

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo, por María del Mar Ruiz Castillo y Juan Escribano Gutiérrez. *Una reseña*

«Los derechos no se regalan, se conquistan con violencia. Y lo demás son cuentos Disney, moralizantes, que reproducen sin pausa la ideología dominante».

Fort Apache, *Disparen sobre Leyre Pajín*¹

1.- Durante las primeras semanas de clase, el estudiante de Derecho suele enfrentarse a un recurso literario. El docente, aquel sobre el que, en ocasiones, se solapa un aura de grandeza poco realista, habla de agua, de emanar, de fuente, para explicar cómo, dónde y por qué surge el Derecho. De esta forma, el recién universitario – aunque suele prolongarse a lo largo de toda la carrera – escucha, quizás por primera vez – pero, insisto, es algo que se repite de una asignatura a otra y de un año a otro –, la palabra *fuelle(s) del derecho*. He aquí una metáfora que más allá de la eclosión creo que se dirige a la frontera, pues delimita los lindes de cada una de las disciplinas.

Lamentablemente, aquellas personas encargadas de *enseñar* a los estudiantes qué son las fuentes del derecho apenas se detienen con aproximaciones poco claras y muy pegadas al texto, quedándose en la mera descripción y desaprovechando la metafóricidad misma que nos brinda lo jurídico. Quizás porque consideran que las fuentes son algo demasiado básico o demasiado filosófico, prefieren sortearlas de la forma menos dañina para su imagen de profesional de la enseñanza².

¹ Del disco *Cine, ideología y cultura de masas*, 2010.

² Sobre las actitudes escépticas a la hora de estudiar en profundidad las fuentes del derecho puede verse Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden*

Por este miedo, los trabajos académicos – entendiendo por académicos aquellos escritos publicados en espacios de divulgación entre profesores de disciplinas jurídicas, o, por decirlo de forma retórica, cartas para amigos y enemigos³ – tienden hacia la descripción, el comentario y, en el mejor de los casos, la crítica de la política legislativa. Pero falta mucho de teoría general. El libro de María del Mar Ruiz Castillo y Juan Escribano Gutiérrez, ambos docentes e investigadores en la Universidad de Almería, se enmarca precisamente en esa teoría general. No pretenden, ni se lo plantean, rellenar un vacío, si acaso existe este vacío. Su propósito se dirige hacia el vértigo que produce, ahora sí, ese otro vacío que se abre ante los pies de las fuentes del derecho; vértigo y vacío producidos en las últimas décadas.

2.- El problema que ponen sobre la mesa la profesora Ruiz Castillo y el profesor Escribano Gutiérrez puede sintetizarse como sigue: si la naturaleza del convenio colectivo – el derecho del trabajo no se entiende sin la autotutela – estuviera definida, bien como fuente normativa bien como contractual, los trabajadores podrían utilizar sus herramientas para la lucha de forma efectiva; por el contrario, con las diferentes reformas acaecidas desde 1994 hasta la actualidad⁴ – tentáculos de la revolución conservadora o contrarrevolución iniciada ya en la década de los 70 y desarrollada en los 80⁵ que nos ha llevado hacia un Estado autoritario⁶ – la negociación colectiva y el convenio están siendo aniquilados aprovechando su falta de definición normativa en el sistema de fuentes, debilitando la posición del trabajador y empoderando al empresariado.

No se trata, pues, de aprovechar la(s) *crisis* para tomar una posición de ventaja en el campo de batalla, sino de una estrategia de derribo iniciada mucho antes del estallido de la burbuja inmobiliaria y el crack financiero.

jurídico), Ed. Ariel, Barcelona, 2000, especialmente pp. 13 y 14. El libro del profesor Aguiló es ya, creo que no me equivoco, un clásico entre los teóricos del derecho.

³ Sobre las cartas para amigos/enemigos, la socialización y el pastoreo, Sloterdijk, P., *Normas para el parque humano*, Ed. Siruela, Madrid, 2000.

⁴ El material de trabajo viene configurado por: reforma de 1994; Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva; Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral y su conversión en Ley 3/2012, de 6 julio, así como la jurisprudencia que sobre estas reformas han vertido los tribunales.

⁵ Puede verse, a modo de síntesis, Capella, J.-R., *Entrada en la barbarie*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, pp. 143-178.

⁶ Horkheimer sigue vigente. Horkheimer, M., *Estado autoritario*. Ed. Itaca, México, 2006 (original de 1942).

Como señalan, «las sucesivas modificaciones legales terminan por cerrar un círculo perfecto: desde el acceso al mercado de trabajo y al contrato, hasta la extinción de este o la expulsión de aquel, la norma interviene con el único fin de hacer más fácil y rentable la explotación de trabajo» (p. 261).

¿En qué ha consistido esta estrategia, no olvidemos, legal? Un proceso convergente en el que «se debilita la posición contractual del trabajador y se impide que la autonomía colectiva palíe la desprotección» (p. 262). La ley hace que el trabajador quede al azar de la boca del lobo: se fulmina el status del convenio como fuente del derecho y de las obligaciones, se hiere gravemente a la libertad negocial, se redefine el papel de los sindicatos, se le confiere el papel protagonista y normativo al empresario. De esta forma se rompe el delicado equilibrio que el movimiento obrero, gracias a la negociación colectiva y la fuerza normativa del convenio colectivo, había conseguido con años de lucha.

El presupuesto de partida radica en que «no se han configurado taxativamente reservas competenciales de la ley, la negociación colectiva y la autonomía individual, por lo que, en principio, todos los instrumentos son idóneos para abordar las distintas cuestiones laborales, y es la cualidad de la intervención de las distintas fuentes la que determinará caso por caso la idoneidad o extralimitación de la fuente». Y ello con la complicidad del Tribunal Constitucional, cuya doctrina puede ser resumida así: «la ley puede intervenir lo que quiera, siempre que no vacíe de contenido el derecho a la negociación colectiva; el convenio puede hacer a su vez lo mismo con el contrato, y la inversa, siempre que la fuente inferior no contradiga a la superior, pero habiéndose perdido el motor de la interpretación que no debe ser otro que el de la naturaleza constitucionalmente autónoma del derecho del trabajo y sus rasgos diferenciales, no otros que la simple y nuda libertad sindical» (p. 266).

Con la paulatina degradación de la naturaleza normativa del convenio, el derecho del trabajo se retrotrae a aquella vieja fórmula del acuerdo de caballeros en el que el instrumento para hacer valer lo convenido residía en la fuerza y presión que cada una de las partes ejercía. De esta forma, el derecho del trabajo queda reducido a mero apéndice del derecho mercantil, instrumental a la empresa y arma de pacificación económica.

¿Qué naturaleza permitiría una mejor defensa del convenio? Quizás para evitar el precipicio al que han abocado al derecho del trabajo haya que reclamar, mal menor, las reglas del derecho de obligaciones, pero posicionarnos en una naturaleza obligacional nos haría correr el riesgo de hacer del convenio un contrato individual cuya fuerza radica en el poder de presión de los contratantes; en cambio, una naturaleza normativa deja

al albur de la manipulación del legislador. Cualquier naturaleza, ciertamente, nos aboca a un extremo u otro (éxito o fracaso) de la función de la negociación y el convenio. Como bien se preguntan los autores, «¿todo ello nos debe conducir a concluir que la eficacia del convenio no es un problema de legalidad, sino de fuerza de los trabajadores? ¿No será que nos hemos negado a ver esta realidad histórica?» (p. 268).

3.- Los días 3 y 4 de diciembre de 2010, hace ahora exactamente tres años, el espacio aéreo del territorio español cerró, se decretó el Estado de alarma por primera vez en democracia durante quince días y el Gobierno militarizó el espacio aéreo. ¿Acaso un ataque terrorista suscitó tales medidas excepcionales? No. Simplemente era la respuesta gubernamental a la huelga, encubierta o no, que los trabajadores ocupados del control aéreo estaban realizando en protesta por los recortes efectuados. Que su protesta fuera moral o no – dado el exorbitante salario de este tipo de trabajador – no es una cuestión que me interese resaltar. Tampoco si sus reivindicaciones llegaron a buen o mal puerto. Pongo este ejemplo, que los autores del libro reseñado también refieren en diversas ocasiones, para testimoniar la actitud del poder político ante una huelga que podemos decir fue, al menos, efectiva en su contestación gubernamental; pues no debe olvidarse que la huelga es un instrumento para dañar al empresario y conseguir, mediante la fuerza, la satisfacción de los intereses del trabajador. Otro ejemplo, que suscitó ciertamente más simpatías entre la ciudadanía, fue la reciente huelga de basuras en la capital del reino (noviembre de 2013). Tras varios días sin recoger los desperdicios de Madrid, se evitó el despido de más de mil trabajadores gracias en gran parte a la solidaridad mostrada por quienes debían sustituir a los trabajadores huelguistas.

La huelga, lamentablemente, ha sido reducida a un mero testimonio que acompaña a procesos de negociación. Con las *amenazadas* del actual gobierno de revisión a la baja de este derecho, no cabe esperar un futuro halagüeño ni para la huelga ni para la negociación. Si precisamente en el origen del derecho colectivo se halla el conflicto, este no puede poseer una mera función de acompañamiento testimonial a la negociación. «¿Hay que retomar la vía del conflicto como instrumento esencial, primario y único de la autonomía colectiva?» (p. 270). La pregunta que se hacen los autores posee en sí misma una respuesta afirmativa.

Al igual que los procesos de subjetivación no son los mismos que en el siglo XIX, tampoco se pueden pensar los mecanismos de resistencia como los del siglo XIX. Hay que *repensar* colectivamente e inventar nuevas prácticas de disidencia constituyentes en el marco del mercado neoliberal que eviten, precisamente, la neutralización del conflicto o su

desplazamiento a los márgenes de su propia reproducción. Pero en este repensar y estas nuevas prácticas, en un sistema de relaciones sociales de producción que poco ha cambiado, no puede olvidarse que el núcleo de la solidaridad se encuentra precisamente en el choque⁷. Pero no en aquel puntual y episódico propio de un utilitarismo calculista, sino en el conflicto central, ahora ya olvidado, entre capital y trabajo. El diagnóstico de la profesora Ruiz Castillo y del profesor Escribano Gutiérrez presentado en esta monografía se sitúa exactamente en este lugar.

Daniel J. García López*

⁷ Dejemos hablar al recientemente fallecido Pietro Barcellona: «El conflicto manifiesta la necesidad fundamental de tomar la palabra, de dar valor a algo que todavía no está definido, incluido en el orden existente, en los lenguajes codificados. El conflicto reproduce en la coyuntura histórica la estructura contradictoria de nuestra necesidad de individualidad (como individuos, como grupos sociales o clases, como etnias, como generaciones) y de nuestra necesidad de generalización, de comunicación. El conflicto no es el ejercicio del antagonismo en abstracto, sino el modo concreto en que se produce la sociabilidad de orden en que estamos insertos: éste se verifica en el conflicto; en él se pone a prueba la tensión entre la libertad y la irreductibilidad individual y el carácter vinculante del contexto social y de las condiciones materiales a las que se confía la producción y la reproducción de la vida. Por ello el conflicto se centra, tendencialmente, en la necesidad de un “orden nuevo”: en la forma de la vinculación social». Barcellona, P., *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, 3^o edición, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 132 y 133.

* Universidad de Almería.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo