

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*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García 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*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), 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 evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional*

Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA**

RESUMEN: El modelo constitucional español se construye sobre los cimientos jurídicos dimanantes, entre otros, de los convenios internacionales ratificados por España, señaladamente, de la OIT. El legislador español de 2012, y, con él, el Tribunal Constitucional hace descansar la justificación (adecuada, necesaria y proporcional) de la reforma laboral en la mejora de la productividad y la recuperación del empleo. Este trabajo parte de que se ha alterado la concepción legal de la negociación colectiva, convirtiéndose el convenio colectivo en otro instrumento al servicio de los recursos humanos, sin perjuicio de que pueda seguir cumpliendo sus pretéritas funciones. A partir de ahí, el estudio trata un aspecto muy particular: la legitimación del “banco social” para celebrar acuerdos colectivos de “descuelgue” del convenio colectivo aplicable a la empresa; regulación que se contrastará con la prevista en las normas internacionales de la OIT.

Palabras clave: Legitimación, descuelgue, legislación española, OIT.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reformas laborales de 2012, 2013 y 2014, negociación colectiva y fomento de la productividad. 3. Las comisiones compuestas por representantes elegidos entre los trabajadores y la ampliación de las materias no aplicables del convenio. 4. La actuación de los jueces españoles ante la disparidad entre un Tratado internacional y una ley interna posterior. 5. Bibliografía.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2014-52549-C4-3-R del MINECO.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho (UPV/EHU), edurne.terrardillos@ehu.es

1. Introducción

Hasta el comienzo de la crisis del ocho, los operadores jurídicos y los profesores Universidad apenas acudíamos a los Tratados Internacionales sobre derechos sociales, económicos y culturales ratificados por España. La legislación interna superaba con creces lo previsto en aquéllos y no hacía falta recurrir a estamentos más elevados para salvaguardar los derechos sociales adquiridos. Si acaso se recurría a aquellos como canon interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE).

Con la crisis y con las reformas de normas sociales acometidas por el Gobierno español, seleccionar adecuadamente la norma u obligación internacional, determinar su contenido y conocer cómo deben interpretarse las mismas se ha convertido en indispensable. Si bien es frecuente que se apele a esos tratados como canon interpretativo, en cambio los operadores jurídicos del Derecho social apenas recurren a desplazar la ley interna por prevalencia y contradicción con la norma u obligación internacional.

La hipótesis de partida de este trabajo arranca del notable cambio habido en estos años que dura (ha durado) la crisis, con un Gobierno del Estado que se somete a las directrices de la Troika para cumplir los compromisos adquiridos por la financiación extraordinaria recibida de ésta. Y lo hace promulgando una legislación de emergencia, a modo de decretos-leyes, que pretende satisfacer las directrices europeas pero que, como se está comprobando, vulnera en ocasiones tratados internacionales ratificados por este país.

La finalidad u oportunidad del trabajo está clara: consiste en señalar que los jueces españoles de lo social pueden desplazar la normativa interna que contravenga tratados internacionales ratificados por España, sin necesidad de recabar la intervención de una instancia judicial más elevada. El estudio pretende introducir propuestas relevantes de perfeccionamiento de las normas en relación con el sistema jurídico español en su cohabitación con el internacional. De todos modos, las reglas de relación entre el ordenamiento internacional e interno se complican por la presencia cada vez más notable del Derecho de la Unión Europea, ordenamiento que goza de primacía respecto de la Constitución de los Estados miembros. Quizás a priori, los distintos textos internacionales ratificados por España no entren en contradicción entre sí pero ha empezado a bifurcarse, por ejemplo, la doctrina jurisprudencial

del Tribunal de la UE (Luxemburgo) y la del Tribunal de Derechos Humanos o la del Comité de Derechos Económicos y Social (Estrasburgo). Pero entrar a determinar los criterios precisos y certeros de administración de posibles conflictos entre este Derecho prioritario y los Tratados internacionales sería una misión que desbordaría las fronteras de este trabajo.

En las páginas siguientes vamos a exponer algunos de los cambios acontecidos con la gran reforma laboral española de 2012 – consolidada en las modificaciones legales de 2013 y 2014 para colocarla luego a la luz de los Convenios y Recomendaciones de la OIT –. Partiremos en primer lugar de los principios que alumbraron esta reforma, también para contraponerlos, si cabe, con los que definen y caracterizan a la OIT (apartado 2). Finalmente se abordará la labor que puede realizar el juez nacional en el caso de disonancia entre una nueva ley nacional y los convenios internacionales ratificados por España con anterioridad (apartado 3).

2. Reformas laborales de 2012, 2013 y 2014, negociación colectiva y fomento de la productividad

La premisa de la que parte este trabajo descansa, sobre todo, en la Exposición de Motivos (EM) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7 de julio). Partiendo de la concepción de la flexiseguridad como concepto-guía de la nueva ordenación de las relaciones laborales (apdo. I), principio que preside esta reforma¹, el apartado IV de la EM, referido a las reformas introducidas en materia de negociación colectiva, esgrime el objetivo confeso de “fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa (entre otros)”. Por eso, la Ley prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. Y con el mismo apoyo, la Exposición sigue justificando esas modificaciones en base 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”. Tras corroborar que otras

¹ Respecto de Italia, véase Tiraboschi, M., “The Reform of the Italian labor market over the past ten years: a process of liberalization?”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 29, n. 4, 2008, pp. 427-458.

modificaciones legales sobre esas materias no han arrojado los resultados esperados, la reforma laboral de 2012 añade un mecanismo de cierre: el arbitraje obligatorio, herramienta que se recoge como traducción de la misión que debe arrojarse la ley en desbloquear el conflicto y “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”.

Ciertamente esta defensa tan intensa de la productividad como medio de alcanzar mejores tasas de empleo², o, en palabras del Voto Particular de la STC 8/2015, 22 de enero, utilizar “la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE – por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III – acordadas por el legislador”, contrasta con los principios y valores que alumbran la creación y desarrollo de la Organización Internacional de Trabajadores (OIT), organización de la que España forma parte y que no es ni siquiera citada en la Exposición de Motivos, como sí se hace, por ejemplo, con la OCDE (apdo. I). En este momento, sólo se mencionará, por continuista y fortalecedora de los valores de la justicia social y del trabajo decente – centro de las políticas de la OIT como medio de alcanzar sus objetivos constitucionales –, la Tercera Declaración de principios y políticas de gran alcance adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo desde la Constitución de la OIT en 1919: la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa³. Esta declaración institucionaliza el concepto de Trabajo Decente desarrollado por la OIT desde 1999, y lo sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales. Y esa justicia social en un entorno en constante evolución se consigue, invocando la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998) y reconociendo la importancia y el significado especial de los derechos fundamentales; particularmente, en lo que nos ocupa, la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento *efectivo* del derecho de negociación colectiva⁴. Tampoco el TC (STC 119/2014) en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de

² Véase Casas Baamonde, M^a.E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, n. 2, 2014, pp. 275 y ss.

³ Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

⁴ La cursiva es nuestra.

julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, parece interesarse por la dimensión internacional de las modificaciones operadas por el legislador español en lo que concierne a la negociación colectiva⁵. Entre otras cuestiones, la sentencia trata de las relaciones de jerarquía entre el convenio colectivo y la ley. Haciendo alusión al art. 9.3 CE y a partir de la convicción de que la consagración constitucional de la negociación colectiva en el art. 37.1 no presupone ningún modelo de relaciones laborales particular y menos aún “el desapoderamiento normativo del Estado” (F.J.3), y con el debido análisis del juicio de proporcionalidad de la medida, da carta de naturaleza tanto a la determinación de la duración del período de prueba (contrato de emprendedores) (F.J.3), como a la facultad de acordar la inaplicación de lo pactado por los representantes de los trabajadores y los empresarios en un convenio colectivo (F.J.4). Respecto de esta última cuestión, el TC desarma el argumento del Parlamento de Navarra quien, refiriéndose a las modificaciones introducidas en el ámbito de la negociación colectiva, consideraba que la reforma suponía una ruptura del “modelo constitucional de relaciones laborales”. Pero en esos particulares fundamentos jurídicos no hay ni una sola ocasión en que el TC se refiera a los convenios de la OIT ratificados por España (señaladamente, los Convenios n. 87 y 98); como tampoco apela el TC, ni en ésta ni en la STC 8/2015, a la normativa jurídica internacional al abordar la constitucionalidad del arbitraje obligatorio (párrafo octavo del art. 82.3 ET) (F.J.4 y 5). Y esa ausencia llama especialmente la atención al ser comparada con el análisis del período de prueba del conocido como “contrato de emprendedores”, donde el TC de 2014 sí lo somete a las disposiciones del Convenio OIT n. 158 sobre terminación del contrato de trabajo cuyo contenido, en opinión del órgano máximo de interpretación de la Constitución, resulta conforme con la reforma.

En realidad, son varias las cuestiones que se mueven en derredor del tema que nos ocupa pero el trabajo se enfoca a analizar la legitimación de los acuerdos de empresa que posibilitan la inaplicación de ciertas materias convencionales en ese ámbito empresarial, vía el acuerdo adoptado entre el empleador y una comisión de trabajadores creada “ad hoc” (arts. 82.3 y 41.4 ET). La razón de centrarnos en esta temática se debe a que ni ha sido planteada en el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 3/2012, ni el TC la ha tratado *obiter dicta*, ni fue motivo de queja por parte de los

⁵ No es ni mucho menos el caso del Voto Particular emitido donde hay continuas referencias a los convenios OIT, incluso a los informes aprobados por el Consejo de Administración de esta organización.

representaciones sindicales que la formularon contra el Gobierno de España (CC.OO., UGT, CSIF, USO y otras organizaciones sindicales nacionales)⁶, seguramente porque esa figura fue introducida ya en la reforma del año 2010⁷. Sin embargo se entiende que su tratamiento es ahora oportuno debido a las nuevas y más numerosas materias laborales⁸ sobre las que se puede “descolgar” la empresa a través del acuerdo colectivo con estas comisiones “asindicales” o “ad hoc”; cuanto por intuir que los efectos sobre el sistema español de negociación colectiva son también sustanciales.

3. Las comisiones compuestas por representantes elegidos entre los trabajadores y la ampliación de las materias “no aplicables” del convenio

3.1. La legislación laboral española actualmente vigente

Si reparamos en el texto del art. 41.4 ET al que se remite el art. 82.3 ET, la intervención como interlocutores de la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas dirigidas a la modificación sustancial de una condición de trabajo, corresponderá a los *representantes legales de los trabajadores*, banco que, como máximo, estará compuesto por trece miembros. La primera opción del legislador se realiza a favor de las *secciones sindicales* “cuando éstas así lo acuerden y siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los

⁶ OIT GB. 320/INS/12

⁷ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18 septiembre), art. 5. Por otra parte, se han analizado otros procedimientos relativos a quejas respecto de Convenios OIT ratificados por España, así como la situación de este país en relación con la obligación de envío de memorias. En realidad, se han encontrado dos temas relacionados con los Convenios OIT 87 y 98 pero relativos a la determinación de servicios mínimos de huelga y a la reducción del 5% salarios de los funcionarios públicos en España, cfr. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMME_NT_ID:3080746:NO

⁸ En realidad, en el caso de todo el Estado (2013), el descuelgue de la cuantía salarial en solitario fue lo más recurrente ya que afectó al 42%; el descuelgue de la cuantía salarial y del sistema de remuneración a la vez, al 8,6%; la cuantía salarial, el sistema de remuneración, la jornada, el horario y la distribución del tiempo de trabajo (a la vez) al 5%; y un resto de casos sin especificar al 35,8%. Datos obtenidos de <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/CCT13DicAv/cc1/index.htm>

⁹ Otaegui, A., “Desequilibrio negocial y debilitamiento del actor sindical como efectos de la reforma laboral”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, n. 2, 2014, p. 356.

delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados”¹⁰. Sin embargo, en defecto de lo previsto en ese párrafo¹¹, los interlocutores por parte de los trabajadores serán diferentes en función de que la medida empresarial afecte a uno o a varios centros de trabajo.

-Si afecta a un único centro de trabajo, actuarán como interlocutores el comité de empresa o los delegados de personal. En defecto de representación legal de los trabajadores¹², el legislador atribuye a los trabajadores afectados la opción entre “atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma” (art. 41.4 ET)¹³.

-En el caso de que el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo, las soluciones son varias y diversas en función de que (i) exista un comité intercentros con esa función atribuida por convenio (véase también art. 63.3 ET), solución prioritaria respecto del resto; (ii) todos los centros tengan representantes legales de los trabajadores, quienes actuarán como interlocutores en la comisión que se formará; y (iii) algunos centros cuenten con representantes legales y otros, no. En este caso, el más complejo, es donde nos centraremos. Y así, “Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes

¹⁰ Con Benavente Torres, M^a. I, “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, *Temas Laborales*, n. 124, 2014, p. 130, la prioridad de las secciones sindicales se establece a partir del RDL 7/2011, de 10 de junio, seguramente a fin de alinearla con la supremacía constitucional del sindicato y con los Convenios y Recomendaciones de la OIT.

¹¹ Con Cruz Villalón, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2010, p. 98, entendemos que de no haber representantes unitarios, la consulta/negociación con las secciones sindicales no podría darse.

¹² En este momento transcribiremos los datos aportados por la propia EM (apdo. III) de la Ley 3/2012, en cuanto que “Las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el 99,23% de las empresas españolas”; dato que mueve a deducir que la ausencia de representación legal en las empresas españolas no es una mera anécdota.

¹³ Denominadas “comisión laboral” y “comisión sindical” por De la Villa Gil, L.E. “Comisiones laborales y comisiones sindicales”, *RGDTSS* n. 23, 2011, p. 3.

legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes”; con la importante salvedad de que “los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a)”, esto es, la comisión “asindical”, “en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen”.

Pero puede suceder también que independientemente de que el procedimiento afecte a uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento sin representantes legales de los trabajadores, éstos opten por no designar la comisión “ad hoc”, de modo que se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, “en proporción al número de trabajadores que representen”. Por último “Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen”; esto es, este último supuesto se remite a la solución análoga de que el procedimiento afecte a un único centro de trabajo, lo que permite elegir a los trabajadores el tipo de comisión que quieren formar: “asindical” o sindicalizada.

La novedad de la redacción actual¹⁴ respecto de la reforma de 2010, o respecto de la legislación anterior, descansa en que las materias que el acuerdo puede inaplicar son las listadas en el art. 82.3 ET, esto es jornada de trabajo, horario y la distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta ley y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social; bastante más sustanciales y numerosas que las contempladas en el texto del art. 41.2 ET vigente hasta la reforma laboral¹⁵.

¹⁴ Art. 9.2 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. De todos modos, la redacción otorgada por el art. 9.2 del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto era la misma que la de esta Ley.

¹⁵ Hasta entonces, el art. 41.2 ET preveía que el acuerdo de empresa que decidiera la inaplicación de ciertas condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor para la empresa podría hacerlo respecto del horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de

De manera más nítida, por efecto de las reformas de 2010¹⁶ y 2013-2014 se permitiría que el empleador, junto a comisiones creadas por trabajadores electos para la ocasión, pudiera modificar condiciones sustanciales de trabajo acordadas por los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos, claramente, mientras concurren en la empresa razones que lo justifiquen.

Llegados a este punto, esto es, por la nueva dimensión que adquieren estas comisiones por efecto de la extensión material del posible “descuelgue”, procede ahora el contraste entre la normativa jurídico-laboral y la normativa de la OIT para decidir en qué medida coinciden la legislación laboral española y la legislación de esta organización internacional (apdo. 3.2.) y qué pueden hacer los órganos judiciales ante la coyuntura resultante (apdo. 3.3.).

3.2. La legitimación para celebrar acuerdos colectivos de inaplicación de condiciones laborales sustanciales a la luz de la normativa de la OIT

3.2.1. El resultado del contraste

En primer lugar nos fijaremos en cómo define la OIT la expresión “negociación colectiva”, ya que partimos de que los acuerdos de empresa de inaplicación se suscriben en ese marco: su fin no es otro que fijar (o “re-determinar”) las condiciones de trabajo y empleo ya acordadas en convenio colectivo¹⁷. El Convenio n. 154 OIT (Convenio sobre la negociación colectiva, 1981), ratificado por España, dispone en su artículo 2 que “A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación

remuneración y sistema de trabajo y rendimiento.

¹⁶ En realidad la alternativa entre los sindicatos y la comisión *ad hoc* interna no estaba prevista en el RDL 10/2010, 16 de junio, sino que aparece en la Ley 35/2010. El primero preveía que “En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación [...] a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio aplicable a ésta”.

¹⁷ En este sentido, está totalmente superada la doctrina de la STS 20 febrero 2008, n. Rec. 4103/2006, que negó el carácter de pacto colectivo al celebrado entre los trabajadores directamente y la empresa, ya que confería la capacidad de negociar colectivamente a la representación unitaria o sindical en exclusiva; dado que la ley de 2010 articuló un sistema de representación colectiva que actuará en ausencia de aquella representación: la de las comisiones “ad hoc”.

colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”. Que los acuerdos de empresa de inaplicación se subsumen en esta vasta definición es pues silogismo bastante sencillo; aunque sirva también la expresión “convenios colectivos” que acoge el art. 3.1 b) ET, fuente donde también se ubican los acuerdos de empresa.

El Convenio OIT insiste pues en que haya una “organización” en el lado “social”, cuando en el banco empresarial es suficiente con que exista una persona física, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores.

Sin embargo, la Recomendación n. 91 sobre los contratos colectivos¹⁸, aportaba ya una definición más extensa que la anterior en cuanto a los sujetos legitimados para negociar los “contratos colectivos”, de modo que “la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, *en ausencia de tales organizaciones*, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”¹⁹.

La Recomendación citada, que data de 1951, amplía la lista de interlocutores “sociales”, ya que permite la presencia de grupos de trabajadores no integrados en una organización, aunque sigue diferenciándose de lo contemplado en el ET. Y así sólo cuando falten las organizaciones de trabajadores, operará la posibilidad de que los representantes de los trabajadores interesados, con las condiciones

¹⁸ Como es conocido, las Recomendaciones internacionales; “son meras propuestas a los Estados, desprovistas de todo carácter vinculante. No se ofrecen a los Estados para su ratificación, aunque sí para su examen a fin de ser puestas en ejecución [...] La Recomendación puede, en ocasiones, operar como “criterio interpretativo o aclaratorio del convenio (STC 38/1981), o incluso, complementar un convenio”. También sobre las obligaciones del Estado, por el hecho de ser miembro OIT, respecto de las Recomendaciones. Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Ramón Areces, 2014, p. 230.

¹⁹ La cursiva es nuestra.

expresadas, suscriban esos acuerdos con el empleador²⁰.

Volviendo al Convenio OIT n. 154, éste no descarta que la ley o las prácticas nacionales reconozcan la existencia de representantes de trabajadores que respondan a la definición del art. 3. Y así, “Cuando la ley o la práctica nacionales reconozcan la existencia de representantes de trabajadores que respondan a la definición del apartado b) del artículo 3 del Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971, la ley o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto la expresión negociación colectiva se extiende igualmente, a los fines del presente Convenio, a las negociaciones con dichos representantes”. Es todavía más concreto el párrafo 2º del mismo art. 3 cuando expresa que “Cuando en virtud del párrafo 1 de este artículo la expresión negociación colectiva incluya igualmente las negociaciones con los representantes de los trabajadores a que se refiere dicho párrafo, deberán adoptarse, si fuese necesario, medidas apropiadas para garantizar que la existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas”.

Si se realiza una integración de ambos textos²¹, del Convenio n. 154 y de la Recomendación n. 91 OIT respecto de la materia planteada, resultaría que la legislación laboral española se habría apartado del Convenio 154 OIT y de la Recomendación citada, al permitir que los trabajadores afectados por las causas económicas, organizativas, técnicas o de producción de la empresa decidan entre (i) elegir una comisión “asindical” (ii) o autorizar que las organizaciones sindicales más representativas o suficientemente representativas intervengan como interlocutores del acuerdo, con la condición expuesta “supra”. En otras palabras, España no habría incorporado el texto del Convenio n. 154 OIT – completada con su Recomendación – a la letra de la ley (el ET), en tanto que no destina la creación de esas comisiones asindicales al último lugar de las opciones posibles, previa evidencia de la inexistencia de organizaciones de trabajadores como las organizaciones sindicales²². A mayor abundamiento,

²⁰ Lo mismo ocurre con el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), cuyo texto se expresa así: “Los *trabajadores* y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga”. La cursiva es nuestra.

²¹ Véase la nota n. 17 sobre el valor jurídico de las Recomendaciones OIT.

²² Llama la atención la redacción del RD-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE n. 147, de 17 junio 2010), por más próxima a la redacción del Convenio OIT mencionado. Éste previó que en los supuestos

se cree que la inexistencia de representantes legales no es suficiente para brindar a los trabajadores afectados la alternativa de decidir tratada, ya que el término “organizaciones de trabajadores” (Convenio OIT n. 154) sin duda coincide con las organizaciones sindicales (art. 4.2 a LOIS).

3.2.2. Las derivaciones de la negociación de la inaplicación de ciertas condiciones laborales del convenio aplicable por parte de comisiones “asindicales”

Si se repara ahora en los efectos de la concurrencia de las comisiones asindicales con las organizaciones de trabajadores debe citarse, en primer lugar, que las primeras, por carecer de estructura organizativa o asociativa, se han convertido en la primera opción en las empresas con ausencia de representación legal. Las razones, cuyas evidencias empíricas se pueden difícilmente aportar, podrían deberse (i) al mero hecho de aparecer como 1ª opción en el texto estatutario; (ii) al dato de que la redacción otorgada por el RDL 7/2011 daba lugar a interpretar que se priorizaba la comisión sindical frente a la comisión “ad hoc”, sin perjuicio de que la opción entre una y otra comisión correspondía a los trabajadores²³; (iii) al resultar preferibles estas comisiones “ad hoc” para el banco empresarial frente al sindicato como “contrapoder” declarado y con una “naturaleza asociativa”²⁴, y (iv) a las condiciones añadidas exigidas a las organizaciones sindicales que deberán estar legitimadas para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la empresa (art. 41.4 ET), de modo que su presencia en estas negociaciones se complica sobremanera²⁵. Todo lo anterior arroja un resultado certero: la pretendida

de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa (incluyendo en la acepción de “legal”, también a las secciones sindicales), los trabajadores podrían atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, *por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta*; fórmula que no trascendió a la Ley 35/2010, que convalidó el real decreto-ley citado.

²³ Así, Nieto Rojas, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en AA.VV. (Coord. Escudero, R.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012, pp. 66 y 67, 70 y 71.

²⁴ Para más profundidad, *vide* Fernández López, M.ªF., “Naturaleza jurídica del sindicato como asociación”, *REDT*, n. 11, 1982, p. 410. Los casos de las SSTs 15 de abril de 2014, Rec. 127/2013 y 1 de abril de 2014, Rec. 95/2013, también podrían corroborar esa reflexión (particularmente, su voto particular).

²⁵ Véase críticamente Navarro Nieto, F., “La reforma del marco normativo de la

opción cuya elección se atribuye al banco social puede convertirse en el reflejo de la solución querida por el banco empresarial.

En relación con el Convenio n. 135 OIT sobre los representantes de los trabajadores de 1971 (Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa), ratificado también por España, éste demanda la adopción en el ámbito de la empresa de “medidas apropiadas, si fuera necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes”. Recuérdese que este contenido, reproducido casi con la misma literalidad, es recogido por el Convenio n. 154 OIT (véase, art. 3.2) con lo que la legislación española estaría desmarcándose de ese mandato: el hecho de que sean los trabajadores los sujetos que escojan entre las opciones planteadas por el legislador no consigue anular la tacha de la legislación española; si bien pueda hablarse de “alternativa en paralelo”, de una opción en plano de igualdad que ofrece la legislación española a los trabajadores afectados, sin embargo la legislación internacional repudia que se produzca un menoscabo del sindicato. Y esto es lo que está y seguirá ocurriendo de mantenerse la legislación en esos términos.

En segundo lugar, quiere hacerse una mención especial a la “a priori” falta de profesionalidad de las comisiones “ad hoc”, lo que da pie a invocar otra Recomendación de la OIT, en el sentido de exigir que los representantes de los trabajadores tengan una “formación adecuada”. En efecto, la Recomendación sobre el fomento de la negociación colectiva n. 163, fechada en 1981, registra entre los medios para fomentar la negociación colectiva (II, apdo. 5), que “Las partes en la negociación colectiva deberían adoptar medidas para que sus negociadores, en todos los niveles, tengan la oportunidad de recibir una formación adecuada”.

A mayor abundamiento, esa Recomendación indica que “A petición de las organizaciones interesadas, las autoridades públicas deberían poder prestar asistencia respecto de tal formación a las organizaciones de empleadores y de trabajadores que lo soliciten”. Con esta Recomendación, la OIT apuesta por el carácter permanente y profesional de los representantes de los trabajadores. Por eso, volviendo al art. 41.4 ET, si finalmente el banco social estuviera formado por trabajadores “rasos” de la empresa, estos

negociación colectiva”, en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma de 2012, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 957.

deberían contar con una formación que ni se contempla “ad hoc” en la ley – seguramente por la premura del procedimiento (se dan quince días como máximo para constituir esas comisiones en centros que no cuenten con representantes legales de los trabajadores desde la fecha de la comunicación empresarial, art. 41.4) – ni parece viable de antemano por el componente “coyuntural” de la situación empresarial. En otras palabras, la capacidad técnica de esas comisiones contabiliza muchas incertidumbres y pierde enteros al no haber participado sus componentes, supuestamente, en el convenio del que la empresa se pretende desvincular parcialmente; y al no tratarse, “a priori”, de representantes legales ni sindicales de los trabajadores con las facultades de información, consulta, cogestión, etc. que la legislación les reconoce a aquéllos (arts. 51, 64, etc. del ET).

Es cierto que tampoco las organizaciones sindicales más representativas o simplemente representativas – si fueron las que negociaron el convenio de sector del que, por ejemplo, pretende desvincularse la empresa –, deberían contar con más información sobre la empresa en cuestión que los trabajadores de estas comisiones “ad hoc”; incluso los representantes legales y sindicales (más específicamente, los delegados sindicales por obra del art. 10.1 LOLS) pueden tener carencias de información sobre la situación de la empresa. Pero en cualquier caso el sindicato puede deparar formación a sus miembros, este último uno de los temas latentes de la legislación española que, por ejemplo, se encuentra a años luz de lo previsto en el ordenamiento jurídico-laboral galo. Allí, el comité de empresa puede mandar a un experto contable a fin de que aporte toda la información y análisis económico-financiero útil para las organizaciones sindicales con el objeto de que éstas preparen las negociaciones previstas en los artículos L 5125-1 del Code du travail – que se refiere al caso de los acuerdos colectivos de descuelgue de condiciones laborales – y L. 1233-24-1 – sobre despidos colectivos –²⁶. La figura del experto contable se extiende incluso al ámbito del grupo de empresas, de modo que el comité de grupo podrá apoyarse también en esos expertos, normalmente consultorías independientes pero financiadas por la propia empresa. El legislador francés de 1982, consciente de la complejidad de los estados contables de los grandes grupos, así como de las limitaciones de los miembros del comité de grupo de interpretar correctamente la contabilidad de éstos, optó por la creación de una figura paralela a la ya

²⁶http://legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=551012A4CDB06774A5D59C5D5EE472A8.tpdjo10v_1?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000027551433&dateTexte=&categorieLien=cid

existente para el comité de empresa.

Pero volviendo al caso español, debe resaltarse en último lugar que los trabajadores de esas comisiones creadas al efecto, aunque no hayan sido elegidos conforme al proceso electoral contemplado en los arts. 61 y ss. ET, disfrutarían de las garantías legales de los arts. 68 y 81 ET; sin perjuicio de que, entre aquéllos, haya personas afiliadas a un sindicato, con las garantías que les proporcionan los arts. 28.1 y 37.1 CE. Aunque la ley española no se pronuncie expresamente sobre las garantías de estos trabajadores y los Tribunales sean contrarios – o selectivos – a reconocérselas²⁷, el Convenio n. 135 OIT sobre los representantes de los trabajadores, dispone en su artículo 3 que “A los efectos de este Convenio, la expresión representantes de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate: (a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o (b) de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos²⁸, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos”. Es más, la Recomendación OIT n. 143 de 1971 sobre los representantes de los trabajadores (*Recomendación sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa*) aconseja la extensión de esa garantía a “los trabajadores que son

²⁷ STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 18 diciembre 2014, Rec. 4637/2014. Esta sentencia distingue entre las garantías instrumentales de estos representantes, necesarias para prestar la tarea para la que han sido elegidos, y por tanto, extensibles desde la ley a estos representantes, a pesar de la laguna legal – podría entenderse aquí incluido el crédito de horas retribuido; y las denominadas “garantías defensivas”, como la de prioridad de permanencia en la empresa, que se discutía en el caso de la sentencia citada, y no extensibles a estos representantes –.

En la doctrina, a favor de la extensión a los miembros de las comisiones *ad hoc*, de las garantías legales reconocidas a los representantes unitarios en pro de la protección de la actividad de representación de los trabajadores, cfr. Con Benavente Torres, M^a. I, “Las comisiones ad hoc...”, *óp. cit.* p. 155-156, incluyendo la de permanencia en la empresa.

Otro problema de laguna legal, ahora de índole procesal se resuelve en la STS 18-03-2014 (Rec. 114/13). En esta sentencia se aborda como cuestión nuclear la relativa a determinar si la denominada “comisión ad hoc” está o no legitimada para impugnar los despidos colectivos. La sentencia da a tal interrogante una respuesta positiva, poniendo de manifiesto la falta de sintonía entre la legislación material y la procesal. Conforme a la misma, de mantener una interpretación diferente no se podrían impugnar las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical, algo no querido por el legislador.

²⁸ La cursiva es nuestra.

candidatos, o que han sido presentados como candidatos, mediante los procedimientos apropiados existentes, a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores”; con la certera finalidad de extender esas garantías a cuantas más personas, mejor.

De todo lo expuesto resultaría que esa opción legislativa podría estar afectando la libertad sindical, en tanto que la comisión sindical alternativa estaría amparada por el art. 28.1 CE²⁹ y su elección por parte de los trabajadores no se produce ni en el momento oportuno, ni del modo adecuado. En palabras de la Profesora Casas³⁰, el Estado, a través de la ley, debe garantizar el equilibrio de los poderes presentes en la empresa, ante la profundidad de las raíces de la desigualdad³¹. Y parece que las carencias de estas comisiones “ad hoc”, junto al hecho de que los acuerdos colectivos alcanzados con este género de representantes de los trabajadores son de peor calidad³² que los celebrados con representantes “legales o sindicales” – sin olvidar la más extensa capacidad temática de inaplicación que la Ley 3/2012 les ha atribuido –, arrojan la nítida conclusión de que se está desandando el recorrido avanzado en la igualdad y en el equilibrio de los poderes negociadores de la empresa. De ahí que la propuesta clara y concisa que se realiza en este trabajo sea que, cuando concorra la circunstancia de ausencia de representantes legales de los trabajadores para negociar acuerdos de empresa de inaplicación de condiciones laborales convencionales, se dé preferencia a las comisiones integradas por los sindicatos más representativos o simplemente representativos, en línea con la normativa internacional analizada³³. No se sabe si quizás por ello el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014 trató de promocionar la comisión sindical en

²⁹ Escudero Rodríguez, R., “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, MESS, Madrid, 2012, pp. 28 y 29.

³⁰ Casas Baamonde, M^a.E., “Reforma de la negociación colectiva en España...”, *óp. cit.*, p. 287-288.

³¹ Así también, y con interesantes propuestas, Suárez Corujo, B., “La ultraactividad del convenio en el nuevo sistema de negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social* n. 71, pp. 32 y ss.

³² Los datos no publicados del Consejo de Relaciones Laborales de Euskadi así lo corroboran.

³³ En este sentido, véase la Declaración de la OIT sobre la libertad sindical, la negociación colectiva y sus efectos con resultados más justos, iguales y equitativos sobre el empleo y las relaciones laborales en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/sitestu diocontentelements/wcms_con_txt_ils_sel_col_es.pdf

el ámbito de la inaplicación del convenio³⁴; algo que, sorprendentemente, ha desaparecido en el III Acuerdo para 2015-2017³⁵.

A continuación se presenta una tabla (Tabla 1) de las inaplicaciones de convenios que se han depositado hasta abril de 2015, con datos del número de trabajadores afectados, atendiendo al procedimiento de inaplicación³⁶. Realmente el procedimiento de inaplicación al que se recurre con más frecuencia es al acuerdo en periodo de consultas³⁷, lo que invita a pensar que podrían estar participando en él las llamadas “comisiones ad hoc”. No obstante, ante la falta de más datos, esta reflexión sería una mera elucubración aunque no carente de fundamentos.

Tabla 1. INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES, POR PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN			
Procedimiento de inaplicación	Inaplicaciones de convenios	% de inaplicaciones	Trabajadores
TOTAL	679	100,0	22.225
Acuerdo en periodo de consultas	624	91,9	19.791
Acuerdo de la comisión paritaria del convenio	31	4,6	1.342
Acuerdo de mediación en órgano bipartito	12	1,8	994
Laudo en órgano bipartito	-	-	-
Decisión en el seno de un órgano tripartito	12	1,8	98

³⁴ En el Capítulo IV del mismo se prevé que “La inaplicación sólo se podrá efectuar por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa. En ausencia de la representación legal de los trabajadores en la empresa, se entenderá atribuida a los sindicatos más representativos y los representativos en el sector que estuvieran legitimados para formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de aplicación a la misma, salvo que los trabajadores atribuyan su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET”.

³⁵http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccnc/descargas/Acuerdo_Negociacion_Colectiva_2015_III_AENC_firmado.pdf

³⁶ Estadística del Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales.

³⁷ Los datos de los años 2013 y 2014 son coincidentes en el aspecto que aquí se destaca.

4. La actuación de los jueces españoles ante la disparidad entre un Tratado internacional y una ley interna posterior

4.1. Notas en torno a las relaciones entre la normativa internacional y la normativa interna desde el punto de vista del Derecho Internacional Público

Tanto en el ámbito del Derecho Internacional Público como del Derecho del Trabajo, a lo largo del tiempo se han planteado cuáles son las relaciones de jerarquía entre la normativa internacional y la normativa interna. La doctrina defensora del *monismo* cuya cabeza visible es el austríaco Hans Kelsen (1933), destaca que el primero tendría prevalencia sobre las normas del ordenamiento interno. Este razonamiento se apoya en que las normas internas y las internacionales pertenecen a un sistema normativo único, de modo que la norma internacional se incorporaría directa y automáticamente al sistema interno como tal norma, sin necesidad de transformación o trasposición ninguna. Por otro lado, la norma interna opuesta a la internacional, al ser jerárquicamente inferior, no podría producir efectos, quedando desplazada incluso sin necesidad de derogación expresa.

La vigencia del principio *pacta sunt servanda* frente a normas contrarias de derecho interno ha sido reiteradamente mantenida por la práctica convencional y judicial. Prueba de ello es el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 (Parte III)³⁸, según el cual un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”³⁹. Y parece que si eso es así, sería todavía más flagrante aprobar disposiciones internas posteriores a la ratificación de un tratado que incumplan éste. Por eso, no bastaría con incorporar las normas internacionales al ordenamiento interno, efecto que se produciría con la ratificación del Tratado y su publicación en el BOE (arts. 94 y 96 CE y Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales – BOE 28 de noviembre), sino que “es preciso dotar a ese ordenamiento de normas especiales con una especial resistencia pasiva contra posibles ataques de normas internas posteriores, así como ubicarlas

³⁸ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. El Proyecto de Ley sobre Tratados internacionales recoge en sustancia lo previsto en la Convención de Viena.

³⁹ Para más profundidad, véase, Andrés Sáenz de Santamaría, P., “La aplicación internacional de los tratados internacionales en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XXXIV, 1982, n. 1, pp. 31-78.

en el lugar que corresponda dentro del sistema interno de fuentes” –⁴⁰. Y así lo ha hecho la recién citada Ley 25/2014, de 27 de noviembre al prever en su artículo 31 que “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

El mismo Tribunal Constitucional (STC 14 febrero 1991) había declarado que “la mayor rigidez de la norma internacional impondrá normalmente la prevalencia de ésta sobre la norma legal”. Sin embargo, la existencia de una disonancia entre un Tratado y una norma posterior estatal no acarrearía una inmediata derogación de una por otra, pero sí, creemos, un *desplazamiento* de la más flexible o débil por la que prevalece o prima por especial. A la inversa, es imposible que una ley interna, adoptada con posterioridad a la incorporación de un tratado en España, pueda derogar o modificar su contenido. Así lo reconocía ya el art. 96.1 CE *in fine*, al prever que las disposiciones de un tratado “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”⁴¹.

Y podría añadirse que, en buena lógica, cuanto más elevada sea la jerarquía de la norma jurídica, tanto desde el punto de vista de fuente originaria como derivada, más dificultades habrá para su derogación o modificación; y las herramientas para hacerlo serán las propias de esa fuente: baste sólo citar aquí las maneras diferentes de derogar un convenio colectivo y una ley del Estado – con notables diferencias entre el caso de tratarse de una ley ordinaria, de una ley orgánica, de un Estatuto de Autonomía o de la Constitución –.

En conclusión, en el caso del ordenamiento español, una vez que la norma internacional ha sido recepcionada en el ordenamiento interno a través de su publicación oficial, ésta podrá ser aplicada *de oficio*, por la Administración o el juez nacional a un supuesto particular.

Este efecto aparece claramente en la Ley 25/2014, cuyo artículo 30.1 – “Ejecución” – prevé que “Los tratados internacionales serán de aplicación

⁴⁰ Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A., Ortega Terol, M.A. y Forcada Barona, I., *Manual de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Entre los laboristas, Alfonso Mellado, C., *Jornadas de Estudio Fundación 1º mayo*, 2013, sostiene que “debe destacarse la aplicación directa de los tratados internacionales ratificados por España frente a las leyes internas, en caso de que éstas incurran en contradicción con aquéllos, dada la obligación de los estados de adaptar su legislación, y conforme al art. 96 de la Constitución, el tratado tiene efectos derogatorios respecto de la legislación precedente contradictoria y no puede ser dejado sin efecto por una legislación posterior”.

⁴¹ Actualmente el art. 28.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE 28 de noviembre) recoge lo mismo.

directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

A mayor abundamiento la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [2.1. e) y 10.1 a) y Título VI] recoge que el TC conocerá de los casos de declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales pero refiriéndose al estadio previo a la ratificación⁴². “A contrario”, el máximo intérprete de la Constitución desconocería de los posibles conflictos entre las normas citadas, quizás porque no existiría conflicto sino prevalencia de la norma jurídica internacional⁴³. Es más, el principal efecto de la incorporación de una norma de origen externo a un ordenamiento es la posibilidad de su simple aplicación “de oficio” dado que como expresa la Constitución Española (art. 96.1), “formarán parte del ordenamiento jurídico”; y cuanto más automática sea esa recepción, mayor será la eficacia de las normas imperativas internacionales, y, por ende, la satisfacción de sus objetivos (paz, seguridad, justicia)⁴⁴. Lo anterior se refuerza, de nuevo, en la Ley 25/2014, al recogerse que “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados” (art. 29).

En resumen, ya existe en nuestro ordenamiento un precepto que expresamente establece la jerarquía superior de las normas internacionales correctamente incorporadas a nuestro ordenamiento interno sobre las leyes y otras disposiciones normativas de rango inferior aunque antes también había diversos argumentos que lo avalaban.

El problema, nada infrecuente, suele suscitarse cuando esa automaticidad no es tan evidente, o bien porque el Tratado contiene disposiciones que requieren de un desarrollo normativo, o bien por el simple hecho de que la aplicación de la ley al supuesto concreto o el ejercicio de “juzgar” (art.

⁴² Actualmente el art. 19 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE 28 de noviembre) prevé que el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales previsto en el artículo 95 de la Constitución Española “se tramitará de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado”.

⁴³ Evidentemente, asimismo cabría recurso de inconstitucionalidad contra el Tratado. Véase el art. 27 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), remisión a la que también se refiere la Ley 25/2014. Sin embargo, los impulsores del recurso no serían los jueces y, tan importante como lo anterior, debería hacerse a los 3 meses ó 9 meses de la publicación de aquél. LOTIC, art. 33.

⁴⁴ Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 79-80.

117.3 CE) suele requerir de una labor que incluye más o menos dosis de razonabilidad por parte del juzgador⁴⁵. En este plano, el obstáculo clave será el de determinar si esa aplicación “de oficio” opera también de manera automática cuando se da una concurrencia o enfrentamiento entre la norma internacional, aun incorporada, y una norma interna. Antes de resolver esta cuestión, convendría distinguir entre las disposiciones auto-self-executing, y las que no lo son⁴⁶. Las primeras no requerirán al efecto medidas normativas de desarrollo. En tanto reconozcan derechos a los particulares gozarán de eficacia directa, o serán directamente invocables por los ciudadanos, sin perjuicio de la obligación de los órganos estatales de aplicarlas de oficio.

El carácter auto-ejecutivo de una norma u obligación depende, en primer término, de la precisión e incondicionalidad de su formulación. Pero, en la práctica, es muy frecuente que los tratados combinen disposiciones auto-ejecutivas con otras que no lo son. Las partes – los Estados –, además, al efecto de facilitar la certidumbre y la seguridad jurídica de aquellos, suelen adoptar leyes o reglamentos de desarrollo, que precisarán el contenido de los tratados.

En el caso de los Convenios de la OIT, aunque una vez ratificados por España y publicados en el BOE forman parte de su ordenamiento jurídico de conformidad con los arts. 94 y 95 CE, y la Ley 25/2014, habrá que acudir al supuesto en concreto. En el supuesto de los convenios OIT traídos a colación en este trabajo y contrastados a la luz de la normativa jurídico-laboral española, la conclusión que hemos alcanzado es bastante clara, pero el juez nacional aún debería acudir a las reglas específicas de interpretación de los tratados.

4.2. Las reglas de interpretación de los tratados y el supuesto del Convenio OIT n. 154

En su tarea de codificación del Derecho de los Tratados, los miembros de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) propusieron unas reglas de interpretación de los tratados que hoy se corresponden con los arts. 31-33 de la Convención de Viena (CV) y que se decantan por una concepción prudente y conservadora de los mismos, la objetivista. Esta concepción persigue dilucidar cuál es el sentido del

⁴⁵ Desdentado Bonete, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, n. 17-18, 2012, p. 1705.

⁴⁶ Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, *óp. cit.*, p. 642 y ss.

texto y no tanto, por lo menos al principio, cuál es la intención de las partes⁴⁷. En esa línea, el art. 31 CV recoge la regla general de interpretación conforme a la cual “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Sobre esta regla general de interpretación cabe destacar que tanto la exégesis del texto basada en criterios gramaticales y sistemáticos como la basada en el criterio finalista o teleológico poseen el mismo “rango jerárquico”. Efectivamente, parecería que la CV persiguiera un afán integrador de ambos criterios⁴⁸.

Por la naturaleza de los tratados internacionales que son objeto de este trabajo, esto es, los convenios de la OIT citados, merece la pena pararse a analizar qué entiende la CV sobre la interpretación acorde al “contexto”: ¿se trata del contexto existente en el momento de la interpretación del tratado? ¿De qué tipo de contexto se trata? Esa regla de interpretación ¿favorecería la evolución de los derechos económicos, sociales y culturales?

Conviene pues detenerse en el factor tiempo, esto es, preguntarse si los términos empleados por el tratado deben interpretarse atendiendo a su significado en el momento de su conclusión (principio de coetaneidad) o si cabe asumir acepciones sobrevenidas con posterioridad. Es más, las reglas que componen el contexto normativo del tratado ¿son las de la época en que se estipuló, o acaso las vigentes en el momento en que su interpretación es discutida? Parece que en el caso de los tratados en materia de derechos humanos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), estos se prestan a una interpretación evolutiva de sus disposiciones, favorecida tanto por la evolución del contexto normativo en el plano internacional como por la práctica de los Estados en el marco de sus propios ordenamientos internos. Así, por ejemplo, el art. 2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales recoge que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí

⁴⁷ Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M^a.J., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general del Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, 2008, pp. 185 y ss.

⁴⁸ De nuevo, Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A. y Ortega Terol, M.A, *Manual de Derecho Internacional Público*, *óp.cit.*, p. 276.

reconocidos”.

Sin embargo, la respuesta que aporta el Derecho Internacional pueda calificarse de moderada y conservadora, en tanto que persigue la objetivación de la interpretación del tratado frente a la apuesta por medios subjetivos⁴⁹.

En cualquier caso⁵⁰, esa interpretación vuelve a comprender el propio texto del tratado, incluidos su preámbulo y anexos, si los hubiere; y, si acaso, cualquier acuerdo referido al tratado y concertado entre todas las partes con motivo de su celebración, y cualquier otro instrumento formulado por una o varias partes con motivo de la celebración y aceptada por los demás. Pero las “fronteras temporales” de la regla del “contexto” están claras.

Quizás sea ésta la respuesta que cabría esperar de una rama del Derecho que tiende a aglutinar al mayor número de Estados posibles en un tratado, que prefiere que sean muchos los estados que firmen un tratado a que se obliguen a pie juntillas por los términos del mismo, permitiendo, por ejemplo, las reservas. Si ésta es la razón de ser de este sistema jurídico, se entiende perfectamente que las reglas de interpretación del mismo sean estrechas y que no permitan el ensanchamiento de los términos del tratado; que busquen cuál fue la intención de las partes en el momento de la rúbrica y que hagan de la seguridad jurídica su bandera.

Fuera del “contexto”, pero todavía en el ámbito de la regla general de interpretación, el párrafo 3º del art. 31 permite tener en cuenta “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado” (31.1); así como “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo entre las partes acerca de la interpretación del tratado” (31.1 b). Tal como puede apreciarse, estos otros criterios apenas se alejan del “sentido del texto” y buscan determinar cuál es la interpretación auténtica del mismo.

La aportación de los “medios de interpretación complementarios” que poseen sólo un papel secundario, sigue la misma traza y refuerza la

⁴⁹ Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, *óp. cit.*, p. 596 y ss.: La interpretación de los tratados ha dado lugar a extensas e intensas disputas doctrinales. Si acudimos a la opinión tradicional y mayoritaria, el intérprete deberá descifrar la verdadera voluntad de compromiso o acuerdo de las partes. Ello no es óbice para que haya autores que, en un ejercicio de purismo, exijan que esa voluntad se deduzca de lo plasmado en el texto del tratado – concepción objetivista –; otros autores, por el contrario – concepción subjetivista –, sitúan al tratado como una de las bases, ni la única ni la preponderante, en la identificación de la voluntad de las partes, dando una especial relevancia a los trabajos preparatorios.

⁵⁰ Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A. y Ortega Terol, M.A, *Manual de Derecho Internacional Público*, *óp.cit.*, p. 277.

concepción objetivista en la interpretación de los tratados. El art. 32 CV intitulado “Medios de interpretación complementarios” dispone que “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31. a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. El art. 32 CV considera medios de interpretación complementarios, “los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración”, esto es, las propuestas y manifestaciones de opinión de los representantes estatales, las actas de las reuniones, y las discusiones y debates en la conferencia que finalmente llevó a la adopción del texto. Sin embargo, como su propio título indica, la labor de estos otros medios de interpretación es auxiliar⁵¹ de las reglas generales de interpretación; y su papel es subsidiario cuando de los mismos pudiera derivarse una interpretación contradictoria de la gramatical, sistemática y teleológica⁵². No nos vamos a detener a analizar más profusamente cuáles son esas reglas de interpretación, cómo deben interpretarse los términos del tratado, el contexto o el objeto y fin del tratado. No menos importancia tiene el papel de la buena fe y de otros principios, que tampoco se abordarán; como tampoco se hará con los medios de interpretación complementaria (trabajos preparatorios) o la interpretación de los tratados autenticados en más de una lengua⁵³.

La rotundidad con la que se expresa ese precepto que pone los medios complementarios al servicio del sentido del texto, para reforzarlo, o, en su caso, para aclarar su significado en los supuestos en que no sea posible determinar su significado conforme a la regla general, nos aboca a ser poco optimistas respecto de la discrecionalidad del juez en la aplicación de este derecho aunque en el caso que nos ocupa respecto de la primacía de las organizaciones sindicales, la claridad del texto sería suficiente. Y llegados a este punto, en el Derecho español, todos los órganos del Estado pueden interpretar los tratados vinculantes para nuestro país⁵⁴; y

⁵¹ Expresa el art. 32 CV que el recurso a tales medios podrá efectuarse “para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31” o bien, en su caso, “para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el art. 31 a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

⁵² Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A. y Ortega Terol, M.A., *Manual de Derecho Internacional Público*, *óp.cit.*, p. 277-278.

⁵³ Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, *óp. cit.*, p. 598.

⁵⁴ Puede también servir el trabajo de Cobrerros Mendazona, E., “La aplicación del principio de primacía del derecho de la unión europea por la Administración”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 103, 2015 (en prensa).

será la Administración quien, cuando existan dudas y discrepancias sobre la interpretación y el cumplimiento de un tratado internacional del que España sea parte, éstas “se someterán al dictamen del Consejo de Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en coordinación con el ministerio competente por razón de la materia” (art. 35.5 Ley 25/2014).

Con estos mimbres, los jueces nacionales, cuya misión es juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.2 CE), quienes han interpretado tradicionalmente los tratados aplicables a los asuntos que tenían entre manos, sin intervención alguna de la Administración⁵⁵, tienen una importancia simpar en el desempeño de su labor de aplicación de la ley; también de ese Derecho proveniente de fuentes internacionales, aunque su texto no se integre en la letra “viva” de la ley (por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores); de modo que ese factor elíptico, nada baladí, exige que el operador jurídico efectúe una labor de lectura conjunta de normas jurídicas de fuentes bien distintas, con normas de interpretación también diferentes, y no siempre coincidentes⁵⁶. Pero, en cualquier caso, el impacto de los sistemas monistas o dualistas sobre las posibilidades de aplicación jurisdiccional de las normas derivadas de un tratado será a menudo bastante limitado⁵⁷: lo importante será la mayor o menor determinación del juez en su papel de garante del respeto de las normas internacionales o de origen internacional, lo que está directamente ligado a la idea que el juez nacional tenga de la función del Derecho Internacional, de su cometido respecto de las normas que se derivan de éste, y de las técnicas que estime estar en condiciones de poner al servicio de la efectividad de estas normas.

⁵⁵ Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M^a.J.. *El Derecho Internacional en la encrucijada*, *óp. cit.*, p. 194. De todas formas, de conformidad con estos autores, los jueces podrían recurrir a las “diligencias para mejor proveer” que permitirán al juzgador solicitar de las autoridades pertinentes (esencialmente del Ministerio de Asuntos Exteriores) las aclaraciones pertinentes, *óp. cit., loc. ult. cit.*

⁵⁶ Sobre la virtualidad hermenéutica del art. 10.2 CE que se sitúa en el plano de la interpretación de las normas, y no en el de la aplicación, objeto de este trabajo, v. SSTC 78/1982, 84/1989 y 139/1989.

⁵⁷ Estamos de acuerdo con Akandji-Kombé, J.F., “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados Parte”, *Tratado sobre protección de los derechos sociales* (Dir. Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, capítulo 13.

4.3. La determinación y la aplicación de la ley internacional por parte de los órganos judiciales nacionales ante la disparidad entre un Convenio OIT y la legislación laboral posterior a la ratificación de aquél

Tras comprobar que la legislación española no se ha reformado al compás de la normativa OIT, y al tratarse de una contradicción palmaria que deviene de la precisión e incondicionalidad de la formulación del Convenio OIT n. 154 analizado, completado con la Recomendación n. 91 también citada, podría defenderse que los sujetos con legitimación para negociar esos acuerdos colectivos y que no hayan podido suscribirlos por que los trabajadores hayan optado por la vía de la comisión “asindical”, por ejemplo, puedan demandar (art. 154 LRJS) en el marco de un proceso de conflicto colectivo. En la demanda podría pedirse que se reconozca y declare la nulidad del acuerdo de inaplicación de la/s condición/es laboral/es inaplicada/s previstas en el convenio colectivo aplicable, y la obligación de la empresa demandada de aplicar las condiciones laborales reguladas o establecidas en el convenio colectivo de aplicación, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

Bastaría con invocar ese Convenio OIT con los argumentos antes citados. Sin embargo, el demandante podría encontrar todavía otro obstáculo. Y es que el art. 82.3 ET in fine expresa que “Cuando el período de consultas finalice con acuerdo [como en el caso que se plantea aquí] se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”. Como acierta a expresar la STS 110/2014⁵⁸, “Este es el único mandato que la norma contiene sobre la impugnación del *acuerdo* y de su tenor literal se deriva que la existencia de *acuerdo* sobre la concurrencia de las causas que justifican el *descuelgue* da lugar a que se presuma, legalmente, la concurrencia de esas causas y que el *acuerdo* sólo se pueda impugnar por fraude, dolo u otros vicios *en su conclusión*”. La sentencia citada continúa expresando que “Esta disposición nos indica que la ley distingue entre la validez del *acuerdo* por vicios *en su conclusión* y la validez de todas y cada una de las modificaciones convencionales y contractuales que en él se acuerdan, de forma que limita la posibilidad de impugnar el acuerdo por la no concurrencia de las causas que justifican las modificaciones que en él se conciertan, pero no restringe, ni recorta, la posibilidad de impugnar o

⁵⁸ TS 3973/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3973 Id Cendoj: 28079140012015100551 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social Sede: Madrid Sección: 1 N. de Recurso: 110/2014.

rebatir la validez de las modificaciones”.

Como hipótesis, defendemos que el juez que resuelva el conflicto colectivo planteado pueda declarar nulo el acuerdo de empresa de inaplicación adoptado por estas organizaciones no-sindicales⁵⁹ por fraude de ley. En efecto, el art. 6.4 del Código Civil señala que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”, control de convencionalidad que corresponde realizar al juez nacional⁶⁰. El acto fraudulento persigue un fin condenado por otra norma del Ordenamiento (el Tratado OIT) y es indiferente que el actor tenga intención de eludir la norma defraudada, siendo suficiente con el resultado ilícito.

El posible recurso de amparo se articularía al cobijo del art. 207.e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables, denunciándose la infracción de los arts. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el 37.1 de la Constitución Española (CE). Somos conscientes de que el TC ya se ha pronunciado sobre el nuevo modelo de negociación colectiva que aflora de la gran reforma laboral, y que lo ha declarado conforme a la Constitución. Hemos indicado también que el TC, en sus últimas sentencias en torno a la reforma laboral del 2012 y adyacentes, no se ha pronunciado concretamente en relación con la materia que nos ocupa pero sirva este momento para reivindicar la continuidad de la vigencia del Tratado OIT y de su prevalencia sobre la normativa jurídica posterior que le afecta en los términos indicados, incluso después de esas sentencias del TC. Dado que la declaración de inconstitucionalidad de los tratados internacionales incluye la vía de la cuestión de constitucionalidad (art. 29 LOTC), defendemos que el juez del caso, si tiene dudas sobre la constitucionalidad de los artículos 82.3 ET-41ET, deberá plantear cuestión de constitucionalidad ante el TC, o, más acertadamente desde nuestro punto de vista, podrá seguir desplazando la

⁵⁹ López López, J., “La construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los Convenios de la OIT”, en López, J., Freeland, M., Caruso, B. y Stone, K. (Coord.), *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, 2011, p. 16, demuestra que junto al aumento de ratificaciones de Convenios de la OIT, la aplicación de los jueces nacionales del derecho internacional supone una vía de reconocimiento de derechos sociales y destaca la interactividad entre la norma internacional con los jueces nacionales.

⁶⁰ Sobre el control de convencionalidad, véase Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

ley interna. Si los tratados de la OIT pasaron el filtro de la Constitución Española al ser ratificados (cuestión previa de inconstitucionalidad) y no se ha planteado un recurso de inconstitucionalidad contra ellos (tampoco estaríamos en plazo procesal para ello, véase la LOTC en los preceptos citados “supra”) o una cuestión de constitucionalidad en el marco de un supuesto de hecho concreto, resultaría que su letra es aplicable. Otra cosa sería plantearse si hay una fricción entre el “nuevo modelo de negociación colectiva” acorde con la Constitución española (de conformidad con las sentencias citadas de TC, 119/2014 y 8/2015) y el modelo de negociación colectiva de la OIT, duda que llevaría al juez del caso concreto a plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Sin embargo, si acudimos al art. 37.1 CE es claro que su texto mandata a la ley para que “garantice el derecho a la negociación colectiva laboral entre los *representantes* de los trabajadores y los empresarios (...)”.

Por otra parte, somos plenamente conscientes de que, tanto del mundo de la judicatura como el de la abogacía precisan de formación en parámetros internacionales (en este caso, sobre derechos sociales), para estar en condiciones de operar eventualmente un fundado control de convencionalidad; dado que los jueces han demostrado cierta tendencia a apoyar su interpretación en las reglas de interpretación del art. 3 CC⁶¹. A pesar del sistema de fuentes español concebido en la Constitución respecto de las fuentes jurídicas internacionales, muchas veces ni es tan sencillo o claro determinar cuál es la norma aplicable ni – si lo es – resulta fácil delimitar cuál es su contenido. Pero es posible y muestra de ello es, aunque no en relación con un supuesto idéntico al que aquí se plantea, la STS 15 de abril de 2014⁶², sentencia que realiza una interpretación integradora de la normativa española y de los Convenios 87, 98 y 135 OIT para llegar a la conclusión de declarar nula la decisión empresarial que se debatía en el proceso por falta de legitimación de la comisión negociadora (comisión híbrida).

No obstante, repárese en que lo que aquí se plantea no es únicamente la *aplicación directa* de la normativa internacional si ya forma parte del ordenamiento español, cuestión pacífica, más si cabe, tras la publicación de la citada Ley 25/2014. Se quiere además insistir en que “la

⁶¹ Fernández de Casadevante Romani, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Pamplona 1996, p. 125.

⁶² Rec. 127/2013. En el caso de la sentencia citada, los representantes de la comisión “ad hoc” habían sido nombrados por la empresa, a pesar de la oposición de los sindicatos. El TS, tras referirse a la normativa española y a los Convenios 87, 98 y 135 OIT, llega a la conclusión de declarar nula la decisión empresarial por falta de legitimación de la comisión negociadora (F.J.3).

jurisprudencia (iuris-dictio) de los órganos de control de los Tratados Internacionales forma parte de la interpretación auténtica de los tratados”. No sólo apoyamos que esos órganos “aportan criterios que han de ser recogidos por los órganos judiciales internos en la interpretación de la propia normativa interna”, sino que creemos que, además, “no pueden dejar de aplicarse por la incidencia de la crisis (...)”⁶³. Sin embargo es difícil que los jueces españoles conozcan esa jurisprudencia⁶⁴; aparte de que hay que lamentar la actuación del TJUE, quien todavía no ha dado el paso de acudir a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Carta Social Europea), por ejemplo⁶⁵, actuación que en nada ayuda a que los jueces nacionales hagan lo propio. Pero por la extensión que merece este tema no insistiremos más en él.

5. Bibliografía

Akandji-Kombé, J.F., “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados Parte”, en Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L. (Dirs.), *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Alfonso Mellado, C., *Jornadas de Estudio Fundación 1º mayo*, 2013.

Andrés Sáenz de Santamaría, P., “La aplicación internacional de los tratados internacionales en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XXXIV, 1982, n. 1, 31-78.

Benavente Torres, M^a.I., “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, *Temas Laborales*, n. 124, 2014.

Casas Baamonde, M^a.E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, n. 2, 2014.

Cobrerros Mendazona, E., “La aplicación del principio de primacía del derecho de la unión europea por la Administración”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 103, 2015 (en prensa).

Cruz Villalón, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2010.

⁶³ Entrecorillados de Salinas Molina, F., “La protección internacional de los derechos sociales y laborales”, en *Jornadas de estudio Fundación 1º mayo*, 2013, http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NNws_LstNews?cod_primaria=1166

⁶⁴ Sobre las dificultades que entraña ese conocimiento, véase Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, pp. 112 y ss.

⁶⁵ Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, *óp. cit.*, p. 134.

- De la Villa Gil, L.E. “Comisiones laborales y comisiones sindicales”, *RGDTSS*, n. 23, 2011.
- Desdentado Bonete, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, n. 17-18, 2012.
- Escudero Rodríguez, R., “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, MESS, Madrid, 2012.
- Fernández de Casadevante Romaní, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Pamplona 1996.
- Fernández López, M.^aF., “Naturaleza jurídica del sindicato como asociación”, *REDT*, n. 11, 1982.
- Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A., Ortega Terol, M.A y Forcada Barona, I., *Manual de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M.^aJ., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general del Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, 2008.
- Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- López López, J., “La construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los Convenios de la OIT”, en López, J., Freeland, M., Caruso, B. y Stone, K. (Coord.), *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, 2011.
- Nieto Rojas, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en AA.VV. (Coord. Escudero, R.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012.
- Navarro Nieto, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma de 2012, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Otaegui, A., “Desequilibrio negocial y debilitamiento del actor sindical como efectos de la reforma laboral”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, n. 2, 2014.
- Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Ramón Areces, 2014.
- Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007.

Tiraboschi, M., “The Reform of the Italian Labor Market over the Past Ten Years: A Process of Liberalization?”, *Comparative labor law and policy journal*, vol. 29, n. 4, 2008, pp. 427-458.

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 DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), 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