sindical no estatal, de modo espontaneo, y solamente por ese vértice son lícitas, aunque otra sea la valoración resultante del derecho estatal. Ellas tienen gran desarrollo y representatividad, organizando huelgas y prestando asistencia a los sindicatos. Hay todo un sistema de filiación de sindicatos a las Centrales, de forma regular y permanente, agrupando los sindicatos en uniones mayores.¹²⁶

Así, aunque la Central Sindical negocie, quien firma el convenio es el Sindicato de la categoría de referencia.

Muchos autores como Gabriel Saad, repudiaban la idea de legitimar tales entidades, comentando que no es admisible que exista pluralismo en la cúspide sindical y unidad en los planos inferiores.¹²⁷

Sin embargo, poco a poco empezaron a nacer algunas Legislaciones o Decretos que reconocían la necesidad de que las Centrales Sindicales se incorporasen con legitimidad en el mundo laboral, primeramente para participar de los Consejos tripartítes sobre relaciones laborales.

Así, esas iniciativas auto organizativas y auto tutelares iban al encuentro de la libertad sindical y de la negociación colectiva. Apuntaban para la superación de las contradicciones existentes en la Constitución de 1988 que, al mismo tiempo que contempló la ampliación del derecho de huelga y trabajó contra la intervención de los sindicatos, mantuvo la unidad sindical. Con este telón de fondo, en 31 de marzo de 2008 el Presidente de la República Luis

¹²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 1991, op. cit., p. 112.

¹²⁷ SAAD, Gabriel. *Constituição e Direito do Trabalho*. In: SUSSEKIND, Arnaldo, et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1996, p. 1054.

Inácio Lula da Silva promulgo la ley 11.648/2008 que dispuso el reconocimiento formal de las centrales sindicales.

A pesar de que la nueva ley legalizase el papel de las centrales sindicales, ellas continúan sin ostentar legitimidad para firmar el convenio colectivo, solamente que ahora pueden participar de negociaciones en fóruns, colegiados de órganos públicos y los demás espacios del dialogo social que posean composición tripartita, en los cuales estén en discusión asuntos de interés general de los trabajadores.

2.2 AGENTES ACTUANTES EN ESPAÑA

2.2.1. Consideraciones Iniciales

El estudio de este tema se hace necesario con el propósito de demostrar como los agentes actúan en la negociación colectiva, dando énfasis, principalmente, a la ley, puesto que es en ella donde están las bases de la negociación colectiva.

Sin embargo, también formará parte de este capítulo el estudio de las últimas transformaciones de la negociación en España, principalmente en lo que se refiere a las reformas de 1994, 1997, 2011, 2012 y 2014.

Tal estudio tiene gran utilidad en la medida que se intentan transponer soluciones de una legislación a la otra, Intentaremos en este capítulo realizar dichas transposiciones para conseguir el posible encaje de una legislación en la otra en la medida en que la vamos profundizando en ambas legislaciones. Es importante mencionar que en los temas en los que no citamos transposiciones, o es porque no hay encaje en el sistema jurídico presente, o porque el sistema brasileño funciona satisfactoriamente y no habría beneficio en la transformación legal.

En síntesis, el objetivo de este apartado es demostrar como actuarán las fuentes del Derecho del Trabajo en las recientes transformaciones del Derecho Español, y como pueden servir de ejemplo al derecho brasileño, transportándolo a nuestro ordenamiento legal.

2.2.2 – La Ley

Las fuentes legales del Derecho Colectivo Español se dividen en dos bloques. El primero contiene las normas de la organización sindical - la posibilidad de formar, de afiliarse o no afiliarse a la organización sindical -. Es decir, la libertad sindical en todos sus términos.

El otro bloque contiene fuentes legislativas sobre la acción sindical dentro y fuera de la empresa, en momentos de acuerdo y en momentos de conflictos. Son fuentes para que el Sindicato funcione con carácter consultivo o gestor y fuentes donde los sindicatos negocian tanto con el Estado como con las organizaciones Empresariales. En este bloque se engloba la negociación colectiva, que es lo que más interesa en este estudio, puesto que en el capítulo anterior ya tratamos sobre la representatividad sindical y su legislación.

2.2.2.1. Legislación internacional

Las fuentes internacionales principales proveniente de la OIT y fueron incorporadas en la legislación nacional. Entre ellas está el conocido Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización. Ratificado el 20 de abril de 1977, garantiza, en líneas generales, que todos los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tengan el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el derecho de afiliarse a estas organizaciones con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Tan importante como el Convenio 87, es el Convenio de la OIT nº 98, ratificado también el 20 de abril de 1977 por España, en el que se trata sobre los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, y trabaja en la protección “contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical”¹²⁸.

También existen normas internacionales en materia sindical que provienen de la ONU. Así, la declaración Universal de derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, fueron ratificados por España.

¹²⁸ OIT - Co 98 – Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (entrada en vigor: 18 Julio 1951 y ratificado por España el 20 de abril del 1977 - artículo 1: “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”. In: www.ilo.org

En lo que se refiere a las normativas comunitarias, España, por formar parte de la Comunidad Europea tiene que respetar todos los reglamentos, directivas, y reglas de interposición comunitaria.

Sim embargo todas las normativas internacionales ratificadas por España están reflejadas en la legislación nacional, por eso, pasamos al estudio de las leyes que regulan la negociación colectiva española.

Aquí hacemos un paréntesis en la búsqueda de las intersecciones de los sistemas normativos, Brasil versus España, en este punto es necesario hacer la más severa crítica al sistema brasileño, pues desde su sistema autoritario no alcanzó a transponer la unidad sindical al pluralismo sindical, y tampoco ratificó el Convenio 87 de la OIT. Primero por la imposición de un gobierno militar hasta 1985, después por la acomodación e influencia de los sindicatos únicos que siguen ganando sus contribuciones obligatorias, dentro de su monopolio de actuación. Este sistema no tiene concurrencia, y por ser único en su base territorial, tampoco tiene representatividad, solamente representación legal, negocia convenios “erga omnes” y todo el sistema es altamente rígido. España, con más inteligencia, hizo una transición plena para la libertad sindical, con la ratificación de los Convenios de la OIT en 1977 sobre libertad sindical, el Estatuto de los Trabajadores en 1980 y la Ley Orgánica de Libertad Sindical del 1985.

Seguramente el principio de la pluralidad sindical rompería la rigidez extrema del sistema brasileño, y daría un salto en la democracia sindical en este país, donde realmente los sindicatos podrían negociar por sus trabajadores reales. Este es sin duda el punto de intersección más contundente de este trabajo, y es el eje de una posible reforma brasileña.

2.2.2.2. Legislación constitucional

Los preceptos constitucionales que tienen relación con la negociación colectiva de los trabajadores privados son los artículos: 7 y 28.1 acerca de la libertad sindical y el artículo 37.1 relativo a la garantía de la negociación colectiva.

Sin embargo, para nuestro estudio, el artículo 37 es el más significativo, puesto que traza el precepto nuclear de la negociación colectiva.

Es el artículo 37.1, donde la Carta Magna determina que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.

Según Sala Franco¹²⁹, por su ubicación dentro de la sección segunda del Capítulo 2 del Título I de la CE, se trata de un precepto de eficacia directa e inmediata. Entretanto, no se puede decir que es auto aplicable, puesto que la Constitución o remite a otra ley, y esa ley es la que regulará las garantías de la negociación colectiva.

En realidad, el art. 37.1 es un precepto inmediato en el sentido de que ninguna legislación puede vetar el derecho a la negociación colectiva.

Según el mismo autor, son cuatro las principales cuestiones que plantea el art. 37.1 de la C.E: 1) El derecho a la negociación colectiva, ¿consiste en la imposición de un deber u obligación de negociar a las partes? 2) ¿Cuáles son, según la Constitución, los titulares del derecho a la negociación colectiva? 3) ¿Cuál sería el contenido posible de los convenios colectivos? 4) ¿Cuál es el sentido del término “fuerza vinculante” de los convenios?

El mismo responde que el derecho a la negociación colectiva se proclama, no tanto frente a unos determinados representantes de los empresarios o de los trabajadores, sino frente al Estado. La Constitución reconoce, pues, un derecho de las partes a negociar sin injerencias externas limitativas del Estado.

En relación con los titulares de la negociación colectiva, dos pueden ser las formas de entenderlo, uno es que la Constitución reconoce capacidad negociadora a todas las estructuras organizativas, estables o espontáneas, internas o exteriores a la empresa, sin otra condición que representar los intereses de los trabajadores y empresarios.¹³⁰ Para otros, por el contrario, cuando la Constitución habla de representantes, lo hace refiriéndose a un concepto de representación que preexiste institucionalmente a la negociación, lo que excluiría la negociación por representantes no estables de trabajadores o de empresarios¹³¹, y, seguramente esta es la forma de entenderlo más razonable en la medida en que no se puede

¹²⁹ SALA FRANCO, Tomas, 2001, op. cit., p. 313.

¹³⁰ DURÁN LÓPEZ y VALDES DAL-RÉ, citados por SALA FRANCO, op. cit. p. 314.

¹³¹ ALONSO OLEA, citado por Sala Franco, op. cit. p. 314.

ignorar el contenido de los artículo 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que tratan sobre la representatividad de los interlocutores sociales, y su legitimidad para negociar.

En lo que se refiere al contenido de la negociación colectiva, es evidente que puede tratarse de todas las cuestiones que afectan a las relaciones laborales y que, lógicamente, estén disponibles en la ley. El contenido se divide en cláusulas normativas y obligacionales.

A su vez, para nuestro estudio, y dentro del tema de la legislación constitucional, es necesario tratar con más atención sobre el poder del vínculo de los convenios colectivos.

En palabras de Ojeda Avilés¹³², “la fuerza vinculante de los convenios significa la afectación de todos los trabajadores y empresarios del ámbito de negociación”, es decir la eficacia “erga omnes” pretendida.

La doctrina separa la fuerza vinculante de dos maneras, desde la perspectiva de las llamadas cláusulas obligacionales del convenio, y desde la perspectiva de las llamadas cláusulas normativas del convenio. Por la perspectiva de las cláusulas obligaciones, la fuerza vinculante proviene del deber de paz en la vigencia del convenio colectivo.¹³³

Sin embargo, lo más claro de la fuerza vinculante de los convenios colectivos es la eficacia normativa de los mismos.

La doctrina más una vez se divide en dos líneas, unos entienden que la fuerza vinculante equivale a la eficacia normativa de todos los convenios colectivos¹³⁴, otros por su parte, resaltan que la CE no reconoce eficacia normativa a todo tipo de convenios sino que esta eficacia normativa es un “plus” que la ley ordinaria establecerá en su caso al garantizar el derecho de negociación colectiva tan sólo respecto de determinados convenios¹³⁵, siendo que la división estaría principalmente entre convenios colectivos estatutarios, y convenios colectivos extraestatutarios, que son justamente los que se negocian al margen de las reglas del ET.

¹³² OJEDA AVILÉS, Antonio, 1998, op. cit., p. 281.

¹³³ A pesar que una parte de la doctrina, como la del profesor Valdés afirmar que el derecho de ir o no a la huelga, independiente de la vigencia del convenio colectivo, pues estaría fuera del tráfico jurídico negociador.

¹³⁴ Entendimiento de Sala Franco, Valdés Dal-Ré, Rodríguez Sañudo, Álvarez Alcolea, Rivero, citado por SALA FRANCO, op. cit., p. 316.

¹³⁵ Entendimiento de Alonso Olea, Borrajo, Martínez Emperador y Ojeda, citado por SALA FRANCO, op. cit., p. 316.

2.2.2.3. Legislación Ordinaria

Las principales normas sobre negociación colectiva son el Estatuto de los Trabajadores (ET) 8/1980, modificado en parte por la Ley 3/2012 y la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLIS) 11/1985, de 2 de agosto, también modificada en parte por la Ley 11/1994, de mayo.

El Estatuto de los Trabajadores dedica su Título III (art. 82 a 92) a la regulación de la negociación colectiva y de los convenios colectivos. Tales preceptos tratan: del concepto y eficacia de la negociación colectiva (art. 82); de las unidades de negociación (art. 83); de la concurrencia (art. 84); del contenido de los convenios colectivos (art. 85); de la vigencia (art. 86); de la legitimación para negociar (art. 87); de la Comisión negociadora (art. 88); de la tramitación, aplicación e interpretación de los convenios (art. 89); de la validez (art. 90); de la aplicación e interpretación (art. 91); y de la adhesión y extensión (art. 92).

Es válido a este estudio hacer un repaso a los temas dedicados a la negociación colectiva en el ET, de manera bastante sencilla, pero con la finalidad de demostrar hasta donde el Estado intervino, y hasta donde la autonomía privada colectiva puede llegar, para que se consiga, en determinado momento, trazar un paralelismo de las legislaciones.

2.2.2.3.a) Eficacia

En la legislación española, la eficacia de la norma se halla en el carácter normativo o reglamentario, en su virtualidad de ley material cogente, de donde se retira efecto inderogable.

El artículo 82 del ET contiene indicaciones que apuntan hacia idéntico objetivo, principalmente en su punto 3. El convenio está pensado para regular un grupo de personas y en consecuencia se impone sobre los individuos y sobre la autonomía individual sin darles otra opción que su observancia.

Se puede decir, que el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores es un complemento del art. 37.2 de la Constitución, puesto que este se refiere a la “fuerza vinculante” de los convenios, como ya comentado.

El profesor Ojeda Avilés, en la década de 90, separó la eficacia normativa de la negociación colectiva en tres elementos: Inmediatividad; Imperatividad e Inderogabilidad relativa. Donde la inmediatividad es la recepción automática de la norma colectiva por los contratos de trabajo individuales; la imperatividad es la función de supremacía de la norma colectiva, puesto que no forman parte de la categoría de normas dispositivas, que pueden apartarse por declaraciones de voluntad individual, con excepción de que lo permita el propio CCT, siendo que en el momento que entra en vigor, el CCT automáticamente substituye las cláusulas individuales discrepantes, imperando la norma colectiva; y la Inderogabilidad relativa, quiere decir que el CCT es inderogable para cualquier empeoramiento de sus cláusulas, sin embargo, si se pacta individualmente las condiciones más favorables al trabajador, esa situación jurídica es claramente permitida por la observancia del principio de la norma más favorable. Aunque es posible que existan cláusulas dispositivas en los convenios de amplio espectro, que muchas veces son llamadas cláusulas de “descuelgue” o de “atemperación”¹³⁶.

Hagamos aquí un paréntesis para explicar un poco el descuelgue en el nuevo sistema de leyes laborales. Tras la crisis, se formó en la legislación la positividad del descuelgue prácticamente integral de las condiciones de trabajo, principalmente para posibilitar el “reformatio in pejus” en determinados convenios colectivos, por comprobadas situaciones que las empresas deben demostrar. El descuelgue para modificaciones de condiciones de trabajo ocurre tras la demostración de que causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, concurrirán para autorizarse las modificaciones de condiciones laborales. Según el artículo 82.3 del ET el descuelgue se dará por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme lo previsto en el artículo 87.1 ET.

A continuación, el artículo 82.3 del E.T establece que los convenios colectivos regulados por el propio estatuto obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

¹³⁶ OJEDA AVILÉS, Antonio, 1998, op. cit., p. 342.

Eso significa que, independiente del umbral de afiliados, la negociación colectiva estatutaria tiene eficacia general a todos los trabajadores que estén comprendidos dentro del ámbito sindical, sea por su profesión, o por su categoría.

El artículo 90.3 del ET otorga al Convenio Colectivo verdadera alma de ley, disponiendo sobre la necesidad del documento ser registrado en el Boletín Oficial del Estado o, en función del ámbito territorial del mismo, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el Boletín Oficial de la provincia correspondiente.

2.2.2.3 b) Unidades de Negociación

Muy importante para nuestro estudio, son las unidades de negociación colectiva de la legislación española.

La regla básica que el legislador aplica a las unidades de negociación es la más amplia posible y respecta sobremanera la autonomía de las partes privadas colectivas, pues según el artículo 83 del ET “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”.

Cada unidad de negociación actúa mediante un determinado ámbito de aplicación, en lo que se divide en ámbitos funcional, territorial y personal.

El ámbito funcional identifica la rama, el sector o subsector de actividad económica, la empresa o centro de trabajo o, incluso, el propio ámbito interprofesional al que se aplica el convenio; por su parte el ámbito territorial delimita el espacio geográfico (estatal, comunidad autónoma, interprovincial, provincial, comarcal o local); y el ámbito personal, se refiere a aplicación o no aplicación del convenio colectivo a determinados trabajadores diferenciados dentro de una empresa, por ejemplo, los trabajadores de altos cargos, personal directivo, o determinadas categorías profesionales diferenciadas.¹³⁷

Por otro lado, y no menos importante, el artículo 83 en su apartado 2º abre la posibilidad de las organizaciones sindicales y las asociaciones patronales más representativas,

¹³⁷ SALA FRANCO, Tomás, 2001, op. cit., p. 326.

de carácter estatal o de comunidad autónoma, establezcan la estructura de la negociación colectiva, así como fijen las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia. Es lo que la doctrina comúnmente llama de “convenios para convenir”.

Los “convenios para convenir” se denominaron “acuerdos marco” que funcionan entre las asociaciones o confederaciones de cúpula de trabajadores y empresarios con la exigencia de que sean las más representativas.

En líneas generales son los Acuerdos Marcos basados en las cuestiones económicas y sociales de cada período, que establecen la estructura para que los interlocutores sociales trabajen la negociación colectiva que vayan a convenir.

A modo de ejemplo, últimamente se negoció el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2015, 2016 y 2017¹³⁸ donde, en la cumbre, se establecieron muchas materias de carácter social y económico, así como se establecieron criterios de negociación colectiva para el período, siendo una de las recomendaciones la regulación de la ultraactividad para la renovación de los convenios, o los acuerdos parciales para la constitución de una nueva unidad negociadora.

Por lo tanto, nada impide que estas mismas organizaciones también celebren acuerdos sobre materias de fondo, como se establece en el artículo 83.3 del ET.

Según Sala Franco, existen dos tipos de convenios marco, uno en sentido propio y otro en sentido mixto, que, al mismo tiempo regula la negociación colectiva, y regula condiciones de trabajo aplicables directamente en su ámbito correspondiente.¹³⁹

Muchos acuerdos marcos ya fueron firmados y son firmados todos los años por las organizaciones más representativas, siendo que además de firmar acuerdos sobre la estructura de la negociación colectiva, firman también sobre el empleo, estructura oportunidades, seguridad y salud en el trabajo, cobertura de vacíos, formación profesional continua, solución extrajudicial de conflictos laborales, inaplicación de determinadas condiciones de trabajo en los convenios, entre otros.

¹³⁸ BOE de 20 de junio de 2015

Aquí se procede a realizar el paréntesis de la intersección entre sistemas normativos. Es reconocida en la doctrina la necesidad de eliminar la rigidez de los niveles de negociación brasileños, por lo que solamente existen 2 niveles, el de sector, limitado a una base territorial mínima, o el de empresa limitada a los trabajadores de determinada empresa. El encaje de más niveles como lo vamos a estudiar con más profundidad en el próximo capítulo, oxigenaría la negociación colectiva en Brasil, buscando una vertebración desde las centrales sindicales hacia abajo y a la vez daría fuerza a la poca autonomía privada colectiva. La posibilidad de presentarse acuerdos marcos a nivel nacional, como los “acuerdos para convenir” traería un sistema de negociación colectiva más pensando por los interlocutores sociales que por los legisladores. El tejido de la negociación colectiva tendría un colorido real y más próximo a sus objetivos, que lo únicamente la voluntad del legislador.

2.2.2.3 c) Concurrencia

La concurrencia de convenios es también un tema bastante importante para el estudio propuesto, puesto que en Brasil este tema está muy poco organizado, utilizándose básicamente el principio de la regla más favorable al trabajador.

En España, primeramente, el artículo 84 del ET establece que “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.”

En su apartado siguiente, el artículo fortalece al convenio de empresa, estableciendo que los convenios de empresa “tendrán prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) la cuantía de salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) El abono o la compensación de horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, y la planificación anual de las vacaciones; d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral,

¹³⁹ SALA FRANCO, Tomás, 2001, op. cit., p. 332.

familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2”.

Así, la reforma del art. 84 del ET tuvo dos objetivos: 1. Limitar el uso del convenio provincial, por medio, no sólo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, sino cuanto se permite excepcionar la regla de la concurrencia exclusivamente a los convenios colectivos de ámbitos de Comunidad Autónoma; 2) Potencializar los convenios de empresa.

Igualmente, los convenios de grupo de empresa también disponen de la misma prioridad descrita.

En resumen, las reglas de concurrencia entre convenios colectivos son bastante claras, en las lecciones de Jordi García Viña¹⁴⁰: 1. Se prohíbe la concurrencia aplicativa de dos o más convenios en un mismo ámbito de aplicación, siempre que las cláusulas de ambos fueran irreconciliables, estando presente la regla de validez de los primeros sobre los segundos. Pero, es válida la negociación de un convenio posterior de diferente ámbito referido a materias no reguladas en el convenio colectivo vigente; 2. En los casos de concurrencia, la consecuencia no es la nulidad de los convenios concurrentes, sino la no aplicación del que se considere concurrente; 3. A partir del momento en que deja de estar vigente un convenio, su ámbito de aplicación podrá ser revisado u ocupado por otro convenio del mismo o de distinto ámbito. Un convenio dejará de estar vigente cuando concluye la duración prevista en el mismo, previa denuncia expresa de una de las partes, según el art. 86.2 ET. A partir de ese momento la prohibición de concurrencia desaparece y es posible la aplicación de convenios colectivos de ámbito superior o inferior al hasta entonces aplicable. 4. La prohibición de concurrencia no es aplicable a la relación entre convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios;

2.2.2.3. d) Contenido y “descuelgue”

El contenido del convenio colectivo es exactamente su relleno, es decir, las cláusulas normativas u obligacionales y los pactos que las partes convengan.

¹⁴⁰ GARCIA VIÑA, Jordi. *Derecho Sindical, cuestiones actuales en España*. Portugal, 2013, p. 251.

Las cláusulas obligacionales garantizan la eficacia del convenio colectivo mediante la imposición de derechos y obligaciones a las partes contratantes.¹⁴¹

Por su vez, las cláusulas normativas reglan las condiciones de trabajo en si, afectando directamente a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

El ET, también modificado en este tema por la ley 3/2012, abre el abanico a la negociación colectiva, dictando en su artículo 85 que “dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras que afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40,41,47 y 51 de esta Ley.”.

El apartado 3, del artículo 85 del ET determina cuales son los requisitos mínimos del convenio colectivo, donde se encuentran: a) determinación de las partes que los conciertan; b) establecimiento del ámbito personal, funcional, territorial y temporal; c) procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbitos estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo. d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia. e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la Ley y de cuantas otras lo sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.

Es importante resaltar que antes de la crisis económica que está atravesando España desde 2008 que ha destruido mayor número de empleos que en cualquier otra de las principales economías europeas, no todos los temas negociables eran permitidos a todos los ámbitos de interlocutores sociales. Muchos temas, por su relevancia, eran conducidos solamente por los convenios de ámbitos superiores, pues, según el legislador, algunos temas

¹⁴¹ STS de 21 de diciembre de 1994. Ar/10346, citado en SALA FRANCO, Tomás, op. cit., p. 336.

transcendían los intereses de una empresa, y por lo tanto solamente los convenios sectoriales nacionales en su defecto, sectoriales de ámbito inferior lo negociaban.

Así, antes de las últimas reformas laborales sobre negociación colectiva, la ley limitaba el convenio colectivo a la negociación colectiva de ámbitos sectoriales estatales o de ámbito inferior, omitiéndose, muchas veces, al convenio colectivo de empresa. Tal fenómeno, según Ninet¹⁴², ocurría porque se estimaba que el convenio colectivo de empresa sería un convenio demasiado interesado y difícil de controlar sindicalmente.

Sin embargo, con la Ley 3/2012, la empresa asumió un precioso papel en la estructura de la negociación colectiva. Según Jesús R. Mercader Uguina, fue el momento de cambiar la cultura de las relaciones laborales del país “y buscar nuevas orientaciones frente al evidente fracaso que han tenido las opciones normativas y convencionales existentes en los últimos años. El cambio era necesario y había de afectar, quizás más que ningún otro, al ámbito de la negociación colectiva. Las últimas reformas en esta materia no habían alcanzado los objetivos buscados. Las escasas experiencias aplicativas de la reforma, articulada a través del RD-L 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, han servido para demostrar, como luego se comprobará, que se trataba de una reforma necesitada de ciertas adaptaciones. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, es un paso decidido en esta dirección en lo que se refiere a la función de la negociación colectiva como instrumento de regulación del sistema de relaciones laborales.”¹⁴³

De este modo, la estructura que mantenía una barrera en la entrada del sistema de negociación colectiva fue rota bajo la descentralización de la negociación, y como ya se mencionó, la empresa se presentó como “nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva”.

Importante decir que el artículo 84.2, con la nueva redacción, establece la prioridad de los acuerdos de empresa sobre los acuerdos de mayor ámbito en una extensa serie de materias, como: la cuantía del salario base y complementos salariales (incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa); compensación por trabajo extraordinario y trabajo en turnos; horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y

¹⁴² GARCÍA NINET, José Ignacio, p. 5.

¹⁴³ MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la ley 2/2012. In: *Lex nova laboral, lex nova*, Valladolid, p. 422

planificación anual de las vacaciones; adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de trabajadores; adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal y todas las materias que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere en artículo 83.2.

Así, conforme Amparo Merino Segovia¹⁴⁴, la reforma laboral del 2012 garantizó la independencia de la empresa, con vistas a facilitar una negociación de condiciones laborales en un nivel más próximo y más adecuado a la realidad de la empresa y de sus propios trabajadores. Es decir, las nuevas reglas laborales aproximaron las necesidades de las partes de la relación de trabajo, con el objetivo primordial de la manutención de los empleos y en la búsqueda de la estabilidad de la economía española.

Los asuntos citados pueden ser negociados por el acuerdo de empresa, “en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior y tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior¹⁴⁵, sin que a eso se pueda oponer los contratos colectivos de otro nivel más amplio. A este fenómeno se da el nombre de “descuelgue”.

Las reglas del “descuelgue” o inaplicación de un convenio colectivo de empresa se encuentran en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, y trabajan en paralelo con el propósito del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, modificado también por la Ley 3/2012. Este último artículo determina la legalidad de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, por la dirección de la empresa, cuando probadas razones económicas, técnicas, organizativas y de producción.

La exposición de motivos de la Ley 3/2012 explica la intención de este bloque de mudanzas donde están enlazados los artículos 41 y 82 del Estatuto de los Trabajadores: “agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. El problema de la dualidad laboral es consecuencia, en

¹⁴⁴ MERINO SEGOVIA, Amparo. La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos. *Revista de Derecho Social*, n. 57, p. 252, 2012.

¹⁴⁵ Artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, con la nueva redacción de la Ley 3/2012, BOE de 7 de julio de 2012.

buena medida, de un sistema de instituciones laborales inadecuado, como ha quedado evidenciado durante la última crisis. En un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada. Este tipo de ajuste ha sido relevante en los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo.”¹⁴⁶

Así, con este telón de fondo, el acuerdo que promueve el “descuelgue” de cláusulas de convenios de ámbito superior, según el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, “deberá determinar las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa.” Y a la vez, “El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo”.¹⁴⁷

Finalmente cabe resaltar que no hay criterio sobre si se admite el “descuelgue” o inaplicación de un convenio colectivo de ámbito inferior al de empresa, es decir, un convenio colectivo franja o un convenio de centro de trabajo. Se debe advertir que algunos doctrinadores han rechazado esta hipótesis porque el artículo 82.3 se refiere a “no aplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea éste de sector o de empresa” y no hace referencia de forma expresa a los convenios colectivos de ámbito inferior¹⁴⁸. Sin embargo, existe una línea doctrinal que admite este tipo de descuelgue, pero con algunas matizaciones.

En caso de desacuerdo sobre la inaplicación, “cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio”. En el supuesto bastante probable de que ésta no alcanzara un acuerdo en “plazo máximo de siete días”, las partes podrán recurrir a los procedimientos convencionales de solución de este tipo de discrepancias que pudieran prever los acuerdos interprofesionales o los convenios generales del artículo 83 ET. Otra vía posible

¹⁴⁶ Exposición de motivos de la ley 3/2012, de 6 de julio, BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012 p. 49113 a 49191

¹⁴⁷ Artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, que fue modificado de forma substancial por el Real Decreto-Ley 2/2012 y la Ley 3/2013.

¹⁴⁸ GORELLI FERNANDEZ, J. La negociación colectiva de empresas: descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa. Granada: Comares, 2013, p. 47.

de solución es someter la discrepancia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.¹⁴⁹

Importante apuntar que Brasil también pasa por una crisis económica de recesión, donde la producción ha bajado 6,6% en un año y el desempleo ha llegado a los 8,3% en el segundo trimestre del 2015, según datos de IBGE. Así, como el fenómeno del “descuelgue” nos pareció una importante arma jurídica tras las crisis económica española, se puede plantear la hipótesis de utilizarlo en el ordenamiento jurídico brasileño como sistema de emergencia buscando niveles de empleo mejores. Por tanto el legislador tendría una importante misión, que es la de alterar el eje primario del derecho laboral brasileño para que se pueda modificar condiciones de trabajo “in pejus”, siempre y cuando el empresario compruebe que pasa por dificultades en su negocio, y que el equilibrio de las relaciones de trabajo y empleo se daría tras menores derechos laborales.

2.2.2.3. e) Vigencia

También en cuanto a la vigencia de los convenios colectivos, la autonomía de las partes negociadoras prevalece por voluntad de la ley del Estatuto de los Trabajadores. Es deber de las partes negociadoras establecer el plazo de vigencia de sus cláusulas, abriendo la posibilidad, además, de pactar distintos períodos de vigencia para cada materia.

Interesante para nuestro estudio es el apartado 2 del artículo 86, donde la ley fija “salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes”. Es decir, una vez pactado el convenio, solamente se derogan sus cláusulas normativas por denuncia o por un nuevo convenio que suceda al anterior. El verdadero espíritu de la ultra-actividad legal. Lo que también ocurre en Brasil, pero solamente en los precedentes jurisprudenciales.

El establecimiento de la duración global del convenio normalmente viene expresada en años, bien de forma directa, años concretos, bien con la fecha de inicio y termino. Ya en cuanto a los instrumentos de actualización interna de los convenios, según Mercader Uguina “la práctica convencional ha introducido diversas técnicas que permiten el ajuste del convenio durante su vigencia. Estos mecanismos en los puntos en los que el convenio es más sensible al paso de tiempo (salarios y jornada, típicamente) sirven para dotar al texto convencional de

¹⁴⁹ GARCIA MURCIA, Joaquín, et al. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 384.

una mayor flexibilidad y adaptabilidad. Los mecanismos más utilizados son la revisión y el escalonamiento de vigencias.”¹⁵⁰

En esta línea, el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores legaliza la revisión del convenio, normalizando: “Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión.”¹⁵¹

El Tribunal Constitucional decidió en su sentencia 213/1991 que la revisión del convenio supone una actividad, llevada a cabo por los firmantes del convenio o sus representantes, con la finalidad de adaptar o actualizar los contenidos convencionales en base a la delegación existente en el propio acuerdo. Normalmente con la finalidad de evitar posibles pérdidas de poder adquisitivo de los trabajadores, las partes de la negociación incluyen en sus acuerdos cláusulas de revisión salarial de tipología diversa.

Por su vez, la ley establece duraciones distintas para cada materia o grupo homogéneo de materias, es el escalonamiento de materias, o incluso, duraciones indefinidas para todas o parte de las materias acordadas. Es posible que los convenios colectivos sectoriales de ámbito nacional, fundamentalmente, establezcan períodos de duración diversos de 2, 3, 4 años, en esos casos los instrumentos colectivos prevén vigencias distintas, normalmente anuales, para determinadas materias, tales como salario, jornada y clasificación profesional.

Antes, solamente en contenido normativo del convenio se extendía en el período de vacío, hasta que no se negociara otro convenio, entretanto tras decisiones antagónicas, como la Sentencia STS de 12 de abril de 1995, donde la misma estableció la posibilidad de las partes prolongaren voluntariamente la vigencia del contenido obligatorio del convenio hasta que adquiriera vigencia uno nuevo.

En las últimas reformas laborales, llegaron los acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

¹⁵⁰ MERCADER UGUINA, Jesús, *Lecciones de derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 760.

¹⁵¹ Modificación que la ley 3/2012 transpuso en el artículo 86 ET.

Por fin, vale decir que el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvaguardando los aspectos que expresamente se mantengan.

2.2.2.3. f) interpretación

Para la aplicación del convenio colectivo hay necesidad de interpretación de su contenido, pues cuando el convenio entra en vigor, muchas de sus cláusulas pueden generar conflicto, hecho que necesita de algunos mecanismos para adaptar la norma colectiva a la realidad.

Los primeros en interpretar el convenio colectivo son sus destinatarios y en segundo lugar, cuantos hayan de velar por su cumplimiento, atendiendo a las facultades que los propios convenios reconocen a las representaciones de sus negociaciones para su interpretación y aplicación y a los órganos convencionales de composición de las controversias surgidas de esa interpretación y aplicación.¹⁵²

Para tanto, existe una comisión paritaria del convenio, que se estructura con un número igual de representantes de las partes negociadoras, aunque no deba recaer sobre la comisión negociadora, es lo que suele acontecer.¹⁵³

Además, conforme el art. 91, párr. 2º. ET, la solución de las controversias derivadas de la aplicación e interpretación de los Convenios Colectivos pueden ser alcanzadas por conciliación, mediación o arbitraje.

Por fin, puede el convenio colectivo ser interpretado por el Poder Judicial encargado de dirimirlo, estando legitimado el juez para decidir cual es la interpretación de la cláusula en discusión.

Debemos comentar que las reglas de interpretación de los convenios colectivos siguen las reglas de interpretación legal, donde se utiliza los métodos de interpretación literal, sistemática y analógica, siendo este último más utilizado en convenios sectoriales “similares” o de “características económico-laborales equiparables”.

¹⁵² ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2001, op. cit., p. 888.

Sin embargo, la voluntad real de las partes, que precede al convenio, documentada en las actas de deliberación, también pueden ser fuentes importantes a la hora de interpretar cual era la intención de la negociación.

2.2.2.3. g) Adhesión y Extensión

En la legislación española existen mecanismos de adhesión y extensión del convenio colectivo, donde un convenio colectivo puede ampliarse a trabajadores y empresarios no incluidos en la correspondiente unidad de negociación, bien mediante la adhesión voluntaria a tal convenio de partes distintas de las que lo celebraron, bien mediante un acto administrativo de extensión del pacto a un ámbito que excede del suyo propio.

El artículo 92 del Estatuto de los Trabajadores dispone sobre esos dos temas, regulando que las partes legitimadas podrán adherirse a un convenio colectivo, siempre que no estuvieran afectas por otro, y a su vez el Ministerio de Trabajo podrá extender un determinado convenio a trabajadores y empresas, si existe especial dificultad para la negociación.

Sin embargo, solamente pueden adherirse a los convenios si las partes negociadoras cumplen los requisitos de legitimidad de los artículos 87 y 88 del ET, y si la unidad de negociación no está afectada por un convenio colectivo. Además, hay necesidad de registro de la adhesión en la Administración Laboral.

La adhesión es una ventaja para las unidades que no quieren tardar ni costear la negociación colectiva, y prefieren la facilidad de adherirse a una ya negociada. Seguramente, ésta es una buena ventaja, puesto que las partes no se desgastan ni pierden tiempo en mesas de negociación. Pero no se puede dejar de lado los pesados perjuicios de adherirse a una negociación pautada para otra realidad, mismo que similar, seguramente algunos puntos importantes no se han tenido en cuenta, y otros no tendrán el mismo resultado.

En relación a la extensión, tal procedimiento depende de la aprobación del Ministerio del Trabajo, pero son las partes las que la requieren al Ministerio, por los procedimientos definidos en el RD 572/1982.

¹⁵³ OJEDA AVILÉS, Antonio, 1998, op. cit., p. 344.

La diferencia de la adhesión y de extensión está en que en la adhesión las partes, legitimadas a negociar traen para sí un convenio colectivo, y en la extensión, las partes, con cierta dificultad en negociar o por falta de legitimación, pueden, con la autorización del Ministerio del Trabajo, extender un convenio colectivo de ámbito de aplicación distinta a la suya, según el artículo 3º. de la RD 572/1982.

Es importante resaltar las afirmaciones menos teóricas y más cercanas de la realidad de Ojeda Avilés sobre el tema de la extensión: “En la práctica, las razones que llevan a la organización solicitante – que es normalmente un sindicato – a pedir la extensión se pueden contar con los dedos de la mano. Unas veces se trata del fracaso de la negociación para el próximo convenio, en otras no hay partes legitimadas para negociar un convenio, lo que evidentemente dificulta la negociación y permite intervenir a la autoridad laboral; por último, es relativamente frecuente encontrar que las dificultades no tengan índole objetiva, sino subjetiva: la patronal tiene capacidad y legitimación para negociar, pero rehúsa hacerlo, y el sindicato pide una extensión, seguramente por carecer de la suficiente masa de afiliados para la acción directa.”¹⁵⁴

2.2.2.3. h) Legitimación y Comisión Negociadora

Los artículos 87 y 88 del ET definen quiénes deban ser las partes contratantes del convenio colectivo estatutario, como ya se ha estudiado en el capítulo anterior, donde se trató de la representatividad de los interlocutores sociales, y por eso no hace falta repetir los mismos criterios de representatividad.

Aunque, vale recordar que la legitimación de los representantes está separada en el ámbito espacial de convenios colectivos supra empresariales, convenios colectivos empresariales o de ámbito inferior, convenios colectivos de franja o de grupos de trabajadores y convenios colectivos de grupos de empresas, es decir, las partes negociadoras tienen a su disposición una negociación colectiva bastante articulada, dentro de varios niveles de negociación.

¹⁵⁴ Ibid., p. 361.

2.2.3. Agentes del Derecho Colectivo

Después de las leyes están los reglamentos administrativos en materia sindical, los propios acuerdos negociados y convenios colectivos; la jurisprudencia de los Tribunales y el derecho estatutario sindical.

Como la negociación colectiva es lo que más nos interesa en este estudio, es muy importante decir que los acuerdos negociados por los entes sindicales son fuentes normativas de gran importancia en el Derecho Laboral Sindical Español.

Merecen especial relieve los ya citados “convenios para convenir”, los Convenios Marcos previstos en el art. 83 del ET, que establecen las reglas de la Negociación Colectiva en determinado espacio de tiempo, y de territorio que tales Acuerdos Marcos prevalecerán, lo que puede ser a nivel Estatal o de Comunidad Autónoma.

Entre los acuerdos, cabe citar los pactos sociales de carácter tripartito, de carácter general, negociado a tres manos, por el Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos mayoritarios o los pactos bipartidos negociados a dos bandas entre el Gobierno y los sindicatos mayoritarios o entre el Gobierno y las asociaciones empresariales mayoritarias.

Y como no se podría dejar de mencionar, los propios convenios y acuerdos colectivos, negociados entre organizaciones sindicales, o entre organizaciones y empresa, estableciendo condiciones de trabajo, son muy poderosas fuentes normativas basadas en la autonomía privada colectiva.

Una fuente de Derecho muy valorada es la Jurisprudencia de los Tribunales en España. En orden de preferencia, el Tribunal Constitucional, con sentencias marco en la negociación colectiva, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

Por fin, como fuente del derecho también está el Derecho Estatutario Sindical, que son los estatutos y los reglamentos internos de cada sindicato o asociaciones empresariales en uso de su libertad de reglamentación y dentro del respecto al Principio de la legalidad.

2.2.4. Histórico de Transformaciones de la Negociación Colectiva - 1994-2015

Últimamente, en España ha habido un gran número de nuevas leyes sobre negociación colectiva, con el fin principal objetivo de mejorar la dicotomía entre el número de trabajadores en el mercado y la cantidad de empleos disponibles, y por supuesto mejorar el dialogo entre los entes sindicales y empresas, promoviendo con entusiasmo la autonomía privada colectiva, los acuerdos de empresa, el descuelgue para modificaciones de condiciones de trabajo, así como estudiando y encontrando soluciones sociales para estancar la crisis económica.

Caminamos ahora en el sentido de estudiar la negociación colectiva tras sus principales lecciones. Este apartado, por lo tanto, se centrará en las transformaciones desde 1994, pues consideramos que para nuestro estudio las reformas del 1994 y siguientes se presentan como marco importante a la negociación colectiva, principalmente al dar mayor importancia al ámbito de empresa. Por fin, daremos un enfoque substancial en las reformas laborales recientes del Real Decreto-Ley 7/2011 y de la Ley 3/2012 y Ley 1/2014 que inciden y se apoyan en el sistema español de negociación y representatividad sindical.

2.2.4.1 La Reforma de 1994

Las leyes 10 y 11 de 1994 complementadas por la ley orgánica 14/1994 fueron las precursoras de nuevas reglas de negociación colectiva. Es cierto que en 1994 la reforma de la negociación colectiva fue uno de los ejes, el otro fue la reforma de la relación individual de trabajo, propiamente dicha.

Utilizamos de la ponencia de Juan Rivero Lamas¹⁵⁵, sobre la reforma de la negociación colectiva para numerar cuales eran los defectos de la negociación colectiva española anteriormente a la reforma de 1994.

El primer punto de reforma fue la atomización de las unidades de negociación, para, principalmente abrir espacio a la negociación a nivel de empresa, que ya existía en la esfera extra estatutaria, pero estaba privada de efecto “erga omnes”.

El segundo punto de reforma fue la equiparación legal de las unidades de negociación, acompañada en la Ley de su incomunicabilidad, salvo que en convenios o acuerdos estructurales se hubieran acordado establecer técnicas de concurrencia para permeabilizarlos.

Por último, refiere el autor a la “esclerosis” de los convenios colectivos provinciales, en que se negociaban rutinariamente los mismos temas, prevaleciendo los de carácter económico y de jornada sobre los aspectos organizativos, de empleo y productividad.

Dentro de este telón de fondo, la antigua negociación colectiva española respetaba los principios de prioridad de la negociación en el tiempo; principio de igualdad de rango de los convenios; así como el principio de aplicación relativo a la no afectación de los convenios colectivos durante su período de vigencia.

Se sabe que, en líneas generales, el objetivo mayor de esta reforma de 1994 era mejorar la capacidad de flexibilización de la norma jurídica, con el fin de posibilitar que espacios anteriormente guardados a la regulación legal, fueran negociados por los interlocutores sociales de manera a adaptar la norma a la realidad de cada categoría.

La propia exposición de motivos de la ley 11/1994, se refiere a la nueva negociación colectiva como “un instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas. Para ello, espacios hasta ahora reservados a la regulación estatal pasan al terreno de la negociación colectiva”; y complementa la exposición de motivos diciendo: “Como se ha dicho anteriormente, la reforma de la normativa reguladora de las principales instituciones del mercado de trabajo tiene como una de sus principales orientaciones el potenciar el desarrollo de la negociación colectiva. Efectivamente, una reforma del mercado de trabajo como la que se plantea, no sólo no es incompatible, sino que encuentra su mejor cabida en un marco jurídico en el que el desarrollo de las relaciones laborales se basa fundamentalmente en la capacidad negociadora de los interlocutores sociales. Para ello resulta imprescindible que el sistema de medición de la representatividad de dichos interlocutores posea la necesaria eficacia que permita que la representatividad se acredite de forma adecuada, sin constituir un elemento perturbador del propio desarrollo de las relaciones laborales.

¹⁵⁵ RIVERO LAMAS. Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la Reforma Laboral. *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n.º 89, mayo, junio, 1998, p. 386.

Éste es el propósito que mueve a proceder a diversas modificaciones de la normativa reguladora de las elecciones de representantes de los trabajadores, al constituir dichas elecciones el elemento básico para la medición de la representatividad sindical. La normativa del Estatuto de los Trabajadores reguladora de estas elecciones tuvo ya una primera modificación en 1984, coincidiendo también con la anterior modificación de las normas reguladoras del marco institucional del mercado de trabajo. Esta reforma estaba orientada fundamentalmente a adecuar el Estatuto de los Trabajadores a la Ley Orgánica de Libertad Sindical, como norma jurídica reguladora con carácter general de la actividad sindical e instauradora del sistema basado en la audiencia de los sindicatos en los centros de trabajo”.

Según la profesora María Emilia Casas Baamonde¹⁵⁶ los mecanismos innovadores de 1994, resumidamente, son: 1) la asignación de algunas materias a determinados convenios y acuerdos colectivos, según sus ámbitos. Las leyes reformadoras utilizan una técnica de reparto de atribuciones dentro del sistema de negociación colectiva, lo que establece una relación de adecuación entre contenidos y niveles o ámbitos de negociación; 2) El establecimiento de marcos autonómicos de relaciones laborales por vía convencional colectiva que se refleja en la legitimación de la negociación de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas de Comunidad Autónoma (art. 87.4 ET), y a través de la nueva ordenación de la concurrencia entre convenios colectivos de diferente ámbito (art. 84 ET); 3) La creación de bases para articular la estructura interna de un sistema de negociación colectiva más complejo y plural, que se traduce en el principio de competencia, que es el procedimiento o mecanismo ordinario de articulación interna del ordenamiento convencional colectivo, complementado por los principios de subsidiariedad, no concurrencia y prevalencia.

En aquella época, las primeras conclusiones que se obtenían de la nueva ley eran referentes a las relaciones internormativas que se hacían más complejas puesto que las nuevas reglas sobre la estructura y el funcionamiento de la negociación colectiva facilitaban la creación de unidades de negociación nuevas, inferiores o descentralizadas, admitiendo situaciones de concurrencia conflictiva entre convenios colectivos de diferentes ámbitos y ponían a disposición de éstos nuevas competencias reguladoras.

Es importante decir que en el anterior mecanismo normativo se prohibía la afectación de un convenio por otro de ámbito distinto, salvo pacto en contrario. La nueva redacción del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevé que los sujetos debidamente legitimados

puedan negociar acuerdos o convenios de un ámbito determinado superior al de empresa, afectando en su integridad otros de ámbito superior, salvo en algunas materias específicas (período de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario, normas mínimas de seguridad e higiene y movilidad geográfica).¹⁵⁷

Así, en palabras de Juan Rivero Lamas¹⁵⁸, la reforma del párrafo 2º. del artículo 84 ET introdujo el principio de especialidad como regla decisoria en los supuestos de concurrencia para la aplicación de los convenios colectivos en la unidades de contratación superiores a las de las empresas, pudiéndose negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión tenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación, y aunque el convenio de ámbito superior fuera anterior en el tiempo.

Y continúa el mismo autor exponiendo que la adición del párrafo 2º. al artículo 84 ET no sólo ha venido a propiciar fugas de unidades de negociación sectoriales de ámbito autonómico antes incluidas en convenios estatales, aunque estos últimos no hayan agotado su vigencia, sino que ha prestado un apoyo legal para consolidar las negociaciones colectivas de ámbito provincial.

En realidad, siguiendo el racionamiento de Ojeda Avilés¹⁵⁹, la gran intención de la reforma de 1994 sobre negociación colectiva, fue facilitar la eficacia “erga omnes” a los instrumentos informales de la antigua negociación colectiva, que ya eran considerados por la Jurisprudencia como contratos de “Derecho Común”, válidos si eran celebrados al menos con los requisitos del Código Civil para los contratos, y con eficacia limitada a las partes firmantes y prevalente sobre los simples contratos individuales. Tales convenios eran conocidos como “Convenios Extraestatutarios”, pues eran negociados a la margen del Estatuto de los Trabajadores.

Para tanto, la nueva legislación creó, el acuerdo de empresa y determinó para él un único requisito, que estuviese firmado por la mayoría de los representantes unitarios o de las

¹⁵⁶ CASAS BAAMONDE, María Emilia. *La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de convenios. Relaciones Laborales*, Madrid, n. 17/18, 1994, p. 295.

¹⁵⁷ JIMÉNEZ AGUILAR, Juan. Nuevo papel de la negociación colectiva. *Dirección y Progreso*, n. 140, 1994, p. 60.

¹⁵⁸ RIVERO LAMAS, Juan, 1998, op. cit. p. 289.

¹⁵⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid; Tecnos, 1998, p. 282.

representaciones sindicales que sumen la mayoría de aquellos, es decir, una legitimación mayoritaria para negociarlos.

De esa manera, los acuerdos de empresa fueron fruto de la flexibilidad de la norma laboral, que le dio tres requisitos esenciales: legitimación mayoritaria de los negociadores, libertad de forma y eficacia general.

2.2.4.2 La reforma de 1997 y el AINC-1997

La reforma de 1997 iniciada en 28 de abril de 1997, con la firma de tres grandes Acuerdos Interconfederales bipartitos entre las confederaciones sindicales y empresariales más representativas de ámbito estatal, CEOE-CEPYME, CC.OO y UGT, se ha mencionado en la doctrina que da continuidad a la dinámica reformadora abierta en 1994.¹⁶⁰ Los tres acuerdos (AIEE, AINC y AICV), de contenido y alcances diferenciados, abarcan una reforma normativa que se enmarca en un contexto de diálogo social.

A diferencia de la anterior reforma de 1994, en este caso fueron los agentes sociales los que la protagonizaron y lo hicieron, además, con el decidido propósito de solventar los problemas del sistema de negociación colectiva, básicamente centrados en una falta de racionalidad de su estructura y en claro déficit de cobertura que, una vez derogadas definitivamente las ordenanzas laborales, provocaban vacíos de regulación en los sectores tradicionalmente caracterizados por una escasa presencia y actividad de los sujetos colectivos.

Los grandes convenios citados vinieron como mecanismo regulador para los problemas más graves de las relaciones de trabajo. En realidad, un intento de reordenar a fondo el sistema de relaciones laborales español, dando mayor protagonismo a la negociación colectiva tanto en la regulación de condiciones de trabajo como en la conducción de los procesos de negociación.¹⁶¹

Sin embargo, como nuestro estudio trabaja con las soluciones de negociación colectiva, pondremos más énfasis aquí en el AINC, puesto que es en él donde se indicaron las intenciones del diálogo social, siendo que el AICV trata de la cobertura de vacíos dejados por

¹⁶⁰ CASAS BAAMONDE, María Emilia. Diálogo y concertación social: el acuerdo interconfederal de negociación colectiva. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 10, p. 2, 1997.

las Ordenanzas Laborales, y el AIEE trataba de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo, que sin duda dieron mayor protagonismo a la negociación colectiva, pero no la estructuraron.

2.2.4.2. a) El AINC-1997

Por el marco que propició el artículo 83 del ET, el AINC facilitó una nueva fase en el tradicional intervencionismo de la Administración y del poder público en la estructura de la negociación colectiva, abriendo un espacio para la intervención de las organizaciones sindicales y empresariales mayoritarias. Eso ocurrió porque la ley, como se sabe, solamente se limita a reconocer la libertad de las partes negociadoras para delimitar la unidad de negociación y determinar el ámbito de aplicación de los convenios colectivos, a prohibir la afectación, durante su vigencia, de un convenio en vigor por otra norma convencional, y a permitir la negociación de todas aquellas cuestiones relativas a las condiciones de empleo y trabajo de interés de las partes; no estableciendo criterios claros de prioridad, articulación o distribución de materias entre los convenios potencialmente concurrentes en el sistema, ni siquiera a escala sectorial.¹⁶²

En el entendimiento de Manuel Correa Carrasco¹⁶³, en la reforma de 1997 se produce un intento de corregir los defectos de los que adoleció la de 1994, lo que es constatable no sólo por su contenido, sino por la forma en la que se llevó a cabo.

Según el pensamiento de tal autor arriba citado, el AINC vino para corregir el potencial de desorden hecho por el párrafo 2º. del art. 84 del ET, con obligaciones de influencia de los sujetos colectivos más representativos en el ámbito estatal para establecer sectorialmente las estructuras de negociación adecuadas.

Eso se puede certificar en el propio preámbulo del AINC, pues a juicio de sus signatarios la estructura de la negociación colectiva se caracterizaba por la existencia de múltiples unidades de contratación concurrentes que reproducen las mismas materias, lo que

¹⁶¹ GARCIA MURCIA, Joaquín. Naturaleza Jurídica y rasgos generales del AINC. *Revista MTAS*, Madrid, n. 8, 1998, p. 101.

¹⁶² *Ibid.*, p.102.

¹⁶³ CORREA CARRASCO, Manuel. Negociación Colectiva y Reformas Legales: el futuro del convenio Colectivo (de eficacia general) como fuente del derecho del trabajo. *Revista de Derecho Social*, Madrid, n. 14, 2001, p. 92

contribuye a dotarla de una potencial de complejidad. Para tanto, los firmantes del AINC se propusieron como objetivo prioritario el contribuir a la conformación de un nuevo sistema de negociación colectiva que supere la situación antes existente, a través de la definición de ámbitos de contratación e inserción de mecanismos articulados.

La idea base era impulsar la negociación colectiva sectorial, dirigiendo el AINC recomendaciones en torno a las materias que conviene queden reservadas al ámbito nacional sectorial y, de entre ellas, las que debieran ser desarrolladas en los niveles inferiores – territorial y de empresa -, o en su caso reenviadas para su regulación a estos últimos ámbitos.

El proyecto propuso una reordenación de la estructura de la negociación colectiva, mediante la separación de determinadas materias al convenio sectorial nacional, otras en ámbitos inferiores (territorial y de empresa) y, un tercer bloque de materias que sólo se negocien en las empresas. Pero, a su vez, diferente que la reforma del 1994, en el AINC surgió con una tendencia centralizadora, desde distintas perspectivas.

El retorno a la centralidad de los convenios, no impidió el desarrollo de los marcos autonómicos de relaciones laborales como estrategia de articulación de niveles asumida por determinadas organizaciones sindicales y patronales aunque orientados por el convenio estatal.

Así, el AINC tenía el claro objetivo de maximizar la eficiencia de los procesos de negociación, prioritariamente a través de la contratación colectiva sectorial, haciendo un diseño que “se construye en torno a la centralidad de la unidad de negociación sectorial/estatal, ordenada, desde arriba, por la negociación colectiva interconfederal y completada, hacia abajo, por convenios colectivos de ámbito territorial menor y/o de empresa”¹⁶⁴.

Pero es necesario decir que el bloque de las catorce materias¹⁶⁵ enumeradas dentro del Ámbito Material del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, constituyó sólo

¹⁶⁴ CASAS BAAMONDE, María Emilia, 1997, op. cit., p. 7.

¹⁶⁵ Las materias son: 1. Ambito funcional; 2. contratación laboral del sector; 3. Estructura profesional; 4. Estructura salarial; 5. Jornada; 6. Movilidad; 7. Derechos sindicales y régimen de información y consulta en las relaciones laborales; 8.1 Criterios generales del procedimiento negociador; 9. Régimen disciplinario; 10. Seguridad salud y prevención de riesgos laborales; 11. Articulación negociadora y concurrencia de convenios; 12. Administración del Convenio; 13. Formación profesional y 14. Mediación y arbitraje.

un modelo de negociación colectiva preferente, pero no exclusivo, para las organizaciones firmantes del AINC, ya que este último también admitió la posibilidad de que los modelos pudieran ser múltiples. Tal modelo referente descansa en las reglas de conducta y consiguientes obligaciones de influencia que asumen las confederaciones sindicales y patronales sobre sus respectivas federaciones, que conservan una radical autonomía en sus planteamientos.¹⁶⁶

Vale mencionar que las estipulaciones que formaron parte del presente Acuerdo así como de los compromisos contraídos revistieron naturaleza jurídica de carácter obligacional. Las Confederaciones signatarias se obligan, por tanto, a ajustar su comportamiento y acciones a lo previsto, pudiendo cada una de ellas solicitar de la otra llevar a cabo las tareas o cometidos deducidos del Acuerdo.

Es importante, además, mencionar que el AINC tenía validez de cuatro años, siendo que el seguimiento del Acuerdo se daría a través de evaluaciones semestrales y anuales. Además, el AINC estableció un calendario operativo que se inició dentro de los seis meses siguientes a la firma del Acuerdo donde las federaciones y asociaciones sectoriales representativas se proponían a producir un informe sobre la situación de la estructura de la negociación colectiva en su sector de referencia.

Sin duda, la intención de las partes firmantes del AINC fue la búsqueda de las mejores reglas de articulación de la negociación colectiva, por la necesidad de completar la ley, principalmente en los criterios de concurrencia, dejando el convenio de sector como eje de la regulación pactada dentro de su ámbito y como instrumento de ordenación de la correspondiente negociación colectiva.

En palabras de Joaquín García Murcia¹⁶⁷, el AINC mostró la existencia de un mayor grado de consciencia de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas acerca de la necesidad de intervenir en la regulación del sistema y en la determinación de su estructura de la negociación colectiva, utilizando de la legitimidad trazada en el artículo 83.2 del ET, para complementar la reforma que la ley empezara en 1994.

¹⁶⁶ RIVERO LAMAS, Juan. Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la Reforma Laboral del 1977. *Civitas Revista Española de Derecho de Trabajo*, Madrid, n. 89, mayo/junio, p. 391, 1998.

A pesar de su vigencia limitada hasta abril de 2001, el AINC ha abierto poco a poco el precedente del diálogo social interesado y actuante, y la necesidad de los interlocutores sociales percibieren las carencias legales e intervinieren en el sistema, articulando los ámbitos y materias de actuación, lo que no dejó de ser una innovación y una gran muestra de fuerza y voluntad por parte de los interlocutores sociales de la cúspide.

2.2.4.3. El acuerdo interconfederal de 2002

El Acuerdo para la Negociación Colectiva del año 2002 ha tenido la función de evitar la reforma de las reglas legales sobre la negociación colectiva que habían sido objeto de debate en una comisión entre gobierno, empresariado y sindicatos.

Una vez más se trataba sobre los temas de articulación y estructura, sin olvidarse la cuestión de la concurrencia de los convenios colectivos, reservando, claro está, el protagonismo de la empresa.¹⁶⁸

Según Miguel Cardenal Carro, “pocas indicaciones expresas se encuentran entre los puntos del acuerdo, primando las declaraciones de intenciones más o menos inconcretas. En todo caso, el documento incluye en su última parte unos “Criterios generales del procedimiento negociador” que deben “contribuir a facilitar la negociación de los convenios colectivos”, pues esos acuerdos son necesarios para la eficacia práctica del aquí presentado”.¹⁶⁹

A diferencia del AINC que tuvo vigencia durante cuatro años, el ANC-2002, tuvo la corta vigencia de un año y se autó en la situación económica mundial de empeoramiento del desempleo¹⁷⁰, siendo que gran parte de las medidas se dirigieron a facilitar el mantenimiento de la competitividad de las empresas españolas, con la convicción de que el diálogo social es el cauce más adecuado en los momentos delicados.

¹⁶⁷ GARCÍA MURCIA, Joaquín. El acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva: contendio y ámbito material. *Tribuna Social*, Valencia, n. 89, p. 99, 1998.

¹⁶⁸ La Redacción de Aranzadi. *Revista de Derecho Social*, n. 16, Bomarzo, Albacete, 2001, p. 201

¹⁶⁹ CARDENAL CARRO, Miguel. El acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2002. *Aranzadi Social*, Madrid, n. 20, p. 9. 2002.

¹⁷⁰ En su preámbulo aborda la tragedia de 11 de septiembre de 2001 como uno de los motivos del caos de desempleo que se desarrolla por el mundo

El ANC-2002 fue separado en cinco capítulos, a los cuales las Organizaciones Empresariales y Sindicales declaran sus intenciones de negociación sobre Competitividad y el Empleo; Criterios en Materia Salarial; Criterios en Materia de Empleo; Criterios de Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo y por último, el Capítulo V del Título II trata de Criterios Generales del Procedimiento Negociador.

Donde más se detuvo el Acuerdo de 2002 fue en la necesidad de fomentar el empleo, dando compromisos a los convenios colectivos para que identificasen los trabajos que pudiesen cubrirse con los tipos de contratos de empleo discriminados en el Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, en los criterios generales del procedimiento negociador, se vuelven a recuperar, de manera bastante sencilla, los compromisos del AINC sobre el deber de negociar de buena fe en la contratación colectiva.

El Acuerdo de 2002, así, a pesar de su corta vigencia, tenía el claro objetivo de adecuar la situación económica y social a la negociación colectiva del año de 2002 sobre la base de algunos compromisos muy genéricamente enunciados, pero, sobre todo en la necesidad de mantener los empleos en España.

2.2.4.4. El Acuerdo Interconfederal de 2003

El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (ANC-03), viene a dar continuidad al suscrito por los mismos interlocutores sociales el año anterior, con el intento de frenar la reforma de la negociación colectiva promovida por el Gobierno y añadir a la estructura de la negociación colectiva temas actuales como el tele trabajo, y además las preocupaciones de la Unión Europea.

El Acuerdo Interconfederal de 2003, como los anteriores, es un acuerdo que reviste jurídicamente carácter obligacional, esto es, atribuye derechos y obligaciones de carácter instrumental para los sujetos que lo han suscrito y para sus representados. Tiene vigencia anual y establece una serie de orientaciones para los convenios colectivos que se negocien en este ejercicio.

Según el Boletín de Confemetal¹⁷¹:

“a pesar de que hasta ahora las empresas españolas han resistido mejor que las de la Unión Europea los efectos de la desaceleración, las previsiones económicas para 2003 continúan reflejando incertidumbre y preocupación, y porque esa situación de estar menos mal que los demás, no debe hacernos perder de vista: 1º la negativa evolución de la inflación, sobre todo en comparación con los IPC de otras economías europeas, que se han reducido, 2º que se han registrado ya los primeros ajustes de empleo en el sector industrial, y 3º la caída de la inversión sobretodo en bienes de equipo. Por ello, la CEOE y los sindicatos CC.OO. y UGT, con el objetivo de minimizar estos efectos negativos, y dar de nuevo una señal de confianza han suscrito el ANC-2003.”

En cuanto al contexto comunitario, el acuerdo alerta sobre las consecuencias de la próxima ampliación de la Unión Europea, que obliga al aparato productivo a desarrollar cuanto antes un modelo de competencia que tiene que contemplar los costes salariales y la flexibilidad interna, junto con el esfuerzo permanente por acortar las diferencias en cuestiones relativas a cualificación profesional, formación, inversión en investigación y desarrollo e innovación de los productos y servicios, como algo ineludible. La evolución de los costes tiene que corresponderse con las mejoras en la productividad, en el valor añadido.

El ANC-2003 trata con mayor profundidad de los temas de salario, empleo y jornada de trabajo que serán objeto de la negociación colectiva. Por ejemplo, en materia de jornada laboral, CC.OO, UGT, y CEOE, señalan que la gestión del tiempo de trabajo, la duración y la redistribución de la jornada son elementos fundamentales que contribuyen a una mejor evolución del empleo, a aumentar la productividad e incrementar el grado de utilización del equipo productivo, siendo igualmente una forma idónea de conciliar las necesidades tanto de los trabajadores como de las empresas.

Además de los temas corrientes de los acuerdos interconfederales, el ANC-2003 se preocupó con los nuevos temas que traen grandes problemas laborales donde la Comunidad Europea ya se preocupado.

En definitiva, el Acuerdo Interconfederal sirvió, sin duda, para encauzar la negociación colectiva tanto hacia la moderación salarial y el empleo estable, como hacia la mejora de la actual regulación legal de cuestiones como el uso adecuado de los contratos, la

¹⁷¹ BOLETÍN DE CONYUNTURA ECONÓMICA Y LABORAL DE CONFEMETAL, n. 79, febrero 2003. Disponible en: <www.confemetal.es>. Acceso en: 29 set. 2015.

incorporación de la figura del teletrabajo, la igualdad de oportunidades y de trato (jóvenes, mujeres, discapacitados, inmigrantes,...) y la seguridad y salud en el trabajo.

2.2.4.5. La prórroga del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva para el año del 2004

El ANC-2003 se ha prorrogado en 2004 puesto que, de acuerdo con sus interlocutores sociales, ha logrado buenos resultados en los intentos de nivelar la inflación, mejorar la productividad y trabajar en las cláusulas de revisión salarial.

Según el informe de prórroga¹⁷²:

“las previsiones para 2004 de las principales instituciones internacionales señalan una recuperación de la economía mundial. Así, las proyecciones de crecimiento de la Unión Europea y de la Zona Euro alcanzan variaciones superiores al 2% estimando para la economía española crecimientos del orden del 3% del PIB, en línea con las previsiones señaladas por el Banco Central Europeo. (...) En este marco, las Confederaciones Sindicales y Empresariales, convencidas de la necesidad del control de la inflación, reiteramos el llamamiento a la máxima prudencia a la hora de fijar y revisar precios y reafirmamos, además, la voluntad de mantener el diseño de la política salarial antiinflacionista que hemos suscrito en los últimos años, especialmente en los Acuerdos Interconfederales de 2002 y 2003. (...) La ampliación de la Unión Europea en mayo de 2004 será otro factor que también pondrá a prueba la competitividad de la economía española, planteando una serie de retos y, al mismo tiempo, de oportunidades y va a exigir de nuestras empresas una mayor capacidad de adaptación sobre la base de la mejora del valor añadido y no exclusivamente del ajuste de costes. La confluencia de todos los elementos citados nos exige una respuesta que permita afrontar los retos planteados a los trabajadores y a las empresas por lo que CC.OO., UGT, CEOE, y CEPYME desean manifestar que:

PRIMERO: Resaltamos el valor del dialogo social y reafirmamos la autonomía colectiva y el papel protagonista de los interlocutores sociales.

SEGUNDO: Confirmamos la plena validez para el año 2004 de los criterios, orientaciones y recomendaciones contenidos en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003, que se dan por prorrogados.

TERCERO: Hacemos un llamamiento a los negociadores de los Convenios Colectivos para el tratamiento de las distintas materias, en los términos en que se recogen en el Acuerdo, en cuanto constituyen elementos interrelacionados que pueden favorecer la actividad empresarial y el empleo.”

¹⁷² DECLARACIÓN INSTITUCIONAL SOBRE LA PRÓRROGA DEL ACUERDO INTERCONFEDERAL PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA EL AÑO 2004 Madrid, 22 de diciembre de 2003. Disponible en: <www.cgtbus.es/docu/anc2004>. Acceso en 15 ago. 2015.

Por lo que se percibe, el Acuerdo de 2003 fue el que mejor generó resultados en la economía del país y por eso fue nuevamente aprovechado en el año actual, lo que demuestra que la voluntad de los interlocutores sociales en estructurar la negociación colectiva no es, ahora, solamente una experiencia, como pareció el AINC-1997, sino un éxito que tardo un poco a emerger.

Sin embargo, la declaración de prórroga ha traído algunas modificaciones en el ANC-2003, no verdaderamente significativas, referentes a las fechas, a la comisión de seguimiento y sobre reforzar a los interlocutores sociales las nuevas reglas de prevención de riesgos laborales, de formación profesional continua y sobre previsión social complementaria.

2.2.4.6. Panorama de 2004 a 2008 y la crisis económica

Entre 2004 a 2008 los acuerdos marcos continúan con su tónica de facilitar la Negociación Colectiva como “convenios para convenir”, pero no vamos a citar todos los Acuerdos Marcos de este periodo, puesto que ya citamos con bastante riqueza de detalles algunos interesantes, que sirvieron como ejemplo del funcionamiento del sistema de negociación colectiva de la época.

En este periodo hubo una institucionalización y rigidez del sistema español, en especial en lo que se refiere a la concentración del poder sindical en las dos centrales sindicales más representativas – CCOO y UGT. Según datos de la época los sindicatos más representativos eran Confederación de Comisiones Obreras y la Unión General de los Trabajadores, que conjuntamente alcanzaban el 75% de representantes elegidos en el territorio nacional. En la observación de Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa el modelo resultante de esta época era el de concertación sindical y de bisindicalización del sistema de representación de los trabajadores en los centros de trabajo.¹⁷³

Al final de este periodo empieza la crisis económica del país y el sistema de centralización de negociación colectiva en la cumbre tiene una crisis en su modelo, criticado por su excesiva rigidez e institucionalización. A partir de este momento, comienza una mirada hacia el convenio de empresa y su posible relación con niveles de empleo más estables,

basados en la proximidad de los negociadores, que saben, muchas veces donde pueden disminuir condiciones de trabajo y donde no deben modificarse dichas condiciones..

Conforme Jesús R. Mercader Uguina, la singularidad de la economía española hace, sin duda, que la etapa que ahora empezamos a estudiar “sea una de las más duras y con más incertidumbres que se han abierto en España a lo largo de su historia”. Con elevadas tasas de desempleo que inciden de manera dramática en los trabajadores jóvenes, los bajos índices de cualificación profesional, el mercado de trabajo con mucha contratación temporal, el singular comportamiento de los niveles de productividad, unido a un marco financiero inseguro, muestra la gravedad de la actual situación y la necesidad de adoptar medidas reales y efectivas.¹⁷⁴

2.2.4.7. Ley 35/2010

Fue la Ley 35/2010 la que primero propuso las reformas del mercado laboral de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Las modificaciones propuestas no resultaron las más efectivas contra la crisis económica, (éstas vienen más adelante con la ley 3/2012, con la que nos detendremos más) pero, fue el marco para una nueva era de negociación colectiva, con la descentralización de los convenios colectivos hacia los acuerdos de empresa, en su eje.

El descuelgue se presenta con la intención máxima de aproximar las realidades, ya con las matices de que el descuelgue podrá realizarse “con acuerdo” entre empresa y representantes de los trabajadores, previo desarrollo de un período de consultas. En caso de desacuerdo se podrá acudir a mediación o arbitraje y en caso de ausencia de representación legal, los trabajadores podrán designar una comisión. En conclusión, cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que existieron causas suficientes para el descuelgue.

¹⁷³PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, op. cit., p. 431.

¹⁷⁴MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la ley 3/2012. In: *Lex nova laboral, lex nova*, Valladolid p. 419.

Es importante resaltar que había en España una gran preocupación con los interlocutores sociales, todavía. Así, no podemos dejar de mencionar la Disposición adicional vigésimo primera, referida a Negociación Colectiva, que establece lo siguiente:

“El Gobierno promoverá las iniciativas legislativas que correspondan para la reforma de la negociación colectiva en los términos que, en ejercicio de la autonomía colectiva, sean acordados y les sean requeridos por los interlocutores sociales en el proceso de negociación bipartita que actualmente desarrollan conforme a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012”.

2.2.4.8. Real Decreto-Ley 7/2011

La negociación colectiva fue eje relevante en este Decreto-Ley, que al final necesitó de algunas modificaciones posteriores.

Su exposición de motivos preveía que:

“(…) junto a virtudes evidentes, el sistema de negociación colectiva ha ido acumulando en este tiempo algunas disfunciones que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales. Disfunciones que, con mayor o menor grado de acuerdo, han sido diagnosticadas hace tiempo por todos aquellos sujetos que de una u otra manera actúan en la negociación colectiva: los propios interlocutores sociales, los académicos y los expertos y los poderes públicos”.¹⁷⁵

La reforma, en lo que interesa a este estudio suplantó las medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores, medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo; modificaciones substanciales de condiciones de trabajo y negociación colectiva hacia abajo, propiamente dicha.

En líneas muy generales permitió que el convenio o acuerdos de empresa se puedan disponer de los derechos laborales fijados en los convenios de ámbito superior.

2.2.4.8.1 Ley 3/2012

La reforma del 2012 tuvo una incidencia cualitativa de mayor intensidad sobre el sistema de negociación español que la anterior, por lo que debido a la incidencia en nuestro estudio, vamos a profundizar más en ella.

¹⁷⁵ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, p. 12483 a 12546; BOE-A-2012-2076

En palabras de la ilustre profesora María Emilia Casas Baamonde “las reformas de 2012 que partieron más radicalmente de “la insostenibilidad del modelo laboral español” evidenciada por la crisis económica respondieron “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” (Ley 3/2012, preámbulo, I y IV). Centaron sus efectos primeros sobre la modificación e inaplicación de los convenios colectivos (art. 41.6, 82.3 y 85.3 ET), la atribución de prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa concurrente frente al sectorial vigente (art. 84.1 y 2ET), y la eficacia temporal y limitación del periodo de ultraactividad de los convenios colectivos denunciados y vencidos (art. 86.1 y 3, 89.2 y 90.3 ET) para permitir “la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial”.¹⁷⁶

Consideramos importante resaltar que ya estudiamos lo que fueron los cambios de la modificación e inaplicación de los convenios colectivos, el llamado “descuelgue” cuando escribimos sobre el “contenido” de los convenios colectivos, y allí ya relatamos la posible transposición de la norma al sistema de leyes brasileñas, que, a nuestro estudio parece viable, pero, es imposible tratar de esta ley sin volver sobre ello.

Con excepción de un sistema de libertad sindical necesario en Brasil, este es, seguramente, en la actualidad, el más importante mecanismo que se puede transponer para la realidad brasileña, con determinados aciertos de encaje a nuestra legislación nacional.

Continuando con el raciocinio de la profesora María Emilia Casas Baamonde “nada debía ser como antes a tenor del cambio político y de los graves problemas del mercado de trabajo español, señaladamente la altísima tasa de desempleo, ligados, según la Ley 2/2012, a los “fundamentos mismos de nuestro modelo socio laboral”. Las reformas de 2012 acogieron parte de las realizadas por el Gobierno anterior y modificaron otras con la “envergadura” que la situación y las instituciones económico-financieras mundiales y europeas (FMI, BCE y Comisión Europea) reclamaban (preámbulo I, de la Ley reformadora 3/2012).”

Así, las nuevas técnicas jurídicas, tras la ley 3/2012, de las negociación colectiva como instrumento de adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades empresariales

¹⁷⁶ CASAS BAAMONDE, María Emilia. Reforma de la Negociación Colectiva en España y sistema de relaciones laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales, Madrid*, v. 32, n. 2, p. 275-309, 2014.

fueron: 1. El relevante estatus aplicativo del convenio colectivo de empresa, indisponible por acuerdos interprofesionales y acuerdos u convenios sectoriales, estatales y autonómicos; 2. La inaplicación a la empresa y la modificación de los convenios colectivos aplicables mediante arbitraje públicos obligatorio; 3. La limitación en el tiempo de la eficaz ultraactividad de los convenios colectivos.

En definitiva, esta ley vino a potenciar la unidad de negociación de empresa, en detrimento del convenio sectorial, avanzando en la flexibilidad interna unilateral y, por tanto, reforzando el poder empresarial en las relaciones laborales.

Lo cierto es que la empresa, tras la reforma del 2012, como espacio de negociación colectiva, en sentido amplio, cobra mayor importancia no solo como consecuencia de las referidas tendencias y medidas específicas de naturaleza promocional, sino también por exigencias derivadas de la introducción de nuevas tecnologías y de cambios profundos que en la estructura y organización de la empresa se vienen produciendo.

Así, las reformas de la negociación colectiva han descentralizado el sistema de negociación, es decir, han garantizado la operación de redistribución de poderes y responsabilidades desde las confederaciones y federaciones sindicales hacia sus representaciones de empresa, y hacia las representaciones unitarias, legalmente legitimadas para negociar convenios de empresa y para implicar el convenio del sector, negociada por los sindicatos, y desde las confederaciones y federaciones empresariales hacia los empresarios como titulares de sus organizaciones productivas.

“El nuevo marco legal de la negociación colectiva pide, en consecuencia, un nuevo modelo de comportamiento de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales en el que ejerzan sus cometidos, a los que llama la Constitución y la ley, de modo que pongan fin a la anormal estructura de la negociación colectiva española y ordenen aspectos nuevos, cruciales, del sistema de negociación o del sistema entero de relaciones laborales (estructura de la negociación colectiva, funciones de los convenios colectivos de empresa, inaplicaciones, modificaciones y pérdida de ultraactividad de los convenios de eficacia general y sus efectos)”. Pondera la profesora María Emilia Casas Baamonde¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Ibid., p. 275-309.

Con este telón de fondo, el Tribunal Constitucional en la sentencia de 119/2014¹⁷⁸ decidió sobre la constitucionalidad de un acuerdo de inaplicación que fue llevado a controversia frente a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos para que resolviesen por el sistema arbitral sobre la inaplicación del convenio colectivo.

El Tribunal manifestó su posición en que la ponderación y los intereses constitucionales moderan la fuerza vinculante de los convenios superando las exigencias de proporcionalidad, en aras de preservar los bienes constitucionales protegidos en los arts. 35.1, 38 y 40.1, continua la sentencia afirmando la legalidad constitucional de la ley 3/2012: “Constituyendo la descentralización de la negociación colectiva un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes, la modificación introducida por el precepto impugnado, tanto en lo relativo a la posibilidad de negociación de convenios de empresa dotados de prioridad aplicativa en cualquier momento de la vigencia de un convenio sectorial de ámbito superior, como en lo referido a la prohibición a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales de disponer de tal prioridad aplicativa, no vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, art. 37.1 CE, ni tampoco la libertad sindical, art. 28.1 CE.” Y continúa: “La regulación impugnada, que establece la aplicación prioritaria de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en una serie de materias, responde a una finalidad constitucionalmente legítima, pues los objetivos pretendidos son la defensa de la productividad y viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo, objetivos ambos que entroncan con derechos y principios constitucionales, como el derecho al trabajo, art. 35.1 CE, la libertad de empresa y la defensa de la productividad, art. 38 CE, y el fomento del empleo, art. 40.1 CE.” Finalmente concluye que “desde la perspectiva constitucional no es reprochable que un convenio de empresa negociado por la representación unitaria en virtud del art. 37.1 CE entre en concurrencia y goce de preferencia aplicativa sobre un convenio sectorial negociado por los sindicatos, pues del texto constitucional no se deduce que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores.”

Así, fue afirmando por la corte máxima la aplicabilidad del “descuelgue” y la constitucionalidad del acuerdo de inaplicación del convenio frente al poder vinculante del

¹⁷⁸ Sentencia 119/2014, de 16 de julio de 2014. Recurso de inconstitucionalidad; BOE núm. 198, de 15 de agosto de 2014 p. 1 a 71

acuerdo colectivo anterior, principalmente pautado en preservar los bienes constitucionales protegidos en los arts. 35.1, 38 y 40.1 que, en este caso, superaran el poder vinculante de la negociación colectiva pautada en el artículo 37.1 CE.

En contra punto a la sentencia 119/2014 muchos sindicatos, entre ellos los adscritos a CCOO, defienden que las reformas tiene una función desequilibrante de las posiciones de negociación, a fin de articular una bajada en las condiciones laborales, retributivas y de tiempo de trabajo, que se venían negociando en los convenios colectivos. Continúan sus argumentos afirmando que la ley tiene interés empresarial y que la atomización de la negociación a través de su obligatoria descentralización a la empresa, la inaplicación a las empresas de los convenios colectivos sectoriales a instancias únicamente del empresario, así como la pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos, ha debilitado su posición negociadora.

A su vez, Jesús Cruz Villalón, en una crítica más contundente, afirma: “la última de las reformas mantiene la dualidad de tratamiento entre convenios colectivos estatutarios y el resto de los pactos y acuerdos colectivos, incluyendo en el segundo de los grupos a los convenios colectivos extraestatutarios así como a los acuerdos de empresa. En términos formales la diferencia se produce en clave sistemática de ubicación por precepto de las correspondientes fórmulas de inaplicación convencional: el mecanismo de descuelgue de condiciones previsto en el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores se restringe a los convenios colectivos estatutarios, en tanto que los restantes productos de la negociación colectiva quedan reconducidos a los procedimientos de modificaciones sustanciales del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores. Desde la perspectiva material lo relevante es que todos aquellos convenios y acuerdos que no tienen el carácter de convenios estatutarios, al canalizarse por la vía del art. 41 ET, a la postre se pueden modificar por decisión unilateral del empleador, aparte de otros efectos ampliatorios de no poca trascendencia, en los términos que por contraste analizaremos a continuación: se amplían al máximo las causas justificativas de la inaplicación, la relación de condiciones modificables es ilimitada al ser la lista correspondiente una relación abierta y ni siquiera se someten al período de consultas cuando se les da el tratamiento de modificaciones individuales por no superar los umbrales cuantitativos previstos en dicho precepto para marcar la frontera entre cambios individuales y colectivos.”¹⁷⁹

¹⁷⁹CRUZ VILLALÓN, Jesús. El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la Reforma de 2012. *Revista Derecho Social*, n. 57, p. 231 a 248, mar.

Dentro de la doctrina del autor citado, de todos los elementos de esta nueva ley, el de “mayor alcance es el que permite que la inaplicación de lo pactado se produzca por voluntad unilateral del empleador, con amplia superación del principio civil de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar a voluntad de una de las partes, y sobre todo, contraviniendo el principio laboral de garantía del *pacta sunt servanda* colectivo.”

En la línea de raciocinio del autor que vamos estudiando “no queda garantizado el respeto a la fuerza vinculante de los convenios colectivos garantizada constitucionalmente (art. 37 CE). En la medida en que esa garantía de fuerza vinculante no se puede restringir en exclusiva a los convenios colectivos estatutarios, sino que es una regla de alcance constitucional a favor del conjunto de los convenios colectivos celebrados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, se vulnera el mandato constitucional cuando se habilita un procedimiento fácil y de muy escasa limitación que desemboca en facultar al empleador para que no respete la fuerza vinculante de los convenios colectivos”.

Es, sin duda una crítica severa a la ley vigente, bastante legalista y basada en principios de interpretación literales estrictos. Pero, claro está, sirve de contra punto jurídico. A otro paso, con este contexto social y económico que España vivió desde el 2008, tal vez las interpretaciones de la ley deban ser menos estrictas, pero también basadas en el momento histórico del país, es decir, se ablandan más las comprensiones tan legalistas o mecanicista, por el caos social que pasaba el país y por la falta de certidumbre de toda una generación sin empleo.

2.2.4.9. Sentencia 8/2015 del Tribunal

Finalmente, para cerrar este apartado de recientes modificaciones en la negociación colectiva española, es importante poner de relieve la sentencia 8/2015 del TC, que igualmente a la 119/2014 TC declaró la constitucionalidad de la ley 3/2012 en su objetivo de descentralizar la negociación colectiva, priorizando algunos asuntos al nivel de empresa y deshonorado el poder vinculante de los convenios colectivos de ámbito superior al de empresa, en este caso, apoyándose a la proporcionalidad relativa de la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo.

Para tanto, compilamos aquí una parte significativa de la sentencia para que se entienda con profundidad las más recientes matizaciones sobre el tema, y el posicionamiento del TC a respecto de la reforma de la negociación colectiva pautada en el 2011/2012, al cual, después de reflexiones bastante depuradas, también convergemos en las conclusiones:

“...hemos señalado con anterioridad en el fundamento jurídico 2 de esta Sentencia, el art. 37.1 CE hace un llamamiento a la ley para garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, pero sin imponer al legislador la adopción de una concreta opción para llevar a efecto el mandato que contiene. Y el legislador ordinario, en cumplimiento de tal mandato, ha optado por reconocer un «plus de eficacia» a los convenios colectivos «estatutarios» por su carácter erga omnes (STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 2). De esta manera, los denominados pactos «extraestatutarios», al no cumplir las exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas por el título III del estatuto de los trabajadores, carecen de la eficacia general o erga omnes que caracteriza a los convenios «estatutarios» (esto es, los que se celebran conforme a la específica regulación de ese título III de la LET), gozando únicamente de una eficacia personal limitada o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación. Los pactos «extraestatutarios» se rigen, pues, «por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual, los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código civil)», de modo que «[l]a lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales» (STC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5)”.

En definitiva, tanto los convenios colectivos estatutarios, como los denominados pactos extraestatutarios, son producto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, reconocido en el art. 37.1 CE, siendo predicable de unos y otros, por lo tanto, la «fuerza vinculante» a la que ese precepto constitucional también se refiere. Sobre esta base, es claro que la medida legal controvertida incide en el citado derecho constitucional al permitir la inaplicación de los citados pactos extraestatutarios por decisión del empresario. Ahora bien, que exista una injerencia en el mismo no supone, por sí misma, que sea inconstitucional, pues puede resultar legítima si cuenta con una justificación razonable y proporcionada al fin perseguido.

En este sentido, y con relación a la justificación de la norma, advierte la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que el precepto cuestionado se dirige a favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo, buscando el reajuste de la organización productiva para adaptarla a la cambiante situación económica. La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de

procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). En consecuencia, la limitación del derecho a la negociación colectiva mediante la atribución de la facultad de modificar las condiciones de trabajo pactadas extraestatutariamente, se justifica en la consecución de fines consagrados en la Constitución.

Contando la medida controvertida con una justificación razonable desde el punto de vista constitucional, para comprobar si guarda la necesaria proporcionalidad con el fin pretendido, es necesario constatar si cumple las tres condiciones siguientes: a) si es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (juicio de idoneidad); b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad), debiendo tenerse en cuenta, a este respecto, que compete al legislador la realización del juicio de necesidad, y que el control constitucional en estos casos es limitado, pues se ha de ceñir a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, y c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [en este sentido, entre otras, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8, y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 7).

Es necesario precisar brevemente los condicionantes a los que el art. 41 LET somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación unilateral de las condiciones de trabajo fijadas extraestatutariamente. La citada facultad empresarial, en primer lugar, no puede afectar a los convenios colectivos sino sólo a pactos «extraestatutarios» o «de eficacia limitada». En segundo lugar, se concibe únicamente como alternativa al fracaso de la negociación previa y preceptiva con los representantes de los trabajadores. En tercer lugar, no excluye la posibilidad de acudir a aquellos otros procedimientos específicos establecidos en la negociación colectiva para llevar a cabo esas modificaciones. En cuarto lugar, tampoco impide a las partes acordar la sustitución de esa negociación previa por un procedimiento de mediación o arbitraje. En quinto lugar, no permite al empresario adoptar la decisión de forma discrecional, sino exclusivamente cuando concurran «probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción» (apartado 1). En sexto lugar, se atribuye al trabajador en

determinados casos y cuando acredite la concurrencia de un perjuicio, la posibilidad de rescindir el contrato con derecho a percibir una indemnización. Y, en último lugar, la decisión empresarial queda sujeta, en todo caso, al control judicial ante la jurisdicción social, al ser impugnabile tanto colectivamente (conflicto colectivo), como individualmente (acción individual).

De lo anterior cabe deducir que la medida supera el juicio de idoneidad al ser adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, evitar la destrucción del puesto de trabajo mediante su adaptación a las concretas circunstancias que atravesase la empresa. También supera el juicio de necesidad pues, al margen de que los recurrentes no ofrecen como alternativa la existencia de otra medida menos lesiva que permita la consecución de aquel fin con la misma eficacia, no se advierte que se haya producido con la medida elegida por el legislador un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, a la vista de los condicionantes a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación, y, en concreto, al concebir la modificación unilateral del empresario como un recurso sólo permitido ante el fracaso de los preceptivos mecanismos previos de negociación o transacción con los representantes de los trabajadores. Y, en fin, también supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues se trata de una medida que resulta ponderada, no sólo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva.

Debe rechazarse, en definitiva, la inconstitucionalidad del art. 12.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, desde esta perspectiva.”¹⁸⁰

En verdad, el Tribunal Constitucional, dentro de un Principio de Proporcionalidad muy aceptable, miró hacia el momento histórico social para buscar el acoplamiento de la ley 3/2012 a la Constitución. No miró estrictamente desde un punto de vista de interpretación legal, sino que abrió el abanico de situaciones mirando hacia el panorama macro económico actual, buscando una solución, dentro de la razonabilidad jurídica para juzgar constitucional la ley que, a lo mejor, el Tribunal consideraba que podría ser el eje de un estrechamiento en las relaciones entre patrones y empleados y un aliento a toda una generación joven sin empleo.

¹⁸⁰ Sentencia 8/2015, BOE-A-2015-1896, núm. 47, de 24 de febrero de 2015, p. 98 a 163.

3º CAPÍTULO – LOS NIVELES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3.1. Consideraciones Iniciales; 3.2. Intentos de Contrato Colectivo en Brasil; 3.3. El tejido de la negociación colectiva española; 3.3.1. La teoría de la articulación; 3.3.2. Los instrumentos legales para la articulación de Convenios española; 3.3.3. El reparto legal de materias y los tipos de convenios colectivos; 3.3.3.1. Acuerdos interprofesionales o convenios colectivos intersectoriales; 3.3.3.2. Convenios colectivos sectoriales o de rama; 3.3.3.3. Convenios Colectivos empresariales o de ámbito inferior; 3.3.3.4. Convenios colectivos de franja o de grupo de trabajadores; 3.3.3.5. Convenios colectivos de grupo de empresa; 3.3.4. La experiencia de la articulación en el AINC de 1997; 3.3.4.1. Criterios de articulación del AINC; 3.3.4.2. Las impresiones del AINC; 3.3.5. Las impresiones de la articulación en España. 3.3.6. Los avances tras la descentralización, prioridad de materias para el acurdo de empresa;”. 3.3.7. La progresiva ampliación del ámbito de actuación del “descuelgue”.

3.1. Consideraciones Iniciales

En el conjunto de componentes que configuran el sistema de negociación colectiva, se cree que deba existir una red de intereses organizados, a través de los interlocutores sociales, que asuman la defensa y promoción, tanto de lo que afecta sus propios intereses, como de los que se refieren a los representados.

Para tanto, parece necesario un procedimiento de ordenación mediante el cual se establezca de común acuerdo la sucesión de materias o actos que deban desarrollarse para la solución del conflicto de intereses inmanente a la negociación.

En cuanto a la sucesión de materias, separamos el asunto de los niveles de la negociación colectiva en este capítulo para una visión más rigurosa, puesto que se trata de un tema nunca aplicado en Brasil, pero que ya se investigó bastante, principalmente por ser Brasil un país de realidades distintas en cada una de sus regiones, y tener necesidad de encontrar soluciones armónicas para cada uno de sus ámbitos, lo que en el entorno de la articulación puede ser una hipótesis posible.

Es por eso, a partir de este momento, es importante hacer un análisis de cómo funciona la articulación de la negociación colectiva en España, en contra punto a los intentos brasileños

del Contrato de Trabajo, para comprender si tal mecanismo puede ser una solución a aplicarse en otro ordenamiento jurídico, como forma de organizar la estructura de la negociación colectiva.

Es interesante comentar que España siempre tuvo una tendencia de negociar sectorialmente, a pesar de la alternativa legal de negociar convenios de empresa o ámbito inferior. Según Jesús Cruz Villalón, las estructuras de la negociación colectiva encuentran sus bases en la Segunda República española, donde se promovió la división sectorial por actividades económicas predeterminadas por la autoridad laboral a través de las Ordenanzas Laborales.¹⁸¹

Así, apúntese que la organización desde arriba a través de convenios sectoriales no fue solamente una característica natural del sistema, sino que una obligatoriedad estatal de determinada época, que se enraizó y terminó haciendo parte de la autonomía colectiva privada durante muchos años.

Como consecuencia de la crisis económica que golpeó el país, el camino de la historia de la negociación centralizada se ha modificado, por lo menos hasta ahora. Hubo una priorización de la negociación colectiva descentralizada, con el interés de aproximar a los empresarios y a los trabajadores a encontrar salidas viables frente al desempleo, siempre y cuando necesitasen modificar las condiciones de trabajo. Interesa a este estudio poner de manifiesto parte de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7-2011, muy certera, además: “junto a virtudes evidentes, el sistema de negociación colectiva ha acumulado en este tiempo algunas disfunciones que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales. Disfunciones que, con mayor o menor grado de acuerdo, han sido diagnosticadas hace tiempo por todos aquellos sujetos que de una u otra manera actúan en la negociación colectiva: los propios interlocutores sociales, los académicos y los expertos y los poderes públicos”.¹⁸²

¹⁸¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: veinte años de negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 2000, p. 213.

¹⁸² Real Decreto-ley 7/2011, BOE 11 de junio de 2011

3.2. Intentos de Contrato Colectivo en Brasil

En el sistema de representación colectiva brasileña hay una jerarquía de abajo hacia arriba, pues la instancia superior solamente representa donde no hay sindicato y así sucesivamente.

En muchas ocasiones con el intento de reformar la legislación sindical brasileña, los estudiosos del asunto¹⁸³, como la Central Sindical “CUT” han propuesto la aplicación de un Convenio nacional, denominado “Contrato Colectivo de Trabajo”.

Las propuestas presentadas mostraron que existían básicamente tres modelos de Contrato de Trabajo Colectivo que podían ser implantadas en Brasil.

El primer modelo se refiere a un gran documento de relevancia nacional por sectores o intersectorial, destinado a regular aspectos generales de las relaciones de trabajo, descentralizado por los estados, regiones y municipios, llegando a los locales de trabajo, sin promover alteración estructural en el sistema de relaciones vigente.

La segunda propuesta, defiende que el Contrato Colectivo de Trabajo sea una reglamentación de carácter nacional, destinada a determinar los procedimientos de negociación, como: estructura, niveles, vigencias de los instrumentos normativos provenientes de la negociación. En esta propuesta, las negociaciones de contenidos quedarían básicamente en el nivel de las empresas o unidades de trabajo.

La tercera propuesta entiende el Contrato Colectivo de Trabajo como consecuencia de la efectiva negociación colectiva, cuya existencia proviene necesariamente de un sistema democrático de relaciones de trabajo que posibilita el apareamiento de contratos colectivos porque incentiva y sustenta la propia negociación colectiva. El más amplio concepto baliza la reforma en un proceso de transición para el sistema democrático, calcado principalmente en la participación efectiva de los trabajadores, en la libertad y autonomía sindical, en la representación por local de trabajo, en el ejercicio de la negociación colectiva como instrumento efectivo de regulación bilateral del trabajo, en la garantía del derecho a huelga, entre otras materias.

¹⁸³ entre ellos, NASCIMENTO, Amauri Mascaro y SIQUIERA NETO, José F.

Por otro lado, el intento más expresivo, que además se tramitó como proyecto ley¹⁸⁴, fue lo que daba mayor espacio a la autonomía colectiva privada, para que, sin perjuicio de la función tutelar reservada a la ley, se torne posible una mayor actuación de las organizaciones sindicales.

La propuesta que se menciona más arriba mantuvo los dos niveles de participación existentes de la negociación, el de empresa y el de sector, y creó un nivel más, el nacional, con lo que serían tres los instrumentos normativos, el acuerdo colectivo a nivel de empresa, la convención a nivel del sector, y el contrato colectivo a nivel nacional.

La intención, según Amauri Mascaro, ha sido permitir al instrumento a nivel nacional mejoras en la eficacia regional, sin sofocar los niveles de descentralización y sin perjuicio de su contenido general. Otro beneficio se daría a los grandes conglomerados empresariales, los cuales sufren con sistemas locales diferenciados, para cada centro de trabajo, lo que torna difícil la administración de la empresa, lo que también se podría facilitar con el Contrato Colectivo de Trabajo.¹⁸⁵

Con ese telón de fondo, se percibe que el Contrato Colectivo de Trabajo propuesto sería el resultado de una negociación de ámbito nacional, en el sector, o intersectorial. Estarían legitimadas para negociar, las Centrales Sindicales, Confederaciones o Federaciones Nacionales, de trabajadores o patronos. Sus cláusulas podrían determinar parámetros en la convención colectiva en el sector en las distintas bases territoriales o en acuerdos colectivos en el ámbito de empresa.

La idea de la propuesta estaba en encontrar la posibilidad de que las Centrales Sindicales entrasen en el contexto de la autonomía privada colectiva, mediante el Contrato Colectivo a nivel nacional, reservando a tal instrumento el papel de fijar determinadas materias, reservando otras para los Sindicatos a través de las Convenciones Colectivas de Trabajo o Acuerdos Colectivos, con la intención de que la negociación colectiva formara un todo armónico entre sí, y no un conjunto de reglamentaciones fragmentada y desligado de la realidad.

¹⁸⁴ DOU 20.01.93

¹⁸⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Contrato Coletivo como alteração do modelo de relações de trabalho. *LTr*, São Paulo, n. 52, p. 198, 1993.

Sin embargo, tal mecanismo no fue aprobado por el gobierno, y una vez más la negociación colectiva brasileña se estancó en su intento de modernización y armonización de las condiciones de trabajo.

Por otro lado, no se puede dejar de percibir que el intento es bastante parecido con la articulación de la negociación colectiva practicada en España, principalmente desde el AINC de 1997 y hasta la crisis económica actual, y por eso, nos parece fundamental para este estudio analizar la articulación española del AINC 1997 y también los mecanismos de la negociación colectiva para la contención de los efectos de la crisis y la aproximación del acuerdo a los más débiles.

3.3. El tejido de negociación colectiva española

Comenzamos diciendo que el artículo 83 del ET que en su disposición legal establece: “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”, fundó el principio de libertad de determinación de la unidad de negociación por parte de los interlocutores sociales.

La libertad dada por el artículo 83 del ET genera que el nivel de negociación se defina como aquél en el que tiene lugar el proceso negociador, o como la unidad en la que se desarrolla la actividad contractual de las colectividades laborales.

En este sentido, considera el profesor Valdés que la identificación de los espacios en los que se manifiesta la negociación colectiva, expresa de manera gráfica los centros de distribución de los poderes contractuales, así como el lugar en que los negociadores actualizan sus facultades jurídicas.¹⁸⁶

Con ese telón de fondo, vemos que tal precepto legal abre la puerta para que los modelos de negociación colectiva puedan ser múltiples. Tanto es así, que en España existen convenios sectoriales o rama, convenios supraempresariales, convenios de empresa, convenios de grupo de empresa, convenios de centro de empresa y convenios de franja entre otros.

¹⁸⁶ VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Estructura de la negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 1996, p. 9.

De este modo, la negociación de ámbito territorial y de empresa, se desarrolla en forma de convenios, acuerdos o pactos y, de existir, pueden expresamente estar vinculados al convenio sectorial estatal, dentro del objetivo de que el resultado de dicha negociación permita una regulación sistemática y articulada del correspondiente sector.

Todo lo anterior posibilita una distribución de materias de forma que unas pueden ser de directa aplicación, otras, requerirían un desarrollo posterior en ámbitos supraempresariales o empresariales; y, por último, otras podrían ser remitidas a ámbitos inferiores a la empresa.¹⁸⁷ Hoy por hoy, este mecanismo a pesar de su existencia y de estar coordinado, puede ser mermado de manera bastante agresiva, (debido a la institución del “descuelgue” ya explicada anteriormente) en la nueva redacción del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores donde “la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turno y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2”.

De este modo, la conclusión principal a que se llega es que la convivencia armónica de las distintas unidades de negociación, representa la imagen de la estructura contractual colectiva ideal. Sin embargo, tal imagen adquiere movilidad si además se pueden trabajar las formas de penetración existentes entre las distintas unidades contractuales y que dan vida al sistema de negociación.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva, IV, 11, in La Nueva Reforma Laboral, Expansión, Recoletos Cía. Editorial, Madrid, 1997, p 90

¹⁸⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTINEZ, Elías. La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 103, 2001, p. 11.

Imposible terminar este tema sin hacer consideraciones sobre los cambios actuales de la negociación colectiva. Antes, la negociación colectiva en España era centralizadora hacia arriba. Existía una articulación muy bien estructurada, donde los convenios colectivos trabajaban en efecto cascada, desde arriba hacia abajo. Pero, actualmente, para enfrentar la crisis económica, el legislador trabajó en contra de la articulación de la negociación colectiva, priorizando los acuerdos de empresa en detrimento a los sectoriales como se estudió con el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, la legislación actual apunta hacia la desarticulación de la negociación colectiva como movimiento en favor del empleo.

Wilfredo Sanguineti Raymond, en el “Observatorio de la negociación colectiva” afirma que:

“la nueva redacción de las causas justificativas del descuelgue ha supuesto un auténtico giro copernicano en la función de este mecanismo. Como se ha puesto de relieve, luego de la Reforma de 2012, éste ha dejado de ser un instrumento de mantenimiento del empleo ante situaciones excepcionales de dificultad económica, para convertirse en una herramienta más de respuesta frente a necesidades fisiológicas de adaptación, que puede servir tanto para evitar la destrucción de puestos de trabajo como para reducir costes salariales y facilitar la reorganización del trabajo, promoviendo la competitividad empresarial.”¹⁸⁹

Si la tendencia de desarticular los convenios de empresa o inferiores será momentánea, para detener los efectos de la crisis económica, o no, solamente la historia futura nos lo dirá. La verdad es que la articulación de la negociación colectiva española fue un modelo que se desarrolló desde el declive de las Ordenanzas Laborales de Franco, esculpido poco a poco por los actores sociales y el legislador, y depuesto en parte, pero agresivamente, por la posibilidad del descuelgue de cláusulas de convenios colectivos. Tenía una importancia vertebral en la historia de los convenios colectivos españoles.

Así, tras la importancia de la articulación de la negociación colectiva para nuestro estudio, haremos un paréntesis sobre este tema.

3.3.1. La Teoría de la Articulación

En la experiencia Española, la articulación conducía a la centralización. En general, los modelos que se diseñaban de ordenación se basaban en una prioridad de los niveles

¹⁸⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. El papel de la autonomía colectiva en la regulación de la inaplicación o descuelgue convencional. *Observatorio de la negociación colectiva*. Madrid: Editores Cinca, 2013, p115.

centrales sobre los inferiores, tanto en el reparto de roles normativos entre unos y otros como en la propia función de gobierno del sistema, que se concentraba en los interlocutores sociales más representativos y se articulaba mediante acuerdos en la cumbre.

La figura de la articulación posibilitaba que distintos niveles de contratación pudiesen vincularse a partir de un convenio colectivo situado en el vértice de la pirámide contractual, y con relación a los niveles inferiores.¹⁹⁰

Según González Posada¹⁹¹, la materialización de la articulación viene a realizarse mediante la utilización de técnicas de reenvío entre cada uno de los niveles, gestionándose su aplicación en el nivel en que los efectos previstos deban desarrollarse.

Así, para una adecuada puesta en práctica de la articulación resulta necesaria una jerarquización de los sujetos negociadores en cada uno de los distintos niveles que conforman la estructura articulada, así como una identidad de planteamientos con respecto a la estrategia de las distintas negociaciones conectadas.

La conexión entre las distintas unidades de contratación pueden obedecer a varias finalidades, ya sea pretendiendo que determinada materia sea convenida en el nivel superior en exclusiva, ya dictando que su especificación se modifique o sea regulada en nivel inferior.

Claro está que el objetivo de la articulación era impedir una proliferación de las unidades contractuales, principalmente de ámbito empresarial, sin conexión con un convenio de sector. Pero, como ya comentamos, este ya no es el modelo utilizado por el legislador laboral español. Tras los cambios legales del modelo de negociación colectiva con las leyes 7/2011 e 3/2012 el ámbito de empresa fue aumentado y privilegiado, modificándose así el sentido de la pirámide de la negociación colectiva vigente.

En buenas palabras de la profesora María Emilia Casas Baamonde “de hecho el ejercicio del derecho de negociación colectiva ha perdido la unilateralidad “de facto” que le caracterizó en sus etapas precedentes, actuando ahora la iniciativa empresarial a través de los

¹⁹⁰ GONZÁLEZ-POSADA MARTINEZ, Elías, 2001, op. cit. p. 17.

¹⁹¹ Ibid., p. 17.

nuevos dispositivos legales. A la unilateralidad sindical de las practicas negócias dominante en nuestro sistema negocial tradicional ha sucedido la unilateralidad empresarial.”¹⁹²

3.3.2. Los instrumentos legales de articulación de la negociación colectiva española

Para este estudio se hace necesario un análisis de los preceptos que el Estatuto de los Trabajadores dedica a esta cuestión, los artículos 83 y 84.

El artículo 83.2 ET dispone: "Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito”.

En líneas generales, este concepto determina que determinados sujetos (las organizaciones sindicales y asociaciones patronales), en determinadas circunstancias (cuando acrediten la condición de más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma) podrán a través de determinados mecanismos jurídicos (acuerdos interprofesionales) regular determinados aspectos del sistema de negociación colectiva (la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia entre convenios).

La principal particularidad de este precepto es la de crear un tipo particular de producto negociado que es, a su vez, una norma de competencia. Esto es, los acuerdos y convenios resultantes tendrán por objeto el establecimiento del marco en el que se desarrollará la actividad de las distintas instancias reguladoras del sistema de negociación colectiva. Y lo harán mediante el establecimiento de normas de competencia, que atribuirán a los ámbitos inferiores la capacidad para regular determinadas materias, o afectar a otros convenios; esto es lo que son, técnicamente, los "convenios para convenir".

¹⁹² CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Reforma de la negociación colectiva en España y sistemas de relaciones laborales*. Madrid: UCM, 2014, p. 292.

La cadena de validez que se establece tiene su origen en una norma estatal, pero se perfecciona a través de normas colectivas sucesivas (el acuerdo interprofesional y los eventuales convenios que se negocien en su marco). Desde este punto de vista, el artículo 83.2 ET sirve de enlace entre el ordenamiento estatal y el convencional, puesto que la legitimidad para esa especial eficacia jurídica de los acuerdos de ordenación viene de la norma estatal. Así, dentro del sistema de negociación la validez de cada norma vendrá determinada de acuerdo con esta cadena, y dependerá de que se adapte al diseño acordado en uno de estos acuerdos o convenios, esto es, que aparezca como el ejercicio por los concretos negociadores de una competencia que les venga reconocida por éstos.

Este mecanismo es, en la dinámica de Rodríguez-Piñero probablemente, el mejor de todos los posibles, porque es más respetuoso con la autonomía colectiva, se adapta perfectamente a los mandatos constitucionales, y resulta plenamente coherente con lo establecido en el artículo 83.1, que atribuye la capacidad para delimitar las unidades de negociación a los sujetos que negocian cada convenio. Por otro lado, deja las decisiones de ordenación del sistema de negociación dentro del propio sistema, permitiendo la coexistencia autónoma de éste de acuerdo con la lógica de los sistemas plurales y abiertos. La única ordenación posible es la autónoma, la resultante de la propia dinámica de las relaciones laborales, el “autogobierno de las relaciones laborales”¹⁹³

3.3.3. El Reparto Legal de Materias y los Tipos de Convenios Colectivos

Sin embargo, además de los criterios de competencia, la propia ley trató también de repartir algunas materias, reservando a determinados niveles de negociación, asuntos específicos.

De acuerdo con la profesora María Emilia Casas: “según los ámbitos de los convenios, el legislador reparte materias, singularizando las funciones que le cumple ejercer a cada uno de ellos. Para ello, y para ordenar las relaciones entre niveles y regulaciones convencionales, recurre a principios estructurales o técnicos de articulación internormativa, de los que se valen todos los sistemas que reconocen la existencia en su seno de ordenamientos autónomos

¹⁹³ RODRIGUEZ-PIÑERO, M.; GONZÁLEZ ORTEGA, S. Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Política Social*, n. 137, p. 11, 1983.

(convencionales o territoriales): principio de supletoriedad o subsidiariedad, principio de no concurrencia y principio de prevalencia o primacía”.¹⁹⁴

Para una mejor comprensión, se describe cada uno de los niveles de negociación y se apunta donde la ley guarda la reserva de materias para cada caso.

3.3.3.1. Acuerdos Interprofesionales o Convenios Colectivos Intersectoriales

Son los más altos niveles de convenios colectivos firmados por las organizaciones más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma.

Tienen la facultad de establecer la estructura de la negociación colectiva (acuerdos marcos), así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, salvo la prioridad de los convenios de empresa considerada en el artículo 84.2 del ET.

También pueden tales acuerdos interprofesionales, según el artículo 83.3 ET, convenir sobre materias concretas, reguladoras de las condiciones de trabajo.

3.3.3.2. Convenios Colectivos Sectoriales o de Rama

Se establece su ámbito aplicándose a las empresas pertenecientes a un mismo sector o rama de actividad.

Un sector productivo de actividad se identifica con cada uno de los tres grandes sectores clásicos: agricultura, industria y servicios; dividiéndose éstos en subsectores, conocidos como ramas de producción o actividad. La rama se llega a identificar en su denominación con ayuda de criterios relacionados con el producto elaborado, el servicio prestado, o la materia prima utilizada.¹⁹⁵

Los convenios de sector tienen la posibilidad convencional de completar la regulación legal y otras veces, la facultad de prescindir de la misma, desplazando la ley debido a su carácter supletorio.

¹⁹⁴ CASAS BAAMONDE, María Emilia, 1994, op. cit., p. 297.

Aquí cabe destacar que las materias que estaban antes reservadas por el Estatuto de los Trabajadores únicamente al convenio sectorial, eran: determinación de puestos de trabajo de los contratos formativos (art. 11.1 b); duración del contrato de trabajo de los contratos formativos (art. 11.2, c); contrato de obra o servicio determinado (art. 15 a - en cuanto a esa materia, también se puede negociar mediante convenio de empresa) y modificación de la duración máxima del contrato eventual (art. 15 b).

Sin embargo, tras las modificaciones moduladas por las últimas reformas laborales desde 2010 hasta 2014, ya no existe reserva legal para estos temas, cabiendo también a convenios inferiores disponer sobre los mismos asuntos.

Según el García Murcia, “la compartimentación sectorial de la estructura de la negociación colectiva puede estar más o menos dividida, respondiendo a su vez a criterios diversos: materia prima utilizada, naturaleza del proceso productivo, producto final. Hay que tener en cuenta, además, que los convenios colectivos de sector o rama pueden ser negociados en distintos ámbitos territoriales o circunscripciones geográficas: municipal, comarca, provincia, comunidad autónoma, territorio del Estado.”¹⁹⁶

3.3.3.3. Convenios Colectivos Empresariales o Ámbito Inferior

En este tipo de convenio, la unidad de contratación puede ser la empresa o un ámbito inferior a ella. El ámbito inferior más usual es el centro de trabajo descrito en el artículo 1.5 del ET como “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral.”

Las materias que se destacan como prioritarias en el ámbito de la empresa son las del ya citado artículo 84.2 ET: 1) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; 2) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; 3) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; 4) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; 5) La adaptación de los aspectos de las

¹⁹⁵ GONZÁLEZ-POSADA, Martínez, Elías, 2001, op. cit., p. 13.

modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa;
6) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 93.2.

Según Jesús R. Mercader Uguina, “los tribunales han señalado que la exclusión de los trabajadores temporales es discriminatoria.”¹⁹⁷

3.3.3.4. Convenios Colectivos de Franja o Grupo de Trabajadores

Por convenios de franja se entiende aquellos que son aplicables a trabajadores caracterizados por pertenecer a un mismo grupo, categoría profesional o puesto de trabajo, por poseer una misma titulación profesional, como por ejemplo, un convenio colectivo para el personal de vuelo de una determinada Compañía Aérea, o por pertenecer a una misma sección o departamento.

Lo interesante, aquí, es que tal convenio franja puede tener el ámbito empresarial o supraempresarial, como por ejemplo un convenio provincial de azafatas de vuelo.

3.3.3.5. Convenios Colectivos de Grupo de Empresas

Los convenios colectivos de grupo de empresas son los aplicables a un conjunto de empresas pertenecientes a un mismo grupo financiero nacional o multinacional.

Según, Sala Franco¹⁹⁸, en tanto no se reconozca personalidad jurídica al grupo, se trata propiamente de una unidad de negociación supraempresarial. Sin embargo, vale decir que las previsiones normativas en materia de legitimación para negociar convenios supraempresariales están pensadas más para negociar convenios sectoriales o subsectoriales que para los convenios de grupo.

Igualmente a los convenios de empresa, los convenios de grupo de empresa o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1, tendrán igual prioridad

¹⁹⁶ GARCIA MURCÍA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 366.

¹⁹⁷ MERCADER UGUINA, Jesús R., 2014, op. cit. p. 726

¹⁹⁸ SALA FRANCO, op. cit., p. 325

aplicativa del artículo 84.2 ET ya citado, es decir, tienen prioridad para negociar determinados temas laborales.

3.3.4. La experiencia de la articulación en el AINC 1997

El AINC ha tenido como objetivo fundamental propiciar una recuperación del poder contractual de los sujetos situados en los niveles superiores del sistema de negociación colectiva, donde su propio preámbulo anunciaba “contribuir a racionalizar la estructura de la negociación colectiva, evitando la atomización actualmente existente”. Para tanto, propuso una articulación desde arriba de los niveles negociadores.

Según Antonio Bayos, la orientación general del modelo de estructura propuesta por el AINC se encaminaba a contrarrestar el predominio de la empresa como lugar de producción de normas, y a un correlativo señalamiento del ámbito estatal como unidad dominante. Por eso se ha podido describir esta propuesta como una manifestación típica centralizadora, en la que la unidad estatal, aparece ordenada desde arriba por los acuerdos interprofesionales y completada, hacia abajo, por otros niveles de negociación sectoriales de ámbito infraestatal y, en último término, de empresa.¹⁹⁹

Continúa el mismo autor diciendo que el sistema legal había asumido esta dirección recentralizadora de la negociación colectiva, aunque lo ha hecho a través de la recepción legal de prescripciones pactadas entre los interlocutores sociales.

En función de ello, el acuerdo estableció, a su tiempo, en su apartado IV un catálogo de materias que deberían ser abordadas preferentemente en el ámbito nacional o de rama de actividad, entre las cuales destacan las siguientes: contratación laboral, estructura profesional, estructura salarial, jornada, movilidad y modificación de condiciones de trabajo, derechos sindicales y de información de los representantes de los trabajadores, régimen disciplinario, protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores.

En lo que se refiere a la distribución de materias otorgadas por la ley, tal mecanismo tuvo como base el artículo 84 E.T., precepto legal que, como ya hemos visto, debe tomarse como punto de partida a estos efectos.

¹⁹⁹ BAYOS, Antonio. Unidades de negociación y concurrencia de convenios. *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, p. 1466, 2000.

En este sentido, declara el AINC en sus primeras previsiones, que los convenios colectivos de sector deberían, en primer término “agotar las materias reservadas a dicho ámbito” por el artículo 84 ET vigente en la época. La remisión a ese precepto legal por parte del AINC parecía tener un objetivo claro, según Joaquim García Murcia²⁰⁰, que los convenios colectivos de sector y de ámbito nacional ocupasen esos espacios, no sólo para que las materias correspondientes cuenten con una regulación uniforme dentro del sector, sino también para que se cierre la posibilidad de que tales materias sean ocupadas, con preferencia en el tiempo, por otro tipo de convenios.

En efecto, el AINC, fiel a sus propósitos de ordenación y de salvaguarda de los convenios colectivos de ámbito nacional, les conminó a que agotasen la regulación de materias del artículo 84 ET, tratando de generar una especie de “reserva” en favor de ese tipo de convenios.²⁰¹

Es importante poner de manifiesto que quien hacía, en la época del AINC – 1997 el primer reparto de materias no era la autonomía colectiva privada, sino la propia ley, delimitando los criterios de concurrencia y apuntando materias en las que se prohibía la afectación. Así, la reserva del artículo 84, en su época, jugaba con distinta intensidad según la materia: en algunas se prohibía toda posibilidad de afectación (período de prueba, grupos profesionales, y régimen disciplinario); en otras se permitía una regulación concurrente con fines de adaptación a la empresa (modalidades de contratación); y en otras se autorizaba plenamente la concurrencia, bien es verdad que siempre que no fuera conflictiva y que jugase con carácter suplementario, con fines de mejora de los mínimos establecidos por el convenio sectorial (seguridad e higiene y movilidad geográfica).

A pesar de la importancia que tuvo el AINC 97 en su época, como excelente documento de articulación y agente organizador de la negociación colectiva, hoy por hoy, los problemas socio económicos y los cambios legislativos cambiaron el curso de las líneas de actuación. Ya no se prioriza la centralización de la negociación colectiva hacia arriba, como ya hemos estudiado, se dio prioridad a los convenios empresariales, dejándoles negociar todas las materias laborales en su ámbito.

²⁰⁰ GARCIA MURCIA, Joaquín, 1998, op. cit., p. 83.

3.3.4.1. Criterios de articulación del AINC

Enmarcando la negociación, el AINC incluyó, básicamente, dos tipos de previsiones, el primer tipo se recogen bajo el rótulo general de “criterios generales del procedimiento negociador” (ap. IV. 8º), y se refieren directamente al proceso de negociación; l segundo, que se inscribe en el epígrafe dedicado a la “articulación negociadora y concurrencia de convenios” (ap. IV. 11º), trata más bien de la ordenación de la estructura de la negociación colectiva.

Según García Murcia, las partes negociadoras del AINC mostraran su preferencia por la existencia en cada sector de un “convenio sectorial estatal”, que actuaría como regulación básica y general del sector y al que quedarían vinculados, en su caso, los “convenios, acuerdos o pactos” que surgieran de la “negociación de ámbito territorial y de empresa”. El objetivo general sería “que el resultado de dicha negociación permita una regulación sistemática y articulada del correspondiente sector”.

Por otro lado, para complementar el objetivo anteriormente descrito, las partes optaban por una precisa distribución de materias a partir de dicho convenio sectorial, dependiendo en última instancia “de la estructura de negociación colectiva que exista o se defina en el sector”, las partes negociadoras del AINC, proponen que dentro de esa clase de convenios se distingan hasta tres tipos de materias, a efectos de articulación: en primer lugar, las que fuesen de directa aplicación, que no necesitarían complemento posterior y que quedarían reservadas al ámbito sectorial nacional; en segundo lugar, las que estuviesen enunciadas en términos básicos, que, a diferencia de las anteriores, requerirían un desarrollo posterior en ámbitos inferiores; y, por último, las que pudieran ser remitidas sin mayores problemas a los ámbitos inferiores de negociación, sin necesidad de tratamiento por parte del convenio del sector.²⁰²

²⁰¹ Ibid., p. 83.

3.3.4.2. Las Impresiones del AINC

Según Rodríguez-Sañudo, el AINC se limitó a ser una mera descripción de modelos de negociación colectiva, una centralizada en el convenio de sector y otra articulada entre convenios de aquel ámbito y otros inferiores, con reparto ordenado de materias entre ellos.²⁰³

Es posible afirmar que el objetivo del AINC de superar la estructura de negociación heredada del pasado se encontraba aún muy lejos de ser alcanzado. Sin embargo se notan algunos avances. entre ellos estaban la apertura de nuevos espacios de negociación a nivel estatal, especialmente para actividades de reciente implantación o carentes hasta el momento de regulación a nivel colectivo, como es el caso, por ejemplo, de empresas de trabajo temporal, residencias de tercera edad, concesionarios de cable de fibra óptica y “telemarketing”.

Del mismo modo, resultó significativo también la negociación de convenios colectivos generales para ámbitos hasta el momento regulados sólo a través de convenios provinciales. Antes de llevar a cabo una regulación sistemática de las condiciones de trabajo, estos convenios generales solían establecer reglas marco, ordenadas a la negociación colectiva dentro del sector, así como normas básicas sobre condiciones de trabajo.

También se registró la aparición de acuerdos “ad hoc” de articulación de la negociación colectiva en ciertas ramas, a través de los cuales se llevó a cabo una ordenación de la estructura contractual por niveles de distribución de competencias normativas entre los mismos. Según Sanguinetti Raymond, el mejor ejemplo de este tipo de instrumento fue constituido por el Acuerdo Marco sobre la Estructura de la Negociación Colectiva para el Sector del Metal, suscrito en 1998.²⁰⁴

²⁰² GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 99.

²⁰³ RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín. Estructura negocial y distribución de contenidos. *Revista del MTAS*, Madrid, p. 133, 998.

²⁰⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Relaciones entre Normas Convencionales: concurrencia, articulación y descuelgue en el sistema español de relaciones laborales. *Derecho del Trabajo, La Ley*, Madrid, p. 1876, 2001.

3.3.5. Las impresiones de la articulación en España

Con todo este telón de fondo estudiado en este capítulo, es bastante importante para nuestro estudio un contraste entre la teoría y la práctica de la articulación en España para comprender si el modelo teórico se adaptó a los rasgos sociales ya plasmados y si los cambios han traído avances positivos.

Según la crítica de Merino Segovia²⁰⁵, el análisis de la negociación colectiva demuestra con absoluta claridad que los convenios españoles “no pueden seguir siendo calificados, simplemente como autistas”. Ya sea como consecuencia de un mayor interés de los interlocutores sociales, del propio temor ante las soluciones legales introducidas en 1994, o como consecuencia de los acuerdos de 1997, lo cierto es que este tipo de cláusulas, en las que de algún modo el convenio se relacionaba con otros de distinto ámbito territorial y/o funcional, se ha ido haciendo bastante más frecuente. De su casi inexistencia durante la década de los ochenta se ha pasado a su aplicación, iniciada paulatinamente a partir de 1994, y que se intensifica desde 1997 y, sobre todo, desde 1999 en adelante.

Así, es posible encontrar en la negociación colectiva española desde cláusulas meramente obligacionales en las que ambas partes, con ánimo de evitar la dispersión, se comprometen a que en ámbitos inferiores se adopte este convenio como elemento de aplicación y desarrollo, bien como a no negociar y oponerse, en su caso, a la deliberación y conclusión de convenios colectivos de ámbito menor para algunas actividades; a numerosas cláusulas sobre concurrencia, en las que solía ser relativamente frecuente el reconocimiento del carácter supletorio o complementario del convenio nacional o general en relación con los de ámbito inferior; o la consideración de este mismo convenio como mínimo indisponible por las unidades territoriales inferiores.

La potencialización del sistema de articulación en la negociación colectiva española, en su época, no quiere decir que se haya avanzado en el panorama laboral. Según Salido

²⁰⁵ MERINO SEGOVIA, Amparo. *La estructura legal y convencional de la negociación colectiva*. Madrid: Civitas, 2000, p. 23.

Banús²⁰⁶, “en España muchos quieren un sistema de negociación colectiva articulado y ordenado, con una estructura más racional y acorde con los tiempos; hay incluso modelos muy terminados de cómo debería ser la negociación. El Derecho español aporta los instrumentos necesarios para poner en práctica estos modelos. Y sin embargo la situación mejora poco. Y ello tras veinte años de negociación colectiva libre en España, en los que se ha avanzado en otros parámetros del sistema, como el índice de cobertura, los contenidos convencionales y la calidad de los procesos negociales. Una y otra vez se denunció la situación, y se señaló el fracaso de las iniciativas adoptadas para mejorarla; últimamente se afirma sin tapujos el escaso impacto de los acuerdos interconfederales de 1997 en la dinámica de la negociación colectiva, a pesar de ser un intento bastante avanzado y el mejor diseñado hasta la fecha para ordenar ésta”.

Muchos autores echaban la culpa de la falta de avances en factores como la inercia de la estructura, que demuestra resistencia al cambio, otros, en el reparto de poderes dejado por el franquismo con unidades de negociación ya consolidadas.

En resumen, la crítica que se hacía en los inicios de 2001 sobre esta experiencia española era que, en líneas generales, existía cierta satisfacción con las tendencias que se observan en la negociación colectiva española, tanto en cuanto a su estructura como al grado de imbricación de los convenios; pero se criticaba la escasa velocidad con que estos cambios se operaban. La propia intervención del legislador laboral se justificaba precisamente por la lentitud en que se estaban produciendo los cambios hasta aquel momento, en el sistema de negociación. Quizás habría que plantearse si era aquel el ritmo de cambio que el sistema podría soportar de una manera no traumática, como una evolución natural que se toma su tiempo.²⁰⁷

3.3.6. Los avances tras la descentralización. Prioridad de materias para el acuerdo de empresa

Fue en a partir de la reforma de 1994 que el modelo de inaplicación del convenio colectivo, específicamente en materia salarial, se introduce en la legislación laboral

²⁰⁶ SALINO BANÚS, José Luis. *La negociación colectiva en España: los acuerdos marco y los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales*. Barcelona: Atelier, 2001, p. 34.

²⁰⁷ Analistas de Relaciones Laborales: “Se inicia el camino”, *Relaciones Laborales*, nº17, 2001, p. 79.

española²⁰⁸, esencialmente como un instrumento alternativo a los despidos colectivos por causas económicas. Este mecanismo funcionaba en paralelo con otro complementario de descuelgue de condiciones de trabajo (procedimiento de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo), sin embargo se articulaban por el acuerdo entre las partes, que, en todo caso, según Jesús Cruz Villalón²⁰⁹ “acababa siendo una regla de preferencia aplicativa del acuerdo de empresa respecto del convenio sectorial frente a una situación de concurrencia entre dos pactos productos de la negociación colectiva”.

La intención del legislador del 1994 fue buena, pero como ya estudiamos, eran establecidos requisitos tan restrictivos para el descuelgue en las negociaciones colectivas que, materialmente, era bloqueada la posibilidad de acudir a él ante las situaciones de crisis del empresariado.

Con este telón de fondo, la reforma del 2010 procedió a ampliar el margen de actuación práctico de los descuelgues por dos esferas²¹⁰. Primera, no permitir que fueran los convenios sectoriales los que establecieran los requisitos de la inaplicación del convenio, siendo la propia norma estatal quien fijase los requisitos causales y procedimentales del descuelgue. Segunda, evitar que el descuelgue dependiera de la voluntad de la comisión paritaria constituida para la aplicación e interpretación del convenio sectorial, residiendo la decisión de manera autónoma en el ámbito de la empresa, por vía de acuerdo mutuo entre la dirección de la misma y los representantes de los trabajadores.

Según Jesús Cruz Villalón, sobre el descuelgue de la ley 35/2010 “la fórmula siempre giraba en torno al criterio general de propiciar mecanismos de flexibilidad interna negociada, en términos tales que la adopción de los mecanismos de modificación de las condiciones pactadas en los convenios colectivos estatutarios se llevara a cabo en todo caso sobre la base del acuerdo entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores; eso sí, con la preocupante fórmula para las empresas donde no existieran comités de empresa ni delegados de personal, de poder proceder a designar una representación ‘*ad hoc*’ directamente por parte de los propios trabajadores en la empresa, con evidentes riesgos de aplicación distorsionada en la práctica que no garantizaban plenamente la autonomía y libertad de decisión de los trabajadores en la empresa. Con carácter general esa lógica de la flexibilidad

²⁰⁸ Ley 10/1994, de 19 de mayo.

²⁰⁹ CRUZ VILLALÓN, Jesús, 2012, op. cit., p. 238-244.

²¹⁰ Ley 35/2010, de 16 de septiembre (BOE de 18 de septiembre), de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo.

negociada, permitía que el acuerdo entre las partes lo fuese tanto de manera directa, por acuerdo expreso entre los mencionados representantes, como de forma indirecta, por vía de los mecanismos de mediación y arbitraje, en todo caso voluntariamente asumidos.”²¹¹

La reforma del 2011 dio más importancia al tema mejorando el “modus operandi” del descuelgue, pero todavía retornando al tema de las comisiones paritarias de convenios colectivos sectoriales, aunque considero que la solución final podría realizarse por la vía de los mecanismos de mediación y arbitraje.

Fue en la reforma de 2012²¹² sin embargo, en la que el avance de la institución del “descuelgue” fue muy evidente, pues la norma estatal garantizó “el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, esta Ley 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 Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española”. Según la exposición de motivos de la Ley 3/2012.

La conclusión a que llega, Amparo Merino Segovia es que la ley “con su intervención dota a la empresa de instrumentos suficientes para la descentralización en su seno de la negociación colectiva, desposeyendo de ellos a la autonomía sindical, cuya actividad contractual queda seriamente tocada en un proyecto donde el apoyo legal a la negociación – formal e informal - de empresa es concluyente. Los riesgos de recrudescimiento de una dispersión negocial que acentúe la pérdida de uniformidad de las condiciones de trabajo – mal endémico, se decía, de un sistema atomizado y falto de coordinación, ya denunciado en 1997 por los agentes sociales- pasan a un segundo plano, ceden ante mecanismos de refuerzo del

²¹¹ Ibid., p. 238-244.

²¹² Primero por vía del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE de 11 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; posteriormente convertido en Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

poder privado empresarial, que pronostican situaciones generalizadas de *dumping* social, en un escenario económico donde las empresas buscan hacerse con herramientas que refuercen su ventaja competitiva en el mercado.”²¹³

Así, en esta última y contemporánea fase histórica de la negociación colectiva española la centralización hacia arriba cede espacio para la descentralización hacia abajo, es decir, la ley desarticula la negociación colectiva sectorial y deja en manos del empresario la decisión de cumplir o no cumplir el convenio colectivo, según su comprobada necesidad, pero existiendo una unilateralidad en la determinación de las condiciones de trabajo.

Y con este panorama terminamos el tercer capítulo de nuestro estudio, donde dejamos la reflexión plasmada de tal forma que si la articulación organiza la negociación colectiva, trabajando desde arriba (convenios interprofesionales) hacia abajo (convenios de empresa o inferiores) en efecto cascada facilitando la libertad sindical en todos sus vertientes y el equilibrio de las relaciones laborales, como ejemplo el AINC del 1997; la desarticulación hacia abajo, como ejemplo la cláusula del descuelgue del 2012, a su vez, trabaja mucho más la aproximación de las necesidades de los empresarios frente a sus costes laborales con mano de obra, pero deja mermado el equilibrio de las relaciones y la democracia sindical de pluralidad. Cada cual tiene sus virtudes y defectos dependiendo del momento histórico en que se encuadren y del termómetro del legislador en buscar el encaje legal adecuado a la situación circunstancial vivida económicamente.

²¹³ MERINO SEGOVIA, Amparo. *Sentido y alcance de las reformas de 2012: nuevos (des)equilibrios entre los distintos instrumentos de autonomía negocial. Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Bomarzo, 2012, p. 377-403.

4º CAPÍTULO – PROPUESTAS PARA BRASIL

4.1. Consideraciones Iniciales; 4.2. Los problemas de la negociación colectiva en Brasil; 4.3. Propuestas de nuestro estudio; 4.3.1. Libertad sindical; 4.3.1.1. La libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo; 4.3.1.2. La Convención 87 de la OIT; 4.3.1.3. El Comité de Libertad Sindical 4.3.2. Representatividad sindical; 4.3.3. Niveles de negociación maleables y Contratos colectivos interprofesionales; 4.3.4. La inaplicación de cláusulas del convenio colectiva vía “descuelgue”.

4.1. Consideraciones Iniciales

Conforme afirmamos al inicio de los trabajos, el objetivo de esta tesis doctoral es sugerir al Derecho del Trabajo Brasileño una original proposición jurídica de carácter eminentemente científico, canalizando todos los esfuerzos para la elaboración de una nueva toma de decisión o una nueva teoría jurídica basada en la flexibilidad del Derecho del Trabajo Colectivo Brasileño y sus consecuencias en el desarrollo de los convenios colectivos, buscando por tanto inspiración en la negociación colectiva del Derecho Comparado Español.

Con este cuarto capítulo vamos llegando al final de esta tesis, buscando las intersecciones entre los mecanismos jurídicos de la negociación colectiva de España y su posible transposición en la negociación colectiva de Brasil.

De todo lo profundizado en nuestro estudio, cinco temas emergen sin discusión como problemas estructurales de la negociación colectiva brasileña: 1) la falta de libertad sindical; 2) la unidad sindical en su base territorial sin comprobada representatividad; 3) la rigidez de los niveles de negociación; 4) la ausencia de contratos interprofesionales y de autonomía colectiva de los entes sindicales; 5) la completa ausencia de mecanismos para soportar momentos de crisis económicas.

Sin embargo, antes de iniciar las posibles transposiciones del derecho comparado a la realidad brasileña vamos presentar algunas paradojas del sindicalismo de Brasil para después analizar las posibles transposiciones.

4.2. Problemática del sistema sindical de negociación colectiva en Brasil

La tradición autoritaria en Brasil de la regulación heterónoma por la vía de la legislación concentrada en el Estado es el mayor contaminante de la negociación colectiva democrática y de la libertad sindical.

Por esta vía, los sindicatos, con su representación otorgada por la ley, son inexpresivos frente a sus empleados, con raras excepciones, mostrándose cada día más disfuncionales. Y no atribuimos eso sólo a las crisis económicas que el Estado ha pasado, lo atribuimos al propio modelo legalizado de sindicalismo.

Los sindicatos son disfuncionales porque siempre tuvieron una crisis de representatividad. Como ejemplo de este argumento está el emblemático caso de los barrenderos en Rio de Janeiro que convocaron la huelga justo después de la firma del convenio colectivo de la categoría, en un claro acto de repulsa de los trabajadores contra sus propios dirigentes sindicales²¹⁴. El alcalde de Rio de Janeiro afirmaba que la paralización de los barrenderos justo en las fiestas de Carnaval no era una huelga, sino que un motín, pues no había organización sindical involucrada, había trabajadores que se organizaron por su cuenta. Así, la crisis de representatividad se produce porque no existen mecanismos de representatividad a la hora de negociar, ni existe necesidad de un número mínimo de afiliados en la base sindical, sin embargo existen cotizaciones al sindicato de todos los trabajadores de la categoría igualmente.

Retrocedemos un poco en la historia para recordar que la estructura sindical brasileña, a pesar de una reciente democracia instaurada en Brasil por la Constitución de 1988, no operó una transición plena para la libertad sindical. A pesar de la instauración de la democracia, la estructura sindical continúa basada en el Estado Nuevo, dictatorial, de Presidente Getulio Vargas de 1937. Es decir, Brasil no ratificó la Convención 87 de la OIT relativa a la libertad sindical plena porque su legislación todavía tiene la herencia corporativista del régimen dictatorial.

²¹⁴ Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/03/1422758-garis-do-rio-conseguem-aumento-de-37-e-voltam-ao-trabalho-apos-oito-dias-em-greve.shtml>> y también Disponible en: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/21/politica/1426969477_916839>. Acceso en: 21 set. 2015.

Es ahí donde se produce la inmensa paradoja del sistema, que en el texto de la Constitución del 1988 se declare la libertad sindical, pero, a su vez existan muchas restricciones a la misma. Para explicarlo en profundidad, el artículo 8° de la Constitución Federal afirma que es libre la asociación profesional o sindical, pero el apartado II del mismo artículo, a su vez, afirma que está vedada la creación de más de una organización sindical, de cualquiera grado, representativa de la categoría profesional o económica, en la misma base territorial, que será definida por los trabajadores o empleadores interesados, no estando permitido ser inferior territorialmente al área de un municipio. Es decir, la libertad sindical y a su vez la negociación colectiva, están directamente perjudicadas por el sindicato único que además reciben de afiliados o no afiliados. Son conocidos popularmente como “sindicatos de cofres llenos y asambleas vacías”. De lo anterior, obviamente se concluye la poca representatividad, la desvinculación con la base, la desconexión entre representantes y representados y finalmente una negociación colectiva sin el clamor de su categoría.

Como bien apunta el profesor Tulio de Oliveira Massoni, este sistema fue justificado (aún que ya vimos en el capítulo primero que existen otros factores concurrentes) por Oliveira Vianna, en su época (1930), por la incompetencia de la clase trabajadora de auto organizarse de manera independiente y autónoma. Era un horizonte simbólico que despachaba los trabajadores pobres a un mundo de dependencia total. Y continua el profesor Massoni en este tema afirmando que el más escandaloso es el hecho de que aún hoy se levante esta tesis para permitir la unidad sindical, *in verbis*: “o mais escandaloso é o fato de esta tese, hoje, ser reproduzida pelo próprio movimento sindical brasileiro (melhor dizendo: por suas lideranças) que, com a CF/88, obteve relativa liberdade de administração interna face ao poderes públicos: um avanço em relação aos períodos anteriores, mas insuficiente, uma transição incompleta por não permitir a plena liberdade organizativa e autónoma por parte dos trabalhadores. O silêncio não é a ausência de palavras, impor o silêncio não é apenas calar o interlocutor, mas também impedi-lo de sustentar outro discurso.”²¹⁵

Otra paradoja que se deriva de lo anteriormente citado, está en la “no libertad de afiliación”. La libertad de filiación es, a nuestro ver, una ficción legal. El trabajador solamente se puede afiliar a un único sindicato, impuesto por ley. Es decir, un trabajador de determinada rama, (y que ya exista un sindicato de esta rama en su localidad), solamente tiene

²¹⁵ OLIVEIRA Tulio Massoni de. Autoritarismos e falácias na defesa da unicidade sindical. *LTr*: Jornal do Congresso, São Paulo, p. 73.

la facultad de adherirse o no adherirse a este sindicato. No se puede fundar otro sindicato, no existe libertad de organización. Este factor, obviamente, se refleja en la poca representatividad y en la falta de un sindicato que se aproxime más a la voz de los empleados de la categoría, pues solamente existe uno.

Otra consecuencia de la ausencia de libertad sindical se produce por la falta de tradición en Brasil del enraizamiento del sindicato en la empresa o en el local de trabajo a través de representantes de los trabajadores. No hay mecanismos de representación de los trabajadores. Lo que existe es la simple regla de la Constitución Federal, que en su artículo 11, declara la posibilidad de elección de un representante de los trabajadores en las empresas con más de 200 empleados para promover el entendimiento con los empleadores. No existen incentivos para que los interlocutores sociales promuevan modelos como los del “delegado de personal o comités de empresa”, por citar ejemplos, para incentivar una representatividad verdadera y una negociación colectiva que efectivamente represente a sus trabajadores.

Es de inestimable interés para nuestro estudio traer a debate los niveles de negociación sindical en Brasil. Son niveles rígidos, prefijados por las leyes, no hay espacio para que la autonomía privada colectiva actúe regulando la negociación colectiva desde un nivel superior. En Brasil hay dos niveles estáticos, que son las convenciones colectivas de trabajo, negociadas por el sector de determinada localidad no menor que un municipio, y los acuerdos colectivos de trabajo, negociados por la empresa y el sindicato de los trabajadores. Los dos ostentan efecto “erga omnes” en su ámbito. Es decir, afectan a afiliados y no afiliados al sindicato laboral.

La regla de concurrencia entre negociaciones colectivas, a su vez, es muy sencilla, por así decir. La norma más favorable es la que debe operar. No hay ninguna mención a la norma más específica. No hay mecanismos más complejos de concurrencia entre convenios colectivos o que busquen mayor proximidad en la relación de trabajo.

La vigencia de los instrumentos colectivos también viene fijada por la ley. Solamente están en vigor 2 años como máximo. Pero, por otra parte, el precedente jurisprudencial, “Súmula 277 del Tribunal Superior do Trabalho” le transmitió la ultraactividad ilimitada. Se consagró así la peligrosa regla de la adherencia de las cláusulas expiradas a los contratos

individuales, todavía no renovadas, a menos que sean transpuestas por otro convenio colectivo posterior.

Finalmente, por la inmadura estructura jurídica de derecho colectivo, Brasil nunca se planteó un mecanismo de descuelgue de la negociación colectiva vigente. Muchas veces se promovieron grandes despidos, como el de las grandes industrias automovilísticas en 2002 y de aviación en 2009²¹⁶, porque, entre otros factores, no existían mecanismos de negociación colectiva para mitigar una crisis que provocaba el cierre de toda una planta de producción industrial. Ahora ya se establece una negociación colectiva, vía jurisprudencia, para organizar las grandes demisiones colectivas, pero todavía no se estableció la necesidad de una negociación colectiva buscando la prevención de los grandes despidos colectivos.

4.3. Propuestas de nuestro estudio

En este punto del estudio llegamos a las intersecciones de una legislación con la otra. La problemática diseñada en el tema nos ayuda en la búsqueda de soluciones ya vividas por otro Estado y que muchas veces se pueden trasladar a Brasil con posible encaje en su ordenamiento jurídico vigente.

El estudio en profundidad de los tres primeros capítulos, sobre la representatividad legal de los sindicatos, las bases jurídicas de la negociación colectiva y los niveles de negociación servirán de base teórica para las propuestas que aquí se pretenden hacer.

El objetivo de este trabajo, no es sencillamente el estudio de los dos sistemas sindicales con enfoque en la negociación colectiva de cada país, sino principalmente una proposición positiva para mejorías del sistema brasileño vigente.

4.3.1. Libertad sindical y pluralidad

España ha vivido un fuerte régimen corporativista como en Brasil. Pero en España la transición en dirección al sistema democrático de relaciones colectivas de trabajo ocurrió de manera gradual con mucha observación del entorno y respeto a los principios impuestos.

²¹⁶ Disponible en: < <http://www.valor.com.br/brasil/3070646/necessidade-de-negociacao-para-demissao-em-massa-tem-repercussao-geral>>. Acceso en: 14 jul. 2015.

En la Constitución española de 1978 la libertad sindical es promovida en diversos artículos. Está considerada como una pieza fundamental del sistema de relaciones laborales del propio Estado social y democrático, así como un derecho fundamental.

Por otro lado en la Constitución Brasileña del 1988 la libertad sindical está perjudicada por la unidad sindical en el territorio, por la falta de mecanismos de representatividad sindical y por no permitir la vertebración de la negociación colectiva, todo eso como herencia del corporativismo tras la dictadura puesta en 1937.

Este es seguramente el eje por donde Brasil necesita empezar su reforma sindical. Una democracia real no se hace con un semicorporativismo impuesto. Es decir, semicorporativismo porque la Constitución logró traer el principio de la libertad sindical en sus preceptos primeros pero, lo dejó mermado con los otros preceptos construidos en gobiernos autoritarios (unidad de negociación, representación legal, rigidez de niveles de negociación), y nunca retirados por los demás gobiernos, ni de derecha, ni de centro izquierda, ni de izquierda.²¹⁷

Así, tal cual se materializó en España cuando en 1977 ratificó las convenciones de la OIT 87 Y 98 sobre libertad sindical; en el año del 1978 cuando promulgó su Constitución presentando la libertad sindical como garantía fundamental y luego en el 1985 cuando efectivamente legisló positivamente sobre los criterios de libertad sindical en su Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto, se hace necesario en Brasil la transición a la democracia sindical efectiva, es decir, la transición del sistema de la unidad sindical, hacia la pluralidad sindical en su territorio. Esta es, sin duda la piedra angular para que se inicie una reforma en la estructura de la negociación colectiva brasileña, la búsqueda consciente a la pluralidad sindical. Con la extinción completa de este semicorporativismo impuesto, Brasil podrá desarrollar la libertad sindical en todas sus vertientes (pluralidad sindical, representatividad efectiva, articulación entre convenios, recaudaciones limitada a sus afiliados, negociaciones limitadas por la representatividad, convenios para convenir) y, consecuentemente podrá desarrollar por fin la autonomía privada colectiva. Con los cambios

²¹⁷ Lo más curioso en este tema es que el Partido de los Trabajadores, PT, socialista por su naturaleza, que está en el poder hace más de 13 años, y tuvo como su líder y Presidente de la República, un exponente sindicalista - el Presidente Luis Inacio Lula da Silva - tampoco logró cambiar la legislación en este sentido. Es decir, el sistema como está interesa a los sindicatos, que además tienen mucha fuerza, por "lobby" en el congreso nacional buscando mantener sus derechos de unidad, poca representatividad y mucha recaudación.

en la Constitución (art. 8º, II) y en toda la legislación infra constitucional que se ramifica, principalmente la legislación sobre derecho sindical de la CLT (título V referente a la organización sindical y título VI referente a los convenios colectivos de trabajo), sería Brasil apto a proveer las garantías sindicales universales a los trabajadores, las cuales son: derecho a fundar sindicatos, derecho a administrar sindicatos, garantizar la actuación de los sindicatos en su ámbito y derecho de afiliarse o no a los sindicatos plurales.

4.3.1.1. La libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo

En vista de la problemática relación de Brasil con la libertad sindical debido a su no ratificación de la Convención 87 de la Organización Internacional del Trabajo, es de fundamental importancia estudiar los principios de la OIT sobre libertad sindical, las convenciones sobre el tema, así como el Comité de Libertad Sindical y sus decisiones relacionadas a Brasil, para comprensión de los objetivos trazados internacionalmente a los Estados democráticos de derecho, bien como para nuestras hipótesis de desarrollo de la legislación brasileña.

Para la OIT, la libertad sindical y la libertad de asociación son un derecho humano fundamental que junto con el derecho de negociación colectiva, son esenciales a la organización del trabajo. “Los derechos de sindicación y de negociación colectiva son habitantes y permiten promover la democracia, una buena gobernanza del mercado del trabajo y condiciones de trabajo decorosas”²¹⁸.

Según la OIT, todos los trabajadores tienen derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes y a afiliarse a ellas, con objetivo de promover sus respectivos intereses y celebrar negociaciones colectivas con la otra parte, libremente y sin intromisión del Estado.

Verdaderamente, la ratificación de los convenios colectivos internacionales del trabajo números 87 y 98 relativos a la libertad sindical y la negociación colectiva, expresa el compromiso de los gobiernos en dar cumplimiento a su real democracia sindical, y de ahí se va explicando la ausencia de ratificación por el Estado brasileño de la Convención 87 de la OIT.

²¹⁸Disponible en: < <http://www.ilo.org/americas/temas/libertad-sindical/lang--es/index.htm>>. Acceso en: 4 out. 2015.

Conforme Sandor José Ney Rezende²¹⁹, en su tesis sobre Libertad Sindical, la creación de la OIT constituyó un marco civilizatorio: a partir de 1919, los valores del trabajo ganaron dimensión supranacional y sus postulados incluyen el reconocimiento de la necesidad de libertad de organización y actuación de las clases trabajadoras, para que hagan frente a los problemas creados por la irrestricta libertad de emprendimiento característica del liberalismo clásico. En este momento histórico se fortaleció la admisión del sindicato como actor legítimo en el mundo laboral, como muchos derechos básicos del trabajador. Para la OIT, el sindicato libre es elemento de fundamental importancia para el propio capitalismo.

Y para las violaciones de los derechos de organización de trabajadores y empleadores fue creado en 1951 el Comité tripartito que maneja casos de todos los Estados miembros de la OIT, aunque no hayan ratificado los Convenios sobre este tema, denominado: Comité de libertad sindical.

4.3.1.2. La Convención número 87 de la OIT

La convención 87 de la OIT trata de la libertad sindical y la protección del Derecho Sindical, es considerada la norma más importante sobre libertad sindical.

El núcleo de la convención viene expreso en el artículo 2º que determina que a los trabajadores y entes patronales, sin distinción, tiene derecho, sin autorización previa, de constituyeren organizaciones, así como de afiliarse a las organizaciones, con la única condición de se conformaren con los estatutos de estas últimas.

De acuerdo con Dunning, esta convención no garante la defensa colectiva y la promoción de los intereses de los trabajadores, pero incita el reconocimiento de que ellos tienen el derecho de constituir sindicatos, que deben funcionar libremente, y que los Estados-miembros de la OIT deben editar leyes que garantan eso. Segundo él, la convención es un instrumento importante para la defensa de la democracia, una vez que garante los derechos de las organizaciones de trabajadores y empresarios de redactar sus propios estatutos, elegir sus

²¹⁹ Ney Rezende, Sandor José, Libertad Sindical: o Brasil sob o olhar da OIT, mestrado, USP, 2011, p 211

representantes, formular su programa de acción y filiarse a las federaciones nacionales e internacionales²²⁰.

Dunning en su artículo ofrece informaciones importantes para la comprensión de la hermenéutica de la Convención. Al comentar la creación de la OIT, citando Alcock, alerta para los riesgos al derecho de huelga que podría contener la expresión “para todos los fines que no sean contrarios a la leyes, que constaba en el texto del Tratado de Versalles; en cuanto las reivindicaciones operarias formuladas en la última Conferencia de Berna (febrero de 1919) reclamaban la abolición de todas las leyes contrarias al derecho de asociación²²¹, lo que revela la dimensión jurídica de la batalla que se trababa entre Capital y Trabajo. Adelante, al comentar los trabajos de la Comisión que elaboró la propuesta de redacción de la Convención n. 87, Dunning revela que hubo importantes impases jurídicos, resueltos al contenido por votación: uno de ellos era la propuesta de los delegados gubernamentales de dos Estados de Europa Oriental de suprimir la palabra “empleadores”, el que significaría que la Convención ampararía apenas los derechos de los trabajadores; en consecuencia, los empleadores retiraron la propuesta de emenda que añadía “o a no afiliarse” después de las palabras “derecho de afiliarse”²²², el que encerró todos los debates y abrió camino para la adopción de la Convención por mayoría absoluta.

Vale hacer un paréntesis, aquí, para decir que esta última cuestión – derecho de afiliación o no afiliación – posee relación directa con la parte final del inciso V do art. 8º da Constitución brasileña de 1988.

Dunning informa que, durante los trabajos de la Conferencia Internacional del Trabajo que adoptó la Convención n. 87,

[...] había un sentimiento generalizado de que la nueva convención sería un acontecimiento en la historia de OIT. Probablemente, estos miembros no se dieran cuenta de que, al adoptar la Convención 87, también estaban formulando elementos-clave de que habría de convertir en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas²²³.

²²⁰ Cf. DUNNING, Harold. Orígenes Del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación. *Revista Internacional Del Trabajo*. 117, n. 2, p. 167-187, 1998.

²²¹ Cf. id. *ibid.*, p. 174. Dunning cita a obra *History of the International Labour Organization* de Anthony Alcock (Basingstock: Macmillan, 1971).

²²² DUNNING, op. cit., p. 181.

²²³ *ibid.*, p. 182.

Dunning recuerda también que el Consejo de la Administración de la OIT da especial atención a las Convenciones número 87 e 98, determinando que la Comisión de Peritos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT examine la aplicación de los instrumentos que tratan de la libertad sindical con más frecuencia que cualquier otro tipo de convención o recomendación²²⁴.

4.3.1.3. Comité de Libertad Sindical

La producción doctrinaria y jurisprudencial del Comité de Libertad Sindical posee una gran coherencia interna. El concepto de libertad sindical, formulado en sus buenas bases corresponde a un conjunto de pronunciamientos en los cuales se constata en primer lugar, un profundo respecto a la organización sindical. Esta debe ser libre en todos los aspectos: organización, reconocimiento, negociación colectiva, participación en órganos estatales sobre derecho laboral.

El Comité entiende el sindicato como un actor social del mundo del trabajo, en igualdad con los trabajadores y con el Estado, reconociéndole una dimensión institucional que camina “pari passu” con la representatividad en su orden de consideraciones, no se constatando cualquier pronunciamiento suyo que se oponga a los dos conceptos. Lo más importante para el Comité es la libertad de organización y de negociación que las partes disfruten.

Según Sandor²²⁵, no se puede decir que la actividad del Comité de Libertad Sindical sea jurisdiccional, pues no hay aplicaciones de sanción. Por otro lado, se trata de una evaluación a respecto de los Estados, de modo que hay gran cautela en la evaluación que la condiciona. Es necesaria la observación de la cautela utilizada, ya que una lectura menos atenta – o más condicionada por posición política del observador – puede llevar a la conclusión de que el Comité pronunciase superficialmente sobre los temas abordados, lo que no es correcto.

La lectura de la doctrina de la Comisión de Libertad Sindical en su 5ª. Edición trae conceptos de pluralidad sindical, rechazando la unidad sindical impuesta por el Estado.

²²⁴ *ibid.*, p. 183-184.

²²⁵ Ney Rezende, Sandor José, *Libertad Sindical: o Brasil sob o olhar da OIT*, mestrado, USP, 2011, p 211

Muchas se aplican con perfección a los problemas de la unidad sindical de Brasil.

Así, el estudio de la doctrina del Comité sobre Libertad Sindical provenientes de la 5ª. Edición de la recopilación de la OIT, realizada en el año 2006, elegidas especialmente para nuestra demostración (ANEXO I y II) baliza todos los conceptos no respetados por Brasil, es decir: ausencia de libre creación de organizaciones sindicales; una organización obstaculiza la creación de otra en el mismo territorio; monopolio sindical; unidad sindical impuesta por el Estado; cotizaciones obligatorias a un sindicato único; denegación de registro de un sindicato por existencia de otro igual en la misma base etc.

Pero, sin duda, la doctrina que centra la cuestión de Brasil es la “314” donde afirma: “Las disposiciones de una constitución nacional relativas a la prohibición de crear más de un sindicato por categoría profesional o económica, cualquiera que sea el grado de la organización, sobre una base territorial dada que no podrá ser inferior al área de un municipio, no están en conformidad con los principios de la libertad sindical.”²²⁶

En esta decisión se encuentra el eje del problema sindical Brasileño y la clara declaración de la falta de libertad sindical demostrada por la Organización Internacional del Trabajo. Es un verdadero “diploma” de la “no libertad” sindical a Brasil, y la necesidad, como una fractura expuesta, de una reforma sindical en su estructura primaria.

4.3.2 Representatividad sindical

Aquí el punto de debate se centra entre la representación legal de Brasil versus la representatividad sindical de España.

Como ya hemos explicado, en Brasil no hay una representatividad sindical medida por ningún instrumento, sino que un criterio de representación legal, donde la Constitución (artículo 8º, II) impone esta representación al sindicato único en su territorio. No se interesó el legislador en plantear la representatividad por afiliación ni tampoco poner un umbral a eso. El criterio del número de afiliados, o miembros de empresa, no está considerado en ninguna etapa de la estructura sindical brasileña.

²²⁶ Disponible en http://www.ilo.org/global/docs/WCMS_090634/lang--es/index.htm, acceso 18/10/2015

A su vez, España, en su Constitución del 1978 concedió a los sindicatos la responsabilidad para la promoción del interés económico y social de los trabajadores que se convierte en una serie de instrumentos. Así el artículo 7º de la CE identificó en los sindicatos un poder de representación y tutela de los intereses colectivos que tornó posible la democracia sindical.

En los años 80 fue aprobado el Estatuto de los Trabajadores españoles con vistas a la legitimación para negociar convenios colectivos con eficacia general (art. 87.2 e 88.1).

Como parámetro para elegir los sindicatos representativos, estaban los resultados de las elecciones del comité de empresa y delegados del personal.

Fue bajo la Ley n. 11 de 2 de agosto de 1985 (Ley Orgánica de Libertad Sindical - LOLS) que el tema de la representatividad sindical aún se trató de manera más sistematizada como ya lo detallamos en el 1º capítulo de este estudio.

Dentro de este panorama, para que se haga la transposición de mecanismos jurídicos hay que buscar criterios de representatividad válidos para todas las ventajas que deriven de tal particular posición jurídica, de modo a evitar disparidades de criterios, diversos de un ámbito al otro.

Todavía no vemos el sistema jurídico brasileño con suficiente madurez para una transposición de todos los mecanismos de representatividad del sistema español. No es una crítica a nuestra capacidad de adaptación, ni una crítica al sistema jurídico español, sino que es un intento de que la transposición sea gradual, buscando la madurez poco a poco del sistema. Como principio basilar del derecho está la regla de que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, Brasil, con su historia sindical que se desarrolló prácticamente en el siglo XX no puede compararse con la historia sindical de España, mucho más antigua, y su tejido sindical entrelazado (mayor representatividad, representatividad suficiente, mayor representatividad por irradiación, implantación, etc.), en este punto, la intersección no puede ser completa.

Lo que sí vemos perfectamente posible, siempre y cuando se acepte la propuesta de libertad sindical y posible pluralidad de sindicatos, es medición efectiva de la

representatividad sindical. Pensábamos, inicialmente, en establecer los comités de empresa y delegados de personal como hipótesis de propuesta a Brasil para medición de la representatividad, pero todavía no vemos posible esta alternativa, por la sencillez del artículo 11 de la Constitución Brasileña, donde está establecido que las representaciones unitarias son solamente la presencia de un trabajador por empresa mayor de 200 empleados, in verbis:

“Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

Es muy pequeña la capacidad de actuación del representante sindical, puesto que solamente tiene poder de mediador entre las partes, cuando ostenten en la práctica.

Vale aquí hacer un paréntesis sobre el tema de los representantes “ad hoc” de España. La Ley 35/2010 estableció que los trabajadores puedan optar por una comisión designada por los propios trabajadores, o por encomendar su designación a los sindicatos con representación en la empresa, y planteó una incongruencia del estatuto de dichos representantes ad hoc de los trabajadores, que asumen facultades de participación y consulta equivalentes a los representantes unitarios o sindicales, pero no hay ninguna regulación de su estatuto jurídico ni de las garantías que puedan contar. La problemática está en que estos representantes “ad hoc” negocien contratos colectivos de trabajo para toda una empresa. En la legitimidad para negociación. Pero, por otro lado, no es una realidad a la cual nos vamos a detener, pues con la débil representatividad de trabajadores en la empresa otorgada por la Constitución Brasileña (art 11 CF) y la necesidad de fomentar en este estudio la negociación colectiva de manera legalizada, la representación “ad hoc” la dejaremos para la interesante realidad española.

Volviendo al tema que nos interesa, el sistema de la medición de la mayor representatividad por audiencia electoral viene también bastante cuestionado en España, pues según Palomeque:

“La muy elevada audiencia electoral de los sindicatos, corrige de modo decidido, por lo tanto, las consecuencias negativas de una, con certeza, baja *tasa de afiliación* de los sindicatos españoles (relación existente entre el número de trabajadores pertenecientes o afiliados a algún sindicato y el total de asalariados). La presencia generalizada de los sindicatos en el sistema español de relaciones laborales, de la mano de una audiencia electoral imponente, se convierte así desde luego en un rasgo determinante del modelo sindical español en su conjunto, en el que la afiliación no deja de ser un elemento principal de la financiación de las organizaciones, pero que

resulta irrelevante para la caracterización global del sistema.”²²⁷

El criterio de implantación que se va aceptando por la jurisprudencia española nos parece más razonable y que tiene encaje en la limitadora Constitución Brasileña.

De ahí proponemos un cambio de medición del sistema jurídico sindical brasileño de representatividad sindical. La primera hipótesis es regular legamente los mecanismos de evaluación de representatividad sindical para que se sepa cuál es el sindicato efectivamente representativo en su seno, y nos parece que el sistema de votación sería el posible con las limitaciones de la Constitución explicadas. Como segunda hipótesis, pero mucho más difícil de aplicarla porque trae la necesidad de cambios en la Constitución Federal, está el cambio de la legislación para imputar en ella la naturaleza jurídica de los “comités de empresa” y los “delegados de personal” como representantes de los trabajadores, posibilitando también, en el futuro, el doble canal de negociación.

4.3.3. Niveles de negociación maleables y contratos colectivos interprofesionales

Sobre los niveles de negociación, aquí también debemos hacer el mismo paréntesis del tema anterior, el parco desarrollo del sistema de negociación colectiva brasileña no nos permite trasladar todo el aparato jurídico español de niveles de negociación tanto cuando fueron centralizados, con su ápice en AINC 1997, como ahora con la reciente descentralización hacia abajo, proveniente de las reformas laborales buscando paliar la crisis económica actual.

Después de todo el análisis de los dos sistemas jurídicos vigentes en los dos países, lo que sí nos parece efectivamente viable al sistema brasileño y susceptible de adaptación, (principalmente por la necesidad de Brasil desarrollar una autonomía privada colectiva con sus entes sindicales) son los convenio interprofesionales, como por ejemplo los Acuerdos Interprofesionales sobre Negociación Colectiva. Son los “convenios para convenir” o acuerdos marco, tan comunes en España e inexistentes en el ordenamiento brasileño vigente.

²²⁷ PALOMEQUE, CARLOS MANOEL, Una caracteistica del sistema sindical espanhol, 2011, disponible: <http://manuelcarlospalomeque.blogspot.com.br> acessado 10.10.2015

Estos acuerdos que normalmente no regulan condiciones concretas de trabajo, pero establecen marcos para futuras negociaciones tienen encaje en el ordenamiento jurídico brasileño porque aquí existe una carencia de sistematización de la negociación colectiva, que, por cierto, podría estar cubierta por la autonomía privada colectiva. La intención de esta propuesta es más bien ir cambiando la autonomía estatal por la privada y con eso fortaleciendo los entes sindicales a la cumbre, trabajando el efecto cascada de los instrumentos colectivos y la articulación en la negociación, tan experimentada en España e inexistente en Brasil.

En este punto, los “convenios para convenir” sugeridos al sistema brasileño tendrían la facultad, entre otros temas, de normalizar la vigencia de la negociación colectiva (con la intención de restringir la peligrosa ultraactividad ilimitada impuesta jurisprudencialmente), y también trabajar rangos de vigencia diferentes para diferentes temáticas laborales, como ocurre en el sistema español.

A tales convenios también cabría la responsabilidad de establecer las reglas de concurrencia de la negociación colectiva, donde el sistema de la “norma más específica” tiene un encaje de mucho mayor transcendencia que el de la “norma más favorable” en la tendencia de aproximación entre los intereses de los empresarios al de los trabajadores visando mitigar, principalmente, la pérdida de empleos.

Para tanto, la propuesta busca cambiar la ley vigente abriendo espacio para que los entes sindicales a la cumbre negocien reglas “para convenir”, cubriendo los vacíos dejados por el legislador, y principalmente regulando las reglas de vigencia y concurrencia a aplicarse en las posteriores negociaciones colectivas de materias concretas.

4.3.4. La inaplicación de cláusulas del convenio colectiva vía “descuelgue”

Finalmente llegamos al último tema de intersección entre los sistemas jurídicos expuestos, pero no menos importante que los otros temas presentados. El “descuelgue”.

El tema del “descuelgue” o inaplicación de cláusulas de convenios colectivos vigentes por parte del empresariado es el tema más novedoso presentado en esta tesis. Y no es novedoso solamente en este estudio, sino que también lo es en el sistema de sindicalismo

español. La posibilidad del “descuelgue” ya existía en el ordenamiento jurídico español desde 1994, pero no era realmente utilizado hasta que llegó la crisis económica y las reformas laborales del 2010, 2011 y principalmente 2012 que las reformularon. Tan novedoso es el tema, que aún los estudiosos se están preguntando sobre la constitucionalidad del “descuelgue” frente al poder vinculante de los convenios colectivos españoles, garantizado por la Constitución.

Dejando a un lado el debate sobre la constitucionalidad, la verdad es que el fenómeno del “descuelgue” señaló al Derecho Laboral Español un camino de doble sentido, una reconstrucción del Derecho Laboral donde el “pacta sunt servanta” no siempre está presente, especialmente cuando la inaplicación de cláusulas colectivas se establece para salvaguardar la relación jurídica del contrato del empleo.

Importante ahondar un poco más el debate, recordando que las reglas aplicables al descuelgue o inaplicación de un convenio colectivo de empresa se encuentran ubicadas en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, unificándose así la regulación anterior prevista en los artículos 41.6 ET, de modificación sustancial de condiciones de trabajo y 82.3 ET de descuelgue salarial. Junto a esta fundición caminó la reforma laboral de 2012, que permitió al descuelgue una casi integral de condiciones de trabajo, juntamente con un fomento considerable en la facilidad de gestión dada al empresariado para manejar este instrumento.

En palabras de Ana Belén Muñoz Ruiz,

“la finalidad de la reforma laboral de 2012 fue facilitar que las empresas - tengan o no convenio colectivo propio – puedan adoptar medidas de flexibilidad interna en situaciones económicas negativas evitándose las soluciones más drásticas que se traducen en despidos. Piénsese en aquellas empresas de pequeño tamaño que no tiene posibilidad de negociar un convenio colectivo de empresa más próximo a sus necesidades concretas y para las que el descuelgue del convenio sectorial es la única vía posible en un escenario de crisis económica. De la misma forma, se permite a aquellas que han negociado un convenio colectivo desplazar o suspender parte de su contenido. En ambos casos, siempre por causas justificadas y siguiendo un procedimiento específico.”²²⁸

²²⁸ Muñoz Ruiz, Ana Belén, *Problemas Prácticos del Convenio de Empresa*, Lex Nova, 2014, p. 158

Sin embargo, buena parte de la doctrina cuestiona el derecho unilateral del empresario en modificar condiciones de trabajo mermando la autonomía colectiva de los entes sindicales. Aquí exponemos la opinión de la brillante profesora María Emilia Casas Baamonde sobre los efectos de la ley 3/2012 en derecho colectivo español:

“La Ley 3/2012 no se ha propuesto reconocer nuevas facultades del derecho a la negociación colectiva, ni ha incorporado nuevos instrumentos a disposición de los negociadores para incentivar la adopción de acuerdos en garantía de la efectividad de su derecho de negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos [los mecanismos de naturaleza compositiva que preceden al arbitraje obligatorio proceden de la regulación del Real Decreto-ley 7/2011; otro tanto sucede con la regulación del art. 85.3, letra c), con las debidas adaptaciones al articulado de la Ley 3/2012]. En garantía de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad (art. 38 de la Constitución Española, al que expresamente recurre su preámbulo) la Ley 3/2012 constriñe la autonomía colectiva y su poder de organización del régimen jurídico de la propia negociación colectiva. Es la ley la que, para imponer a la negociación colectiva los resultados que se propone alcanzar, ejerce su poder sobre el poder o competencia de los negociadores, sobre el derecho a la negociación colectiva que asegura un ámbito de libertad que, además, la ley debe garantizar (art. 37.1 de la Constitución). La Ley 3/2012 desvirtúa también la eficacia jurídica del convenio colectivo, posibilitando su modificación e inaplicación parciales a las empresas sin el acuerdo de los sujetos titulares del derecho a la negociación colectiva, con lo que, con la perspectiva adicional del derecho fundamental de libertad sindical, corrige el predominio de lo colectivo y de la libertad sindical sobre la autonomía individual y la libertad de empresa, favorecida por el arbitraje público obligatorio que la Ley instaaura.”²²⁹

Sí, es verdad que en el mecanismo del descuelgue hay una desconstrucción de la negociación colectiva y también a la libertad sindical por la clara necesidad del legislador defender a la productividad y consecuentemente al empleo. Así, es un mecanismo de excepción, siempre y cuando las necesidades sean tamañas que lo más razonable pase a ser la desconstrucción de las condiciones laborales a una nueva construcción menos agresiva a los empresarios.

Por más amoral que el tema parezca presentarse, principalmente cuando se habla de “reformatio in pejus” en el contrato de trabajo, la verdad es que el tema tiene encaje en el momento actual de Brasil.

²²⁹ Casas Baamonde, María Emilia, *Reforma de la Negociación Colectiva y Sistema de Relaciones Laborales*, Cuaderno de Relaciones Laborales, n. 2, Madrid, 2014, p.275 a 309

Además, en el ordenamiento jurídico Brasileño ya está agraciada la “reformatio in pejus” constitucionalmente para, mediante negociación colectiva, bajar salarios y cambiar las jornadas a turnos. Pero, claro está, que lo empeoramiento actúa en negociación colectiva posterior, y no por vía de “inaplicación” de cláusula de convenio colectivo.

El sistema del “descuelgue” se presenta positivo para el ordenamiento brasileño, no porque se quiera un retroceso en la legislación laboral, sino porque Brasil atraviesa también una crisis de desempleo creciente y se podría intentarlo como mecanismo de excepción.²³⁰ Sin duda, la crisis brasileña no es tan agresiva como la española, pero que se puede empeorar si no se busca mecanismos en los sistemas legales para fomentar la productividad y el empleo.

Así, el “descuelgue” no es un mecanismo para momentos de crecimiento económico, es un mecanismo de emergencia basado en el Derecho Laboral para incrementar los intentos del Estado en paliar la crisis económica y salvaguardar el máximo número de contratos de trabajo existentes.

Al sistema legal brasileño, finalmente, se le propone que la institución del “descuelgue” se traslade con todos sus matices desde el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores Españoles, principalmente las comprobaciones de orden económica, técnicas, organizativas o de producción por parte del empresario, para que se produzca la inaplicación de la cláusula del convenio colectivo que entiende el empresario como un obstáculo al desarrollo de su empresa, y como habíamos dicho, encajase como mecanismo de excepción en este momento histórico.

²³⁰ Disponible en: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/01/desemrego-aumentara-no-brasil-ate-2016-diz-oit.html>>. Acceso em: 10 set. 2015.

CONCLUSIONES

1. En este estudio propositivo, limitado objetivamente su tema a la negociación colectiva de trabajadores privados, emerge la conclusión de que es inevitable una reforma del Derecho del Trabajo Colectivo para que Brasil ostente la plena democracia sindical según los objetivos de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Como consecuencia del análisis histórico, es necesario situar el sistema sindical brasileño en la época que fue promulgado. El Presidente Getulio Vargas en 1937, a través de su poder dictatorial, trasladó la ideología de las leyes fascistas italianas a Brasil e impuso la todavía actual unidad sindical, con estos criterios: a) unidad sindical obligatoria por categoría profesional o económica en todos los grados del sistema (CF art. 8º, II); b) contribución sindical obligatoria de todas las empresas y trabajadores, además de un poder tributario anómalo a ser ejercido por la asamblea del sindicato en favor del respectivo sistema confederativo (art. 8º, IV).

3. Aún están muy claros y presentes los trazos autoritarios de las disposiciones contenidas en las leyes laborales brasileñas. La unidad sindical, la representación legal del sindicato, la escasez de tipos de convenio, la falta de articulación de los mecanismos de negociación y la cotización obligatoria, son ejemplos de un modelo de negociación colectiva poco democrático.

4. En su tiempo, el principio de la unidad sindical tuvo el claro fundamento de integración de fuerzas entre Estado y sociedad para evitar los conflictos de clases laborales. Los sindicatos, federaciones y confederaciones eran como escalones de una escalera que terminaban en la corporación. Con esa medida, procuró el Estado tener en sus manos el control de la economía nacional para desarrollar mejor sus programas de política económica y de trabajo. Para ese fin, juzgó imprescindible evitar la lucha de clases; así mantuvo la integración de las fuerzas productivas con el corporativismo.

5. Durante el Gobierno dictatorial el sindicato tendría un límite geográfico, dentro del cual podría representar una categoría predeterminada por el Estado. Para obtener tal

representación, los interesados deberían pedir al Estado un acto de constitución denominado carta sindical. Es decir, en un principio el registro no era libre.

6. A finales de la década de los 70, después del Gobierno de Juscelino Kubitschek, que fue el responsable del gran incentivo al crecimiento industrial, surgió un fuerte movimiento sindical que fue decisivo para una apertura sindical con menos intervencionismo y la creación de centrales sindicales. A través de huelgas, manifestaciones y protestas, se crearon nuevas estructuras sindicales y surgieron nuevos líderes, como el Presidente Luis Inacio Lula da Silva.

7. Como respuesta a las conquistas del nuevo movimiento sindical, la actual Constitución fue promulgada en 1988 sin el sistema fuertemente intervencionista de la anterior de 1937, dejando la asociación profesional libre para su creación, solamente con la necesidad de depositar sus estatutos en el órgano competente, pero, el avance fue mermado cuando el legislador afirma que está vedada la creación de más de un sindicato en cualquier grado, representativo de la categoría profesional o económica o en la misma base territorial que será definida por los trabajadores o empleadores interesados, no pudiendo ser inferior al área del Municipio. Así, a pesar de la declaración de Estado Democrático de Derecho, Brasil todavía vive bajo a este sistema sindical, al que hoy llamamos semicorporativista.

8. De este modo la carta magna brasileña de 1988 presentó progresos en la libertad sindical, pero como paradoja mantuvo la unidad sindical sin criterios de representatividad. El artículo 11 de la Constitución, a la vez, prevé un representante del sindicato en las empresas con más de 200 trabajadores, pero estos representantes no sirven de umbral para representatividad, ya que solamente existe un sindicato por categoría en una misma base sindical.

9. Brasil, obviamente, no tiene ratificada la Convención 87 de la OIT y como paradoja tiene firmada la Convención 98 de la OIT. Directrices que se ven muchas veces perjudicadas por la falta de democracia sindical, con sindicatos que representan muchas veces mal a los trabajadores de la base territorial, sin que los mismos puedan protestar, pues el sistema es legal y rígido.

10. En cuanto a los mecanismos de representatividad sindical, Brasil todavía no tiene un mecanismo con esta naturaleza jurídica porque por el modelo establecido el sindicato no necesita ser representativo. Lo que existe es el sistema de la Representación Legal. Es decir, por este sistema la Representación ya está puesta por el Estado, no hay que probar ser representativo, sino que hay solamente que ser el sindicato único de una base territorial no inferior al Municipio.

11. Después de muchos años de lucha soportando negociaciones colectivas y sin regulación, en 2008, las centrales sindicales brasileñas consiguieron una legislación que les permite oficialmente negociar colectivamente (pero no firmar convenios). Solamente se puede considerar como Central Sindical la que supere algunas trabas: a) hay necesidad mínima de 100 sindicatos afiliados a la central, distribuidos por las cinco regiones del país; b) necesidad de afiliación en por lo menos tres regiones del país de, como mínimo, 20 sindicatos en cada una; c) necesidad de afiliación a sindicatos como mínimo de cinco sectores de actividades económicas y d) necesidad de afiliación a sindicatos que representen, como mínimo, 7% de todos los trabajadores sindicalizados en ámbito nacional.

12. Con este telón de fondo, Brasil nunca hizo una transición del gobierno dictatorial al gobierno democrático en el tema sindical, pues estuvo siempre marcado el intervencionismo del Estado, obstaculizando la libertad sindical.

13. En comparación, España, a pesar de la presencia del Estado autoritario de Derecho, trabajó una transición bastante harmónica, ratificando las Convenciones 87 e 98 de la OIT en el año de 1977. Luego promulgó la Constitución Española en 1978 que en sus artículos 7 y 28.1 garantiza a los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales el imperativo de que su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley, con la precisión de que su estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos. Y, a su vez, La Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985 (LOLS) bajo el epígrafe “De la representatividad sindical”, reguló y todavía regula el concepto de sindicato más representativo y la capacidad representativa de éstos, pues, no todos los sindicatos tienen legitimidad para negociar.

14. En España, a pesar de la regla del sindicato más representativo y sus fiables mediciones, el TC en la sentencia de 11/1981 reconoce paralelamente ciertos derechos a los sindicatos con notoria implantación o audiencia en el ámbito respectivo.

15. En 1985 la Ley Orgánica de Libertad Sindical española estableció las nuevas reglas para consolidación del modelo sindical representativo, basadas en los artículos Constitucionales 28.1 (reconoció la libertad sindical como un derecho fundamental de todos a sindicarse libremente); 7º (dispuso sobre la contribución a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los interlocutores sociales, así como reguló que la creación y el ejercicio sindical son libres dentro del respeto a la Constitución, la Comunidad Europea y a la Ley, dejando claro que el comportamiento sindical deberá ser democrático).

16. En 1997 la centralización del modelo de estructura sindical estaba en su apogeo, se alcanzaron entre las confederaciones mayoritarias varios Acuerdo Interprofesionales entre ellos el de cobertura de vacíos, vigente desde 1998 hasta 2003, el cual se aplicaría en defecto de acuerdos o convenios existentes o por existir. Con objetivos similares se negoció el famoso AINC, Acuerdo Interprofesional sobre Negociación Colectiva en el mismo año.

17. La gravedad de la crisis económica iniciada en 2008 provocó un cambio en el pensamiento del legislador, que inició la reforma de 2010 en materia de régimen jurídico del descuelgue de cláusulas normativas (Ley 35/2010), que supuso un inicio de la descentralización de la negociación colectiva hacia la empresa.

18. A su vez, las reformas del 2011 y 2012 llevan a cabo una modificación legal de los dos preceptos que de forma más nuclear regulan la plural estructura de la negociación colectiva. El primero de ellos (art. 83.2 ET) había permanecido inalterado en su redacción desde 1980 hasta su modificación por la reforma de 2011, no modificado por la reforma de 2012, y el segundo (art. 84 ET), esencial en la relación y afectación de los distintos niveles negociales, había sufrido alteraciones por la reforma de 1994.

19. El II Acuerdo Interconfederal para el empleo y la Negociación Colectiva de 2012-2014, cuyo contenido reitera el protagonismo de los convenios colectivos de ámbito estatal y de Comunidades Autónomas en la articulación y vertebración de la negociación colectiva, flexibiliza al complementarse con la introducción de fórmulas de descentralización, que se

habrían de concretar en la posibilidad de negociar a nivel de empresas materias centrales como el salario, la jornada y las funciones, siempre a iniciativa de las partes afectadas, ámbito que el propio acuerdo considera el más adecuado para la fijar las reglas y contenidos relativos a estas materias.

20. La reforma de 2012, finalmente, inició una atomización de los niveles negociales, con fuerte descoordinación y desarticulación entre ellos, buscando y logrando una aproximación de las partes interesadas en la negociación colectiva.

21. En cuanto a la representatividad sindical, el criterio de la mayor representatividad español, trabajando la representatividad centralizada hacia arriba era un sistema que funcionaba bien antes de la crisis. Para la mayor representatividad, existen cinco tipos constituidos por ley de organizaciones representativas con un cuadro de derechos y funciones:

- a) Sindicatos más representativos a nivel estatal. Los que hayan obtenido en dicho ámbito el 10% o más del total de delegados y personal y miembros del comité de empresa, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas;
- b) Sindicato más representativo a nivel estatal, siendo sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a un sindicato más representativo a nivel estatal;
- c) Sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma. Sindicatos que en dicho ámbito ostenten al menos el 15% de delegados de personal y miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten como mínimo con 1.500 representantes y no estén federados o confederados a organizaciones sindicales de ámbito estatal;
- d) Sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma. Sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a un sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma;
- e) Sindicatos representativos en un ámbito territorial y funcional específico. Sindicatos que aun no teniendo la consideración de más representativos hayan obtenido en un ámbito territorial y funcional específico el 10% o más de los delegados de personal y miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas.

22. Tras la crisis económica, el criterio de mayor representatividad pasa por un declive. El Tribunal Supremo en sentencia de 16 de junio de 2010 abre el abanico posibilitando la participación en ciertos órganos de participación a sindicatos que no ostenten la mayor representatividad como se exigía anteriormente, así abre la puerta a sindicatos con “relevante”

implantación en su seno. La sentencia destaca que la posición privilegiada de los sindicatos más representativos se refiere exclusivamente a la representación institucional, pero no puede extenderse a otros ámbitos, ya que en caso contrario perjudicaría el necesario y aconsejable pluralismo sindical. Continúa afirmando que la mayor representatividad no es óbice para exigir la prevalencia del criterio de la proporcionalidad. Claro está que, en esta sentencia se han delimitado conceptos de “mayor representatividad”, “mayor implantación sindical” y “organizaciones sindicales relevantes”. Y hoy esto es un encendido debate, porque la Ley de Libertad Sindical reconoce la facultad de adquirir en la práctica las mismas capacidades que los denominados más representativos a los sindicatos minoritarios o de ámbito limitado a niveles más pequeños del estatal o de comunidad autónoma.

23. Brasil tiene un sistema bastante sencillo de negociación colectiva, con agentes muy marcados. Como agentes de la negociación colectiva en Brasil están la Ley Constitucional, la Ley Ordinaria, las Convenciones Colectivas de sector, los Acuerdos Colectivos de Empresa y la Jurisprudencia.

24. España en comparación, tiene un tejido de negociación colectiva mucho más complejo, donde los agentes son la Ley Constitucional, Ley Internacional, Las Leyes Orgánicas, la Ley Ordinaria, los Acuerdos Interconfederales, Los Convenios Colectivos, Los Acuerdos de Empresa, Los Convenios Extraestatutarios y la Jurisprudencia.

25. En cuanto a los niveles de la negociación colectiva, Brasil tiene una rigidez extrema en sus instrumentos colectivos de trabajo y está solamente comprometido con dos niveles, el sectorial y de empresa.

26. España, a su vez, tiene un tejido negocial mucho más vertebrado. La figura de la articulación posibilitando que distintos niveles de contratación puedan vincularse a partir de un convenio colectivo situado en el vértice de la pirámide contractual, y con relación a los niveles inferiores, hace el Sistema Español muy apreciable para las necesidades brasileñas de maleabilidad del sistema.

27. Figura de gran debate social entre la doctrina española el “desculgue” llegó fuertemente con la reforma del 2012 (Ley 3 del 2012) garantizando la posibilidad por parte de los empresarios de no aplicar condiciones previstas en el convenio colectivo vigentes. Por ello, en

orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, esta Ley incorpora todavía 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 Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española”. Según la exposición de motivos de la Ley 3/2012.

28. Así, tras las comparaciones entre los dos sistemas jurídicos, se concluye que en el sistema jurídico brasileño faltan medidas para proclamar la libertad sindical establecida en la Constitución de 1988. En consecuencia, falta iniciativa para ratificar la convención 87 de la OIT, y es necesario trabajar fuertemente en la búsqueda de una representatividad sindical efectiva, en la maleabilidad en los niveles de negociación y en la creación de legislación de apoyo para los momentos de crisis. Todavía no hubo una depuración del sistema sindical brasileño que se va envejeciendo sin una real transición del corporativismo a la democracia.

29. Así, la proposición que se hace basada en el análisis y experiencia del ordenamiento jurídico español es primeramente traer al sistema brasileño la libertad sindical y el posible pluralismo de sindicatos en el territorio y en la función, sin trabas, ni resquicios del sistema autoritario, respetando y ratificando la Convención 87 de la OIT.

30. Basados en el estudio del primer capítulo también proponemos al sindicalismo brasileño un camino dentro de la democracia sindical, buscando la reforma de la representatividad de los sindicatos con mecanismos de evaluación dentro de la empresa, basándose en establecer un modelo de medición, en primera hipótesis de votación directa por los trabajadores, y en segunda hipótesis el modelo español de audiencia electoral, madurando la representación unitaria de Brasil, para las realidades del “delegados de personal” y “comités de empresa”.

31. Sugerimos, con la investigación del tercer capítulo, la flexibilidad de los niveles de negociación, creando una autonomía privada colectiva para que se negocien contratos colectivos que sistematicen la negociación colectiva a la cumbre, formando una articulación

negocial necesaria para cubrir los vacíos de las normas colectivas y, a su vez, regular la vigencia y la concurrencia de los instrumentos colectivos.

32. Y, finalmente, pero no menos importante, con base en la investigación del tercero y cuarto capítulo, proponemos en este estudio la posibilidad de que Brasil, en momentos de comprobada dificultad económica, otorgue a sus empresarios el poder de “descuelgue” de cláusulas negociadas colectivamente que comprobadamente les obstaculicen la promoción de su negocio en épocas de crisis.

33. Es verdad que no hay muro peor que la ausencia de un Estado Democrático de Derecho para obstaculizar las intenciones de quien ya se dedicó a estudiar y proponer hipótesis de solución para el sindicalismo brasileño y su negociación colectiva.

34. Es innegable que la Constitución Brasileña y la CLT precisaran incorporar en sus legislaciones el contenido democrático de la libertad sindical establecida por la Convención 87 de la OIT, bajo la posibilidad de continuar protegiéndose detrás del escudo de las normas anti-democráticas y verse traspasada por iniciativas de los propios agentes sociales, empleados y empleadores, que por su propia iniciativa establezcan reglas y previsiones apartando los agentes externos para organizarse y solucionaren sus cuestiones de manera directa y de acuerdo con que libremente pactaren. Obstáculos, trabas y dificultades existen en todos los sistemas jurídicos, pero los caminos están abiertos y a espera de quien los trille.

ANEXO I

Decisiones de la 5ª. Edición de la recopilación de la OIT, 2006, referentes a libertad sindical

Unidad y pluralismo sindical

311. El derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones convenientes implica, en particular, la posibilidad efectiva de crear, en un clima de plena seguridad, organizaciones independientes tanto de las que ya existen como de todo partido político.

(Véanse *Recopilación* de 1996, párrafo 273; 304.o informe, caso núm. 1819, párrafo 156; 310.o informe, caso núm. 1930, párrafo 366; 321.^{er} informe, caso núm. 2031, párrafo 169; 325.o informe, caso núm. 1888, párrafo 397; 328.o informe, caso núm. 1961, párrafo 41, y 330.o informe, caso núm. 2189, párrafo 465.)

312. La importancia de la libre elección de los trabajadores en lo que respecta a la creación de sus organizaciones y a la afiliación a las mismas es tal para el respeto de la libertad sindical en su conjunto que este principio no puede sufrir demoras. (Véase 306.o informe, caso núm. 1865, párrafo 329.)

313. La existencia de una organización sindical en un sector determinado no debería constituir un obstáculo para la constitución de otra organización si los trabajadores así lo desean.

(Véase *Recopilación* de 1996, párrafo 276; 306.o informe, caso núm. 1884, párrafo 691 y 315.o informe, caso núm. 1935, párrafo 21.)

314. Las disposiciones de una constitución nacional relativas a la prohibición de crear más de un sindicato por categoría profesional o económica, cualquiera que sea el grado de la organización, sobre una base territorial dada que no podrá ser inferior al área de un municipio, no están en conformidad con los principios de la libertad sindical.

(Véase *Recopilación* 1996, párrafo 277.)

315. El derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes implica, en particular, la posibilidad efectiva de crear – si los trabajadores así lo desean – más de una organización de trabajadores por empresa. (Véase *Recopilación* de 1996, párrafo 280; 302.o informe, caso núm. 1840, párrafo 351; 327.o informe, caso núm. 1581, párrafo 109 y 337.o informe, caso núm. 2327, párrafo 198).

316. Una disposición legal que no autoriza la constitución de un segundo sindicato en una empresa, no es conforme al artículo 2 del Convenio núm. 87, que garantiza a los trabajadores el derecho de constituir sin autorización previa las organizaciones que estimen convenientes así como el de afiliarse a ellas. (Véase *Recopilación* de 1996, párrafo 281 y 337.o informe, caso núm. 2327, párrafo

198.)

317. Las disposiciones que exigen un solo sindicato por empresa, oficio o profesión, son incompatibles con el artículo 2 del Convenio.

(Véase *Recopilación* de 1996, párrafo 282 y 333.^{er} informe, caso núm. 2301, párrafo 592.)

318. El Comité ha señalado que la Conferencia Internacional del Trabajo, al hacer figurar en el Convenio núm. 87 la expresión «organizaciones que estimen convenientes», entendió tener en cuenta el hecho de que en cierto número de países existen varias organizaciones de empleadores y de trabajadores y los interesados pueden elegir pertenecer a una o a otra de ellas, por razones de orden profesional, religioso o político, sin pronunciarse por ello sobre la cuestión de saber si, para los trabajadores y los empleadores, la unidad en la organización sindical es o no preferible al pluralismo sindical. Pero la Conferencia entendía también consagrar el derecho de todo grupo de trabajadores (o de empleadores) a constituir una organización fuera de la organización ya existente, si considera preferible esta solución para la defensa de sus intereses materiales o morales.

(Véase *Recopilación* de 1996, párrafo 286; 332.o informe, caso núm. 2046, párrafo 453 y 334.o informe, caso núm. 2258, párrafo 448.)

319. A pesar de que los trabajadores pueden tener interés en evitar que se multipliquen las organizaciones sindicales, la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria al principio enunciado en los artículos 2 y 11 del Convenio núm. 87. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que «existe una diferencia fundamental en cuanto a las garantías establecidas para la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación entre dicha situación, por una parte, en que el monopolio sindical es introducido o mantenido por la ley, por otra, las situaciones de hecho, que existen en ciertos países, en que todas las organizaciones sindicales se agrupan voluntariamente en una sola federación o confederación, sin que ello resulte directa o indirectamente de las disposiciones legislativas aplicables a los sindicatos y a la creación de asociaciones profesionales. El hecho de que los trabajadores y los empleadores obtengan, en general, ventajas al evitar una multiplicación en el número de las organizaciones competidoras no parece suficiente, en efecto, para justificar una intervención directa o indirecta del Estado y sobre todo la intervención de éste por vía legislativa». Aunque apreciando en todo sentido el deseo de un gobierno de fomentar un movimiento sindical fuerte, evitando los efectos de una multiplicidad indebida de pequeños sindicatos competidores entre sí y cuya independencia podría verse comprometida por su debilidad, el Comité ha señalado que es preferible en tales casos que el gobierno procure alentar a los sindicatos para que se asocien voluntariamente y formen organizaciones fuertes y unidas, y no que imponga por vía legislativa una unificación obligatoria que priva a los trabajadores del libre ejercicio de sus derechos sindicales y viola los principios incorporados en los convenios internacionales del trabajo relativos a la libertad sindical.

(Véase *Recopilación* de 1996, párrafo 287.)

320. Si bien puede ser ventajoso para los trabajadores y los empleadores evitar la multiplicación del número de organizaciones defensoras de sus intereses, toda situación de monopolio impuesta por vía legal se halla en contradicción con el

principio de la libertad de elección de las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

(Véase *Recopilación* de 1996, párrafo 288 y 338.o informe, caso núm. 2348, párrafo 995.)

321. La unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria a los principios de la libertad sindical.

325. La facultad de imponer obligatoriamente a todos los trabajadores de la categoría profesional interesada el pago de cotizaciones al único sindicato nacional cuya existencia está permitida para una ocupación dentro de una zona determinada no es compatible con el principio de que los trabajadores deben tener el derecho de afiliarse a las organizaciones «que estimen convenientes». En tales circunstancias, parecería que la obligación legal de pagar cotizaciones a este monopolio sindical, estén o no afiliados a él los trabajadores, representa una nueva consagración y consolidación de dicho monopolio.

328. Una disposición que permite denegar la solicitud de registro a un sindicato por existir otro ya registrado que es considerado como suficientemente representativo de los intereses que el sindicato postulante se propone defender, tiene por consecuencia que en ciertos casos se puede negar a los trabajadores el derecho de afiliarse a la organización que estimen conveniente, en violación de los principios de la libertad sindical.

(Véase *Recopilación* de 1996, párrafo 297; 304.o informe, caso núm. 1865, párrafo 249 y 305.o informe, caso núm. 1883, párrafo 393.)

329. En situaciones en que las propias organizaciones de trabajadores pidieron la unificación de los sindicatos y en que este deseo fue consagrado de manera que pasó a tener un carácter equivalente al de una obligación legal, el Comité recordó que, cuando la unidad sindical resulte de la sola voluntad de los trabajadores, no necesita ser consagrada en textos legales cuya existencia puede dar la impresión de que la unidad sindical es únicamente el resultado de la legislación vigente o sólo se mantiene en virtud de ésta.

330. Incluso en una situación en la que, desde el punto de vista histórico, el movimiento sindical se organizó sobre una base unitaria, la legislación no debe institucionalizar esta situación citando, por ejemplo, de manera expresa la central única, aun cuando se trata de la voluntad de la organización sindical existente. En efecto, deben protegerse los derechos de los trabajadores que no desean integrarse en la central sindical ni en los sindicatos existentes y estos trabajadores deben, en particular, disponer del derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, cosa que no sucede en el contexto de la unidad sindical impuesta por la ley.

(Véase *Recopilación* de 1996, párrafo 299 y 335.o informe, caso núm. 1935, párrafo 21.)

331. El requisito consistente en obligar a un sindicato a obtener la recomendación favorable de una central determinada para lograr el reconocimiento debido obstaculiza

la libre constitución de la organización que se desea y, por consiguiente, contraviene al principio de la libertad sindical.

(Véase 302.o informe, caso núm. 1773, párrafo 472.)

332. La unidad sindical establecida voluntariamente por los trabajadores no debería ser prohibida y deberá ser respetada por las autoridades públicas.

325. La facultad de imponer obligatoriamente a todos los trabajadores de la categoría profesional interesada el pago de cotizaciones al único sindicato nacional cuya existencia está permitida para una ocupación dentro de una zona determinada no es compatible con el principio de que los trabajadores deben tener el derecho de afiliarse a las organizaciones «que estimen convenientes». En tales circunstancias, parecería que la obligación legal de pagar cotizaciones a este monopolio sindical, estén o no afiliados a él los trabajadores, representa una nueva consagración y consolidación de dicho monopolio.

473. Las cuestiones relativas a la financiación de las organizaciones sindicales y de empleadores, tanto por lo que respecta a sus propios presupuestos como a los de las federaciones y confederaciones, deberían regularse por los estatutos de los sindicatos, federaciones y confederaciones, por lo que la imposición de cotizaciones por medio de la Constitución o por vía legal no es conforme con los principios de la libertad sindical.

477. El Comité pidió a un Gobierno que tomara las medidas necesarias para que modificar su legislación, de manera que se permita a los trabajadores que puedan optar por que se efectúen descuentos de sus salarios en virtud de cuotas sindicales en favor de las organizaciones sindicales de su elección, aun si dichas organizaciones no son las más representativas.

ANEXO II

Decisiones del Comité de Libertad Sindical relacionadas a Brasil

N. Orden	58	Caso 2739	Data 02/11/2009
Querellante	<ul style="list-style-type: none"> • Força Sindical – FS • Nova Central Sindical dos Trabalhadores do Brasil – NCST • União Geral dos Trabalhadores – UGT • Central Única dos Trabalhadores – CUT • Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil – CTB • Central Geral dos Trabalhadores do Brasil – CGTB • Federação Sindical Mundial – FSM 		
Interesados	Querellantes		
Categoría	Geral		
Querellado	Estado		
Sumario	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Prácticas antisindicales del Estado, especialmente del Ministerio Público del Trabajo y de la Justicia del Trabajo. ➤ MPT ajuíza ações contra contribuição assistencial e contribuição confederativa. ➤ Justiça do Trabalho sistematicamente dá provimento aos pedidos do MPT. ➤ MPT da 2ª região (SP) prepara ações judiciais para impedir greves e protestos. 		
Evaluación del Comité	<p>Manifiesta entendimiento de que las cláusulas de seguridad sindical son asunto interno de cada Estado e tanto su prohibición como su permisión son conforme a los principios y normas de la OIT. En situaciones el las cuales sean permitidas, deberían ser efectuadas por medio de normas colectivas. Pede ser mantenido informado de las reuniones entre o MPT e las principales centrales sindicales, bien como sobre la iniciativa da creación do Consejo de Relaciones del Trabajo tripartite. Ofrece asistencia técnica para buscar soluciones satisfactorias en conformidad con los principios de libertad sindical.</p> <p>Cuanto à alegación de que el MPT da 2ª região inicia acciones judiciales contra la realización de huelga y protestos, pide información urgente del Gobierno y, por se tratar de un asunto que preocupa a las centrales sindicales del país, pide al Gobierno que inicie diálogo con las organizaciones de trabajadores y de empleadores mas representativas. Pide mayores informaciones y ejemplos de las alegaciones.</p> <p>Convida el Gobierno a ratificar la Convención n. 87.</p>		

N. Orden	35	Caso 1487 Data 23/01/1989
Querellante	Confederación Internacional de Organizaciones Sindicaís Livres – CIOSL	
Interesados	<ul style="list-style-type: none"> • Querelante • Central Única dos Trabalhadores – CUT 	
Categoría	Geral	
Querellados	Estado (Legislación restrictiva)	
Sumario	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Legislación (modificaciones impuestas pela nova Constitución Federal) Convención 87 de la OIT ➤ Unidad ➤ Tributos sindicales (Contribución sindical/Contribución confederativa) ➤ Registro 	
Evaluación del Comité	<p>Toma nota de las garantías dadas por el Gobierno cuanto al registro de CUT y pide ser informado sobre ello. Observa discrepancia entre las opiniones del Gobierno y de la querellante. Constata que la unidad sindical y las cotizaciones impuestas por la Constitución no son compatibles con los principios da libertad sindical. Entiende que una legislación sindical conforme la Convención 87, en particular el derecho de los trabajadores constituyeren las organizaciones que entiendan convenientes e adminístralas libremente, deberá ser adoptada en breve. Posteriormente, toma nota con interese de la supresión de la necesidad del registro o reconocimiento de sindicatos por el Ministerio del Trabajo.</p>	

N. Ordem	1	Caso 11	Data 24/02/1951
Querelante	Federação Sindical Mundial – FSM		
Interesado	Confederação de Trabalhadores do Brasil – CTB		
Categoria	Geral		
Querelado	Estado		
Sumário	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Central Sindical declarada ilegal ➤ Exigencia de declaración de ideología para participación en elecciones sindicales ➤ Huelga definida como ato antisocial ➤ Desproporcionalidad del Ministerio del Trabajo (destitución y detención de dirigentes, invasión de sindicatos, suspensión de una asociación) ➤ Prohibición del movimiento sindical independiente / controle do MTb / tributo sindical ➤ Violación de derechos sindicales en huelga de trabajadores de la aviación 		
Evaluación del Comité	<ol style="list-style-type: none"> 1. Registra que la suspensión de la organización de empleadores o de trabajadores por autoridad administrativa trae peligro de arbitrariedad, incluso cuando es provisoria y seguidas de un pleito judicial. 2. Considera que la alegación perdió razón de ser por la entrada en vigor del Decreto que dejo de exigir la declaración de ideología y considera que no le compete expresar opinión sobre a cuestión del principio envolvía los casos en que las declaraciones de lealtad posan ser exigidas. 3. Entiende que la acusación de que “toda huelga sería considerada ato antisocial y todo huelguista seria pasible de proceso judicial” carece de fundamento, más recomienda al Consejo de Administración que llame la atención del Gobierno sobre la importancia de las garantías propias en los casos en que las huelgas sean prohibidas en termos esenciales, bien como la necesidades de asegurar la libertad sindical en todo el País por las autoridades y administraciones bajo sus órdenes. 4. Limitación de los derechos de los trabajadores de construir sindicatos: entiende que parece emerger dos dispositivos da CLT (art. 511, art. 558, arts. 512 e 561) que en principio los trabajadores tiene el derecho de establecer sin autorización previa las organizaciones de su agrado, más que la ley no pone en el mismo plano la asociación profesional y el sindicato reconocido. El reconocimiento por la autoridad no puede ser considerado necesidades de autorización previa. Pero, la concesión de privilegios no puede ser subordinada a condiciones que pongan en peligro las garantías fundamentales de la libertad sindical. <ol style="list-style-type: none"> 4.1 Condiciones para el reconocimiento del sindicato: la ley estipula expresamente que la autoridad competente debe reconocer siempre la asociación más representativa y concluyese que la decisión sobre el reconocimiento fundase sobre un conjunto de criterios objetivos que parecen excluir toda intervención arbitraria de las autoridades. 4.2 Condiciones relativas a los objetivos de los sindicatos: La querelante no probó que tales condiciones atentan contra la libertad de las organizaciones de establecer libremente su programa de acción, más que, en razón de la imprecisión, la fórmula podría implicar cierta restricción de la libertad sindical. 4.3 Atentados contra la autonomía sindical: advierte el Comité que las 		

disposiciones en análisis aplicase apenas a los sindicatos reconocidos.

4.3.1 Avalúa que no ha pruebas de que los sindicatos no puedan establecer sus propios estatutos, pues que el estatuto-padrón es recomendación del MTb.

4.3.2 Considera no haber pruebas de que e Gobierno tenga control sobre los asuntos internos dos sindicatos.

4.3.3 (...)

4.3.4 (...)

5. Toma nota con satisfacción de que el Gobierno Brasileño ratificó la Convención 98, recomendando al Consejo llamar la atención del Gobierno para sus arts. 1º e 4º y sugerir que podría estudiar a ratificación de la Convención 87, especialmente cuanto a distinción entre asociaciones simplemente inscritas y sindicatos reconocidos; afiliación de la organización de empleadores y trabajadores a organizaciones internacionales, y a otras disposiciones relativas a los objetivos de los sindicatos, su gestión financiera y federaciones y confederaciones internacionales. Observa que el conjunto del caso no requiere examen más detenido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Derecho sindical*. Valencia: Tirant lo Blach, 2001, p. 48.
- ALONSO OLEA, Manuel Alonso. *El Trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*. Madrid: Civitas, p. 1995, p. 21.
- ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emília. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 602.
- ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emília. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 1998.
- AMORIN ROBORTELA, Luiz Carlos. *O moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1994.
- AROUCA, José Carlos. *Repensando o sindicato*. São Paulo:, Ltr, 1998, p. 98.
- AROUCA, José Carlos. *Repensando o sindicato*. São Paulo: Ltr, 1999.
- AROUCA, José Carlos. Negociado X Legislado: uma tentativa de compreensão. *Tribuna do Direito*, São Paulo, p. 26, mar., 2002.
- BAYOS, Antonio. Unidades de negociación y concurrencia de convenios. *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, p. 1466, 2000.
- BOLETÍN DE CONYUNTURA ECONÓMICA Y LABORAL DE CONFEMETAL, n. 79, febrero 2003. Disponible en: <www.confemetal.es>. Acceso en: 29 set. 2015.
- CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Complementar*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 73.
- CARDENAL CARRO, Miguel. El acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2002. *Aranzadi Social*, Madrid, n. 20, p. 9. 2002.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 515.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia. La reforma del Derecho del Trabajo. *Relaciones Laborales*, Madrid, I, p. 157, 1996.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia. Reforma de la Negociación Colectiva en España y sistema de relaciones laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid, v. 32, n. 2, p. 275-309, 2014.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia. *La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de convenios*. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 17/18, 1994, p. 295.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia. La negociación Colectiva europea como institución

Democrática. *Relaciones Laborales, La Ley Actualidad*, Madrid, nov., 1998.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos? *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 4, p. 1 y sig., 1997.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. Ley, autonomía colectiva y eficacia de los convenios colectivos... *Revista del MTAS*, Madrid, n. 3, p. 221 y sig., 1997.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. Dialogo y concertación social: el acuerdo interconfederal de negociación colectiva. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 10, p. 1, 1997.

CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Las incertidumbres de lo social en el mercado único. *Relaciones Laborales, La Ley Actualidad*, Madrid, tomo I, Madrid, 1993.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Reforma de la negociación colectiva en España y sistemas de relaciones laborales*. Madrid: UCM, 2014, p. 292.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos. *Relaciones Laborales*, Madrid, 2013, p. 1 a 25.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. El derecho del Trabajo y el empleo asalariado en los márgenes: De nuevo el emprendimiento y el autoempleo. *Relaciones Laborales*, n. 11, 2013, Madrid, p. 137 a 164.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. Transparencia de los sindicatos y de las asociaciones empresariales. *Relaciones Laborales*, n. 12, 2014. Madrid, p. 13 a 47.

CORREA CARRASCO, Manuel. Negociación Colectiva y Reformas Legales: el futuro del convenio Colectivo (de eficacia general) como fuente del derecho del trabajo. *Revista de Derecho Social*, Madrid, n. 14, 2001, p. 92

CRUZ VILLALÓN, Jesús. El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la Reforma de 2012. *Revista Derecho Social*, n. 57, p. 231 a 248, mar.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: veinte años de negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 2000, p. 213.

CUEVA, Mario de la; DE FERRARI, Francisco; RUSSOMANO, Mozart Victor et al. *Derecho Colectivo Laboral: Asociaciones profesionales y convenios colectivos*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

CRIVELLE, Ericson, *Democracia Sindical no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 14.

DAUBLER, Wolfgang. *Derecho del Trabajo*. Trad. M.^a Paz Acero Serna, Pio Acero López. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 66-67.

DELGADO. Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2001, p. 130.

DOMINGUES, Marcos Abílio. *Introdução ao Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo:, LTr, 2000, p. 15.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social, pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DUNNING, Harold. Orígenes Del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación. *Revista Internacional Del Trabajo*, v. 117, n. 2, pp. 167-187, 1998.

ECO, Humberto. *Como fazer uma tese*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1976.

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. *Exposición de Motivos de la ley 11/1994*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 49.

FERRARY, Irani et al. *CLT*. São Paulo: LTr, 2002, p. 71.

GALINA MORENO, Jesús Maria. Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, n. 88, 1998.

GARCIA MURCIA, Joaquín, et al. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 384.

GARCIA MURCIA, Joaquín. *Naturaleza Jurídica y rasgos generales del AINC*. *Revista MTAS*, Madrid, n. 8, 1998, p. 101.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. El acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva: contendio y ámbito material. *Tribuna Social*, Valencia, n. 89, p. 99, 1998.

GARCIA VIÑA, Jordi. *Derecho Sindical, cuestiones actuales en España*. Portugal, 2013, p. 251.

Gomes, Orlando, Gottschalk, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONZÁLEZ-POSADA MARTINEZ, Elías. La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 103, 2001, p. 11.

GONZÁLEZ SANCHES, José Juan, La política social europea. Nuevas tendencias para la lucha contra el desempleo: sobre la reducción del tiempo de trabajo. *Tribuna Social, CISS*, Madrid, abr.1998.

GORELLI FERNANDEZ, J. *La negociación colectiva de empresa: descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*. Granada: Comares, 2013, p. 47.

JIMÉNEZ AGUILAR, Juan. Nuevo papel de la negociación colectiva. *Dirección y Progreso*, n. 140, 1994, p. 60.

JORNAL DA TARDE de 2 de octubre de 2002. Disponível em: <www.ejornais.com.br/jornal_da_tarde.html>. Acesso en: 21 ago. 2015.

- KELSEN, Hans. *El contrato y el tratado: analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho*. Trad. Eduardo Garcia Maynes, México: Imprenta Universataria, 1943.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, v. III, 1990, p. 89.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Organização sindical brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 111.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. v. III. São Paulo: LTr, 1993.
- MAGANO, Octávio. *Bueno convenção Coletiva de Trabalho*. São Pualo.: Ltr, 1972.
- MARAN, Shelton Leisle. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo, 2001, p. 77.
- MARTIN Valverde, Antonio; RODRIGUEZ-Sañudo GUTIERREZ, Fermín; GARCÍA Murcia, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1998.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 632.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MASI, Domenico. *A sociedade pós-industrial*. São Paulo: Senac, 1999.
- MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho*. São Paulo: Esfera, 1999.
- MAIS, Domenico. *Futuro do trabalho*. São Paulo: José Olímpio, 1999.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cándido. Pasado, presente y futuro del Convenio Colectivo. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, n. 3, p. 37, 1997.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la ley 2/2012. In: *Lex nova laboral, lex nova*, Valladolid, p. 422
- MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la ley 3/2012. In: *Lex nova laboral, lex nova*, Valladolid, p. 422
- MERCADER UGUINA, Jesús R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 671.
- MERCADER UGUINA, Jesús, *Lecciones de derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 760.

MERINO SEGOVIA, Amparo. La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos. *Revista de Derecho Social*, n. 57, p. 252, 2012.

MERINO SEGOVIA, Amparo. *La estructura legal y convencional de la negociación colectiva*. Madrid: Civitas, 2000, p. 23.

MERINO SEGOVIA, Amparo. *Sentido y alcance de las reformas de 2012: nuevos (des)equilibrios entre los distintos instrumentos de autonomía negocial. Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Bomarzo, 2012, p. 377-403.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1997.

MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALINA MORENO Jesús; SEMPERE NAVARRO, Antonio. *Derecho social europeo*. Madrid: Tecnos, Madrid, 1994.

MORAES FILHO, Evaristo. *O problema do sindicato-único*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

MORAES FILHO, Evaristo. *O problema do Sindicato Único no Brasil*. São Paulo: Alfa-omega, 1976.

MORAES FILHO, Evaristo. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. São Paulo: Ltr, 1993.

MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, *Problemas Prácticos del Convenio Colectivo de Empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2014

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 6. ed. São Paulo: Ltr., 2008, p. 34.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo, 2001c, p. 74/75.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001a, p. 43.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Limites da Negociação Coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT. *Revista LTr.*, São Paulo, v. 65, n. 12, p. 1419-1431, 2001b.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Contrato Coletivo como alteração do modelo de relações de trabalho. *LTr*, São Paulo, n. 52, p. 198, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1998.

NAVARRO NIETO, Federico. *La representatividad sindical*. Madrid: MTSS, 1993, p. 162.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos, 1998.

- OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos, 2014.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos, 1980.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. La negociación colectiva europea. *Relaciones Laborales, La Ley*, Madrid, tomo II, 1993.
- OLIVEIRA, Joaquim Pimenta. Sociología Jurídica del trabajo. São Paulo, 1944, p. 116-117. In: ROSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 32.
- OLIVEIRA Tulio Massoni de. Autoritarismos e falácias na defesa da unidade sindical. *LTr: Jornal do Congresso*, São Paulo, p. 73.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos. *Derecho del trabajo e ideología*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 6-7.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho Sindical Español*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 58.
- PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. El papel de los interlocutores sociales europeos después de Maastricht. *Tribuna Social*, Bilbao, n. 46, 1994.
- PIMENTA, Joaquim Oliveira. *Direito Sindical Brasileiro*. In: MORAES FILHO, Evaristo, 1978, op. cit., p. 225.
- PIMENTA, Joaquim Oliveira. *Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho*. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, p. 192.
- PLA RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Montevideo: Biblioteca de derecho laboral, 1975.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- RIVERO LAMAS. Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la Reforma Laboral. *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 89, mayo, junio, 1998, p. 386.
- RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Ltr, p. 221.
- RODRIGUES, Leôncio Martins. *O Sindicato Corporativo no Brasil: Ensaio de Sociologia Política*. São Paulo: Ática, 1990, p. 72.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M.; GONZÁLEZ ORTEGA, S. Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Política Social*, n. 137, p. 11, 1983.

RODRIGUÉZ-PIÑERO, Miguel; VALDEZ, Fernando; CASAS BAAMONDE, Ma. Emilia. La formación profesional continua entre el dialogo social y la negociación colectiva. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 9, p. 1 y sig, 2001.

RODRIGUÉZ-PIÑERO, Miguel; VALDEZ, Fernando; CASAS BAAMONDE, Ma. Emilia. *Estabilidad en el empleo, dialogo social y negociación colectiva, la Reforma Laboral de 1977*. Madrid: Tecnos, 1998.

RODRIGUÉZ-PIÑERO, Miguel; VALDEZ, Fernando; CASAS BAAMONDE, Ma. Emilia. Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 23 p. 1 sig., 1997

RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín. Estructura negocial y distribución de contenidos. *Revista del MTAS*, Madrid, p. 133, 1998.

RUPRECHT, Alfredo. *Relações Coletivas de Trabalho*. Trad. Edilson Alkimin Cunha. São Paulo: Ltr, São Paulo, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Manual Prático de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Jose Kofino, 1966.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 30.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 2002, p. 370.

SAAD, Gabriel. Constituição e Direito do Trabalho. In: SUSSEKIND, Arnaldo, et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1996, p. 1054.

SADY, João José. *Curso de Direito Sindical*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 42.

SALA FRANCO, T. et al. *Derecho Sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

SALA FRANCO, T. et al. *La libertad sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 103.

SALA FRANCO, Tomas et al. *Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanc, Valencia, 1995.

SALIDO BANÚS, José Luis. Negociación Colectiva en España. *Estudios Financieros*, Barcelona, n. 313, p. 66, 2000.

SALINO BANÚS, José Luis. *La negociación colectiva en España: los acuerdos marco y los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales*. Barcelona: Atelier, 2001, p. 34.

SANGUINETI RAYMOND, Wifredo. El papel de la autonomía colectiva en la regulación de la inaplicación o descuelgue convencional. *Observatorio de la negociación colectiva*. Madrid: Editores Cinca, 2013, p115.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Relaciones entre Normas Convencionales: concurrencia, articulación y descuelgue en el sistema español de relaciones laborales. *Derecho del Trabajo, La Ley*, Madrid, p. 1876, 2001.

SEMPERE NAVARRO, Antonio. Reforma de la negociación colectiva en el RD-Ley 2/2012, *Aranzadi Social*, 2012.

SEMPERE NAVARRO, Antonio. El Tratado de Ámsterdam y el derecho social europeo. *Aranzadi Social*, Abril, 1998.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 307.

SOLANS LATRE, Miguel Ángel et al. Manual Jurídico de la Negociación Colectiva. Diretor VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (Diretor); LAHERA FORTEZA, Jesus (Coord.). *La Ley*. Madrid, 2008, p. 203.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ltr, 1995, p. 68.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 529-530

TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. Convenção Coletiva de Trabalho: não incorporação aos contratos individuais de trabalho. São Paulo: Ltr, 1994.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Relaciones Laborales, negociación colectiva y pluralismo social*. Madrid: MTAS, 1996, p. 24.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Legislación negociada y concertación social. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 2, p. 1 y sig, 1997.

VALDÉS DAL-RÉ. La concertación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada. *Relaciones Laborales, La Ley*, Madrid, tomo II, 1997.

VALDÉS DAL-RÉ. Notas sobre la reforma del marco de la negociación colectiva. *Relaciones Laborales*, n. 5, p. 37, Madrid, 1995.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Estructura de la negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 1996, p. 9.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. La reforma de la negociación colectiva de 2012, *Relaciones Laborales*, núm 23,24, 2012.

VALVERDE, Martín A. et al. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1999.

VERDIER, Jean Maurice. Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions). *Droit Social*, Paris, n. 1, p. 7, janv., 1991.

VIANA, Segadas et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1995, p. 999.

VIANNA, Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*. São Paulo: Ed. Monteiro Lobato, 1923.

VINUESA, A. *Derecho del Trabajo para Empresarios*. Madrid: Carperi, 1995.

ZUFIAUR, José María. El diálogo social comunitario. *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, junio, 1989.