



Resumen de las conclusiones finales del Proyecto AUNAS: “Alternativas para UNA Acción Sindical eficaz en el nuevo modelo de empresa”

Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), (Ref.: RTI2018-093458-B-I00)



Universidad de
Oviedo





La hipótesis de partida del Proyecto de Investigación “Alternativas para UNA Acción Sindical eficaz en el nuevo modelo de empresa” (AUNAS), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref.: RTI2018-093458-B-I00) ha sido que las instituciones tradicionales del Derecho Colectivo del Trabajo (sindicato, órganos de representación del personal, convenio colectivo, huelga) continúan siendo válidas en los nuevos escenarios descritos, si bien resulta necesario ajustar su régimen jurídico al nuevo contexto socioeconómico. El objeto de la investigación era analizar con detalle los retos que han de asumir las instituciones colectivas y los ajustes que consideramos convenientes para que puedan seguir cumpliendo su esencial papel compensador e integrador de las diferencias. Para ello se adopta una perspectiva principalmente jurídica, pero enriquecida con aportaciones hechas desde el punto de vista filosófico y sociológico. En las siguientes líneas se recogen las conclusiones principales del proyecto. Quienes tengan interés en profundizar en nuestra investigación encontrarán más información en nuestra página web (<https://www.unioviedo.es/aunas/>), donde se hace referencia a los estudios publicados por el equipo de investigación, que culminan con la obra colectiva *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales*, Aranzadi, 2022.

1. Sobre los conceptos de “representación” y “trabajo” en las sociedades postmodernas

Desde un punto de vista ius-filosófico, la interpretación conjunta de esos dos conceptos pasa por la articulación de las tres “R” centrales para la construcción de un trabajo decente en favor de la dignidad de quien trabaja o lo pretende. Éstas son: El “reconocimiento” (R1), la efectiva posibilidad material de “redistribución” (R2) y la “representación” (R3) real de los intereses de quien trabaja. El concepto de “reconocimiento” (R1) es un *a priori* lógico para la comprensión de la persona, que en el contexto laboral está condicionado por la presión que impone la necesidad de disponer de un concepto de trabajador universal, homogéneo, predefinido y afiliable a patrones de “interés y derechos colectivos”. Proceso de homogeneización que va acumulando problemas, tanto por la naturaleza flexible, globalizada y dinámica de los escenarios laborales de nuestra sociedad posmoderna, como porque con él se desatiende que las condiciones valorativas, económicas, horarias, etc. actúan significativamente sobre lo que somos, caracterizando nuestra recíproca distinción y diversidad. Se hace necesaria, así pues, una resignificación, que reclama que las narrativas y los discursos cambien sustancialmente, para incorporar los elementos afectivos,



emotivos, ideológicos, de realidad práctica y de autoconcepción que caracterizan al sujeto y que permiten reconocerle y descubrir sus vulnerabilidades.

Ese reconocimiento no es posible sin una adecuada redistribución de recursos (“R2”). Y ello porque las distintas claves de la vulnerabilidad de género, étnica, de edad, de ideología, etc. están segmentadas ya por los reclamos económicos de clase y de redistribución y vinculadas a una hermenéutica interpretativa que nos advierte de que la discriminación es un todo poli-causal de fuerte componente hereditario y respecto de la que la injusticia distributiva generalmente es causa y consecuencia de una injusticia global asentada sobre intereses, prejuicios y falacias. Finalmente, frente a la injusticia social del no reconocimiento, de la falta de identificación, defectuosa valoración y de la distribución no equitativa, es fundamental el tercer elemento: la representación (“R3”). Sin duda, la representación nos introduce en uno de los ámbitos más complejos del Derecho laboral y de quien trabaja. Es imprescindible articular e impulsar la “R3” de la representación conforme a las guías que imponen las otras dos “R”: la del “reconocimiento” y la resignificación “R1” –como puesta en valor de las narrativas que incorporan los elementos afectivos, emotivos, ideológicos, de realidad práctica y la autoconcepción del hablante –, y la de la redistribución (R2) –orientada a una redistribución de los recursos más justa, que dote a cada persona de los instrumentos que le permitan acceder en pie de igualdad al disfrute de sus derechos y a la realización de su propio proyecto vital–.

Es necesario evitar los procesos excesivamente aglutinadores y deben buscarse instrumentos de representación que, sin desaprovechar la fuerza y eficacia de la acción colectiva, renuncien a una cosificación de las personas. Es decir, debe procurarse la armonización de la representación colectiva con la voluntad y definición individual y autónoma. Se pretende, así, favorecer una democratización real en la gestión de interés, favoreciendo la representatividad de modelos asociativos cercanos a los grupos de interés, que trasladan una perspectiva interna de las problemáticas y de las necesidades.

2. Sobre la confianza social en los sindicatos españoles

El proyecto incluye entre sus objetivos el análisis de cuál es la confianza expresada por la ciudadanía española hacia las organizaciones sindicales a lo largo del periodo 2013-15. Para ello, se han utilizado los datos de la escala de confianza en las principales instituciones del Estado, que recoge el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), en el que han sido incluidos los sindicatos, aunque de manera irregular. Se han analizado los determinantes de la confianza de la ciudadanía española en los sindicatos a partir de un conjunto de variables socio-demográficas, socio-económicas y de auto-ubicación



ideológica de los individuos encuestados por el barómetro del CIS. La hipótesis principal es que, más allá del bajo nivel general de confianza expresada hacia los sindicatos, existen variables concretas relacionadas el estatus socio-económico, la situación laboral, la ocupación y la auto-ubicación ideológica de los individuos, que explican la concentración de valoraciones negativas en determinados perfiles de encuestado.

Los sindicatos se enfrentan a un contexto post-industrial que debilita sus recursos de poder más tradicionales. En esta circunstancia, la apertura hacia la sociedad civil se presenta como un medio para tratar de compensar el debilitamiento estructural, organizativo e institucional. En los últimos años los sindicatos españoles han explorado esta apertura hacia la comunidad, tratando de establecer alianzas con otros grupos de interés y colectivos de la sociedad civil, en muchos casos todavía emergentes y débilmente organizados. En paralelo, también han ensanchado su agenda, incorporando a ella elementos no estrictamente económicos o laborales, tales como las cuestiones medioambientales, de género e inmigración o la defensa de los intereses de las minorías, entre otros.

El viraje de los sindicatos españoles hacia la sociedad civil se enfrenta a múltiples dificultades. Una de las principales es la muy baja confianza que suscitan entre los ciudadanos. Los datos que recogen los barómetros del CIS en los cuales se pregunta acerca de la confianza en los sindicatos permiten identificar que un porcentaje altamente significativo de individuos manifiestan no tener ninguna. Los individuos que manifiestan no tener ninguna confianza en los sindicatos, o que expresan un grado de confianza muy bajo, incluyen al trabajo organizado entre las instituciones responsables de crear (o de no saber resolver) una situación de malestar económico, laboral y social. El razonamiento es el siguiente: si los sindicatos forman parte del entramado institucional que toma las decisiones públicas, difícilmente podrán representar los intereses de quienes se sienten agraviados por éstas. Si esto es efectivamente así, los sindicatos ven en riesgo también una de las principales funciones que han desempeñado dentro de la sociedad industrial: la organización y gestión del descontento.

Los problemas de confianza que afectan a los sindicatos españoles reducen la posibilidad de que la apertura hacia la sociedad civil pueda convertirse en una opción estratégica para contrapesar el debilitamiento de los restantes recursos de poder sindical. El sindicalismo de comunidad o abierto a la ciudadanía constituye un modelo de revitalización para el trabajo organizado en el que ha insistido una parte importante de la literatura sobre el futuro del sindicalismo de clase dentro de las sociedades post-industriales a lo largo de los últimos años, sobre todo en los países anglosajones.



3. Sobre la libertad sindical y la representación y participación de las personas trabajadoras en la empresa

A diferencia de lo que sucede con otros aspectos de nuestro Derecho Colectivo del Trabajo, la regulación actual del derecho a la libertad sindical se encuentra en una posición muy adecuada para afrontar los retos planteados por los nuevos escenarios laborales. En lo que se refiere al surgimiento de formas de prestación de servicios alternativas, el concepto no formal de trabajador asalariado adoptado por la Ley Orgánica de Libertad Sindical y reforzado por la jurisprudencia de los tribunales permite defender que, independientemente de cuál sea la calificación jurídica que merezca la prestación de servicios, si se advierte que en ella se produce una situación de subordinación materialmente similar a la de los trabajadores asalariados habrá derecho a ejercitar la libertad sindical para equilibrarla. Ésta se convierte, así, en un derecho fundamental universal, que extiende su radio de acción mucho más allá de las fronteras formales del Derecho del Trabajo.

Por otro lado, respecto del surgimiento de nuevas formas de organización empresarial, la configuración legal de la representación sindical en la empresa, unida de nuevo a la interpretación flexible de los tribunales, le otorga una enorme potencialidad para ejercer una representación y participación de los trabajadores en las nuevas realidades empresariales. La fragmentación e incluso desaparición del lugar de trabajo, que dificultan tanto el despliegue de los representantes unitarios, afectan en mucha menor medida a los sindicales, que pueden llegar, en consecuencia, a espacios que a aquéllos les están vedados.

Así pues, el centro de atención de una reforma del modelo español para adaptarlo a nuevos escenarios pasa necesariamente por una reformulación del modelo de representación unitaria, mucho más rígido en su configuración legal y jurisprudencial que el sindical. En este sentido, se considera prioritaria la superación del centro de trabajo como unidad electoral de referencia para la constitución de Delegados de Personal y Comités de Empresa. Al respecto, se defiende la reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores para establecer cierta libertad en la elección del ámbito de constitución idóneo de la representación del personal, pudiendo ser la empresa, y no el centro de trabajo, la unidad de referencia general. Ello combinado con la posibilidad de que, si la organización empresarial en ciertos sectores lo aconseja, se pueda elegir el centro de trabajo por acuerdo interno o reglamentos de funcionamiento interno del comité de empresa.

No se considera necesario modificar los umbrales numéricos para la creación de delegados de personal y comités, siempre que se adopte como



unidad de referencia la empresa, aunque sería razonable que la ley permitiera la mejora de dichos umbrales por la negociación colectiva, habilitando a los agentes sociales para efectuar una adecuación en determinados sectores especialmente sensibles a esta problemática. Se considera, además, obsoleta y poco ajustada a la realidad de nuestro tejido productivo la exigencia de un acuerdo mayoritario en aquellas empresas que dispongan de entre los 6 y 10 trabajadores para que se elija un delegado/a de personal, por lo que se postula su eliminación del art. 62 ET.

Por otro lado, la ley ha de contemplar la posibilidad de constituir un órgano representativo en el ámbito del grupo de empresas, para dar trámite a los cauces de representación y participación que en la actualidad no se contemplan para los grupos de ámbito nacional, no europeo. Otras propuestas son la agrupación de centros de trabajo por provincias u otras demarcaciones territoriales o incluso la posibilidad de configurar estructuras representativas de carácter transversal o consorciado, por ejemplo agregando empresas o centros de trabajo ubicados en parques empresariales o polígonos industriales. En relación con las empresas digitalizadas, donde es habitual la inexistencia de un centro de trabajo físico al que adscribir una plantilla más o menos estable de personas trabajadoras y, por ende, la acción colectiva y defensa de sus intereses, se propone aplicar, de nuevo, la norma general de la empresa como unidad de referencia, lo que contrarrestaría la posible dispersión de las personas trabajadoras a efectos de articular la correspondiente representación.

Estas reformas son importantes por dos razones. En primer lugar, porque ayudaría a que la representación y participación del personal fuera efectiva en todas las empresas con independencia de su tamaño y configuración, ayudando a expandir la democracia industrial y contribuyendo a evitar que las empresas se conviertan en un islote de poder autocrático en una sociedad cada vez más exigente con los valores democráticos. En segundo lugar, porque representación sindical y unitaria se encuentran fuertemente unidas, por lo que las rigideces de la segunda se contagian en parte a la primera, lo que reduce la potencialidad de adaptación que, hemos visto, presentan la libertad sindical y su regulación.

El primero de esos contagios se produce por la fórmula empleada para medir la representación de las organizaciones sindicales en nuestro país: el eco electoral en las elecciones a representantes unitarios. Si la representación unitaria llega cada vez a menos empresas y trabajadores la fiabilidad de este criterio se resiente. De hecho, son muchas las voces que han defendido un cambio en el sistema de medición o, al menos, combinarlo con criterios complementarios, como podría ser la implantación o afiliación sindical. Sin embargo, esa opción plantea serias dudas. En primer lugar, porque requiere el desarrollo de canales oficiales y fiables de comprobación de la afiliación, que



plantean retos prácticos y de compatibilidad con la Constitución nada desdeñables. En segundo lugar, porque proponer un cambio en el cálculo de la representatividad no es un simple ajuste del modelo, sino una enmienda a la totalidad del mismo. Requeriría un ímprobo esfuerzo legislativo, político y social; sin que se tenga garantía ninguna de que el resultado vaya a funcionar mejor que el sistema actual, ni a alcanzar el reconocimiento y la aceptación que éste tiene entre los actores sociales. Incluso un modelo mixto, no sería fácil de implantar, como prueban algunos ensayos fallidos intentados en el pasado dentro de nuestro propio país. Probablemente resulte mucho más operativa la redefinición de las unidades electorales propuesta, que tendría efectos positivos también en otros puntos de conexión entre la representación unitaria y la sindical, como es la exigencia de tener presencia en el comité de empresa para poder nombrar un delegado sindical.

No creemos, sin embargo, que sea un problema el hecho de que nuestro sistema no haga una distribución de competencias entre ambas representaciones. La duplicidad actual, en un contexto donde se advierten claras dificultades para que la representación de la plantilla alcance todas las organizaciones, favorece que allí donde es posible constituir una de las representaciones ésta pueda ejercer todas las competencias necesarias. Además, ha funcionado como válvula de seguridad, permitiendo que una representación actúe ante la paralización o pasividad de la otra. Sí entendemos conveniente una rebaja del umbral legal para el nombramiento de delegados sindicales. El actual, 250 trabajadores, deja automáticamente ajenas a esta representación, no sólo a las pequeñas, sino también a buena parte de las medianas empresas. Una reducción a 50 trabajadores, en la línea de lo que se ha hecho con los planes de igualdad, sería una actualización razonable.

Las comisiones *ad hoc*, incluso en la versión sindical que se ha ensayado en algunas reformas recientes, no pueden considerarse como una alternativa viable al déficit de representación de muchas organizaciones. Son sólo mecanismo de urgencia para la toma de decisiones en crisis cuya funcionalidad debería quedar reducida al mínimo con una razonable reorganización del ámbito de actuación de la representación unitaria estable.

4. Sobre las facultades de la representación del personal en relación con la aplicación de la inteligencia artificial y el trabajo a distancia

Entre los nuevos escenarios laborales a los que adaptar el Derecho del Trabajo está también la gestión automatizada y algorítmica de los recursos humanos, en el que las máquinas adoptan de forma autónoma o semiautónoma decisiones con consecuencias tanto en la selección y contratación del personal



como en el desarrollo de la prestación de servicios e incluso en la extinción del contrato de trabajo. El algoritmo no es neutral, sino que puede contener sesgos en función de los datos con los que se alimenta y la programación que determina su aprendizaje, por lo que debe sujetarse a controles que eviten la lesión de derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

El uso de aplicaciones de IA en situaciones que repercutan en los derechos de los trabajadores representa un elevado riesgo. Crear un ecosistema de confianza requiere de una gobernanza colectiva, con implicación de los distintos agentes, que incluya una mayor regulación y control sindical, asegurando la transparencia sobre el diseño de los algoritmos, los datos de los que se alimentan y su funcionamiento. Ello supone que es preciso completar las previsiones sobre la nueva competencia de la representación legal de las personas trabajadoras (art. 64.4.d Estatuto de los Trabajadores) considerando que es una buena base para los futuros proyectos legislativos la *Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, elaborada por impulso del Ministerio de Trabajo y Economía Social. También se requiere una intervención decidida del diálogo social y la negociación colectiva, que sería bueno que tuviera como resultado un acuerdo interconfederal con compromisos de mínimos.

Los juicios algorítmicos deben generarse y corregirse conforme a criterios éticos y jurídicos, para lo que resulta imprescindible una intervención humana de calidad tanto al inicio (en el diseño del programa) como al final del proceso (en la aplicación al acto de dirección), para que las decisiones se adopten conforme a los derechos a la protección de los datos personales, a la intimidad y a la no discriminación de las personas afectadas. Será primordial el estricto cumplimiento del principio de minimización de datos recabados, así como su calidad y consideración de la diversidad.

Debe tenerse en cuenta que en cualquier empresa los órganos de representación del personal deben ser consultados -no sólo informados- sobre la introducción de algoritmos en la medida en que suponen cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo en la empresa (art. 64.5 ET), incluyéndose también las decisiones semiautomatizadas con intervención humana.

En la gestión del personal mediante algoritmos cabría promover una figura cuya misión sea orientar, detectar y corregir situaciones irregulares, preferiblemente por la vía del diálogo y, si no resultara posible, a través de la actuación de la Inspección de Trabajo. Al modo en que se cuenta ya en alguna comunidad autónoma con personas delegadas territoriales de prevención de riesgos laborales y agentes de igualdad, creadas mediante un acuerdo



interprofesional Se contrarrestaría así el hecho de que en algunas empresas existan dinámicas poco favorables al cumplimiento de los deberes de información establecidos en el artículo 64 ET.

Por otra parte, el trabajo a distancia puede ser un obstáculo para la acción colectiva del personal por la deslocalización que supone respecto al centro de trabajo como lugar de encuentro para organizarla. La Ley 10/2021 ha querido garantizar al personal que lo desarrolla el ejercicio de los derechos colectivos, facilitando el flujo de información y la comunicación representantes-representados, para que sus reivindicaciones lleguen a quienes deben canalizarlas y plantearlas a los órganos de dirección. Del artículo 19 de esa Ley se deriva un deber general de la empresa, que “deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa”. “Entre ellos” se refiere expresamente al acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, que constituirían deberes específicos. Si los mencionados expresamente por la ley no bastaran para asegurar el normal desarrollo de la actividad representativa en el concreto contexto productivo y locativo habrá de proporcionar otros. Aunque correspondería a la representación de personal acreditar esa insuficiencia, en caso de probarse no sería necesario para reclamar elementos adicionales que estuvieran expresamente contemplados en convenio o acuerdo colectivo.

“Suministrar” elementos de comunicación es proveer los que sean necesarios, también creándolos donde no los hubiera previamente. Por ello, debiera revisarse la línea jurisprudencial en la que se ha denegado el derecho de las secciones sindicales a disponer de una cuenta corporativa propia de correo electrónico, en función de que pudiera considerarse o no un gravamen excesivo para la empresa. Cuando esta tenga en plantilla personas trabajadoras a distancia la empresa deberá facilitar la comunicación con la representación tanto unitaria como sindical, sin que pueda objetar que ello suponga costes o gastos adicionales, ya sea mediante cuentas corporativas o espacios de comunicación en la intranet.

Como “(d)eberá garantizarse la efectiva participación de las personas que trabajen a distancia en las actividades organizadas o convocadas por la representación legal o el resto de personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales”, si en la empresa se utilizan las TICs a otros efectos es proporcionado solicitar que la empresa articule lo necesario para facilitar que las reuniones presenciales de una parte de la plantilla puedan ser retransmitidas sincrónicamente a quienes trabajan a distancia, permitiéndoles también participar activamente, sino fuera posible mediante un sistema de audio, a través de un chat, en el que formulen sus preguntas, peticiones y observaciones al



comité de empresa o delegados de personal que presidan mancomunadamente la asamblea (art. 77.1 ET). Seguramente la garantía de participación también alcanza a la organización del tiempo de trabajo, que deberá adaptarse para facilitar los desplazamientos desde el lugar de trabajo, cuando lo habitual sea desarrollarlo a distancia, para facilitar una participación presencial. La negociación colectiva es la fuente más adecuada para concretar los términos de esa adecuación.

La dispersión de la plantilla supone una barrera para el contacto entre representantes y representados, necesitando los primeros más recursos humanos y materiales que si estuviera concentrada. De ahí que asegurar la democracia en la empresa requiera poner los medios para facilitarla por parte de los diferentes agentes privados y públicos. Que quienes ostenten la titularidad de las empresas asuman los costes derivados del deber legal de suministrar medios para el desarrollo de la actividad representativa respecto del personal la distancia. Que los sindicatos adopten en su seno estrategias para su penetración, más complicada, entre ese personal, dotándose de herramientas (webs, blogs, RRSS) que permitan la interconexión habitual con él, articulando y buscando espacios para el encuentro fuera de la empresa e, incluso, de las propias sedes sindicales. Finalmente, que esta creciente realidad laboral sea tenida en cuenta a la hora de programar convocatorias de ayudas públicas para colaborar en esa asunción de costes con unas y otros.

5. Sobre la negociación colectiva en los nuevos escenarios laborales

Otro de los objetivos del proyecto de investigación era examinar la evolución de las reglas sobre negociación colectiva, la articulación de sus resultados y las dificultades para acometerla en algunos nuevos modelos empresariales o llevar a la práctica las nuevas disposiciones legales. En este punto, resultaba obligado examinar los contenidos de la reciente reforma del Título III ET efectuada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. Sobre el particular, cabe señalar que el viejo mantra de la necesaria modernización de la negociación colectiva, junto al propósito de revertir los elementos más dañinos para el modelo de las reformas de 2011 y 2012 y restablecer algunas piezas clave del sistema, están en la base de los contenidos del RDL referidos a esta materia. En concreto, han sido dos cuestiones las más directamente afectadas, la relativa a la descentralización de la estructura de la negociación colectiva por medio de la regla sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto del sectorial; y la segunda en relación con las perniciosas consecuencias de —a falta de acuerdo en contrario— haber puesto



un término final a la ultraactividad del convenio denunciado, que incluso tras su cierre en falso por mor de la STS de 22 de diciembre de 2014 (Rec.264/14) no dejó de suscitar problemas y dudas en relación con infinidad de cuestiones conexas o colaterales. A lo anterior hay que sumar, no obstante, un reforzamiento del papel del convenio sectorial, sobre todo en materia de modalidades de contratación y medidas de estabilización del empleo, con efecto reflejo en la propia norma sobre la capacidad de adaptación a nivel de empresa de algunos aspectos de la contratación de duración determinada y del contrato fijo discontinuo; y, naturalmente, la novedosa previsión contenida en el art.42.6 ET sobre el convenio aplicable en el trabajo en contratas.

Pese a la indudable repercusión de este aparentemente limitado alcance de las modificaciones operadas en el Título III ET, han quedado por abordar algunos otros asuntos, entre los que destaca el replanteamiento del muy cuestionado y criticado patrón de las comisiones “ad hoc” para la negociación de las medidas de ajuste de empleo de alcance colectivo, incluido el descuelgue (art.41.4 ET, extensivo a los supuestos de los arts.40, 47, 51 y 82.3 ET); y que, curiosamente, sí fue corregido en la normativa sobre la negociación de los planes de igualdad cuyo desarrollo se contiene en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

En una perspectiva de futuro, de cara a ese nuevo Estatuto de los Trabajadores del que tanto tiempo llevamos hablando, habría otros puntos no menores que mejorar o redefinir; entre ellos, uno de los que parecen más urgentes consistiría en una verdadera renovación y apertura en los criterios para delimitar los ámbitos funcionales de los convenios sectoriales, entre otras cosas, para contribuir a solventar más eficazmente el problema del convenio aplicable a las empresas auxiliares y de servicios. Más allá de la decepcionante y compleja solución que ha dado a las contratas el ya mencionado art.42.6 ET. Y, por descontado, la regulación del descuelgue, aunque sobre esto incide en buena medida lo que se ha apuntado a propósito del modelo de negociación de las medidas de ajuste del art. 41 ET.

El vacío de negociación colectiva que se aprecia también en estos nuevos escenarios laborales, donde las relaciones colectivas de trabajo se encuentran muy poco desarrolladas y existen grandes dificultades para encontrar sujetos con legitimación suficiente para desarrollar una negociación, debe en nuestra opinión intentarse llenarse por la vía del convenio colectivo sectorial. Eso sí, un convenio sectorial acordado por sindicatos y asociaciones empresariales directamente implicados con las nuevas realidades empresariales. Para ello es necesario que, por un lado, cambien los planteamientos de las nuevas empresas



y trabajadores sobre el sindicato y la acción colectiva. Por otro, que se determine claramente la naturaleza jurídico-laboral de las prestaciones de servicios que se realizan en algunos de estos ámbitos. Las últimas experiencias legislativas y negociadoras en Europa podrían apuntar a un tímido pero prometedor cambio de escenario en este ámbito.

La otra alternativa, la negociación de convenios colectivos de empresa, pasa por articular una adecuada representación del personal, lo que nos remite a las consideraciones ya realizadas sobre los problemas de despliegue de los representantes unitarios en las nuevas realidades empresariales. La representación sindical, es una opción nada descartable. No obstante, la negociación de un convenio colectivo de empresa es uno de los puntos en que nuestro ordenamiento vincula ambos canales de representación y, en consecuencia, se produce cierto traspaso de la rigidez del uno, al otro. Cabe la posibilidad de atribuir normativamente a los sindicatos más representativos la negociación de convenios de empresa, allí donde no es posible la articulación de la representación. No obstante, una solución así presenta notables peligros, pues no deja de ahondar en los problemas endémicos de excesiva institucionalización y alejamiento de las bases de nuestro modelo sindical.

Especial atención en este punto merece la negociación colectiva en las estructuras interempresariales, donde el tránsito de la clásica relación entre trabajadores y empresario a otras en las que la bilateralidad se supera provoca la creación de un entramado de escenarios en los que, en ocasiones, los intereses internos de las partes no resultan coincidentes a efectos negociadores. Este hecho implica que, desde la propia fase inicial de creación convencional, se manifiesten divergencias. La dualidad del vínculo del trabajador con la empresa contratante y/o con la propia red produce una multiplicidad de situaciones que provocan dificultades de determinación del conjunto de derechos y obligaciones a asumir por los partícipes.

Asimismo, y junto a la pluralidad de partes conformadoras del convenio, la determinación de las materias objeto de acuerdo también presentan aspectos que no siempre resultan concurrentes como consecuencia de que el objetivo a negociar es diverso. Aquí podemos diferenciar entre convenios que persigan una coordinación interempresas o los que pretendan una homogenización de las condiciones laborales de los trabajadores que la integran produciéndose, en estos últimos, una alteración más intensa derivada de la creación de un nuevo marco regulador.

En cuanto a los aspectos procedimentales para la creación de un convenio organizador de este ámbito, la opción legislativa que apostó por una legitimación cruzada -que esclareció la fórmula para poder llevar a cabo este tipo de



instrumentos y, en cierta manera habilitó legalmente su constitución-, presenta algunos claroscuros sobre todo en materia de representación de los trabajadores, ya que serán los sindicatos con mayor representatividad los habilitados para la negociación, pudiendo la representación unitaria quedar al margen de dicho proceso. Asimismo, desde nuestra perspectiva, una alteración de la unidad electoral para este supuesto hubiese sido más acorde dada su naturaleza multicelular.

Por otro lado, la concurrencia de convenios colectivos en este entorno presenta un mayor grado de dificultad a la hora de concretar el aplicable ante la falta de una concisa normativa laboral que aborde decididamente las relaciones reticulares colectivas. La ausencia de una expresa declaración de la prioridad aplicativa del convenio interempresarial sobre el de empresa ocasiona en algunos supuestos grandes dificultades para proveer a este espacio de una identidad de red necesaria para su conformación. Junto a ello, la inexistencia de convenios intersectoriales a los que acudir que sean aglutinadores de estas esferas interrelacionadas disminuye la protección y proyección de estos ámbitos cada vez más presentes en el panorama productivo. Aquí la reordenación de las estructuras sindicales y empresariales frente a estas nuevas agrupaciones parece cada vez más necesaria, junto con la imprescindible actuación legislativa a partir de la cual se pueda adaptar la realidad jurídica a la que se manifiesta en la práctica empresarial.

6. Sobre la necesidad de una negociación colectiva inclusiva

Todos los miembros del equipo de investigación están profundamente comprometidos con una sociedad más justa en la que se promueva la inclusión social y el trabajo decente para todas las personas, con igualdad de trato y de oportunidades. Nuestro convencimiento es que la gobernanza colectiva de las relaciones laborales, en el marco de las previsiones internacionales, europeas y estatales sobre ese principio, puede desempeñar un papel muy relevante para conseguir esa sociedad que queremos. Por ello, se ha realizado un balance de las experiencias negociales en cuanto al principio de no discriminación, así como de su efectividad para remover los obstáculos que impiden la igualdad y facilitar las soluciones que garantizan la inclusión de las personas en situación de vulnerabilidad o colectivos potencialmente vulnerables. Como premisa se invita a re-pensar qué es la diversidad en la organización empresarial y, sobre todo, cómo puede gestionarse desde la negociación colectiva. La gestión de la diversidad se contempla como un compromiso corporativo, por lo que hay que integrar la regulación convencional sectorial o a nivel de empresa en una política de responsabilidad social empresarial.



El perfil de la clase trabajadora ha cambiado. El modelo sindical y de representación debe modernizarse y reactivar la negociación colectiva para lograr unas mejores condiciones laborales, mejorables con un enfoque inclusivo que garantice la igualdad de trato y oportunidades y erradique la discriminación por sexo, edad, religión, orientación e identidad sexual, discapacidad, origen o etnia, etc. Se ha valorado de qué manera la negociación colectiva puede (o debe) ser el cauce idóneo para regular una estrategia integral en las empresas que acojan a una población laboral de perfiles diversos.

Hay que mencionar el empeño de los sindicatos en recoger como hoja de ruta la elaboración de estrategias de acción tendentes a erradicar la desigualdad, la discriminación y la exclusión. No quieren dejar de lado los derechos de ninguna persona trabajadora con independencia de su origen o condición y circunstancias personales o familiares, y apuesta por el irremplazable papel de los convenios colectivos. Las organizaciones empresariales, sea a través de la autonomía colectiva o vía RSE, también apuntan como un reto el conseguir la adaptación e integración de cualquier persona en el mercado laboral.

Respecto de la oportunidad o beneficios de la negociación colectiva en materia de diversidad y la utilidad de los convenios en aras de la inclusión, se ha podido observar, en primer lugar, que no hay –con excepciones– una adaptación suficiente a los cambios socio-culturales del mercado de trabajo y, en segundo lugar, que hay un exceso de la que podríamos llamar regulación declarativa o proclamativa. Lo que se suma, muchas veces, a medidas *friendly* que sí encajan en la RSC pero que no siempre garantizan un compromiso eficaz de la empresa en términos de recursos humanos y derechos socio-laborales.

Cabe, en fin, hacer una llamada de atención a los agentes sociales sobre la necesidad de afinar o concretar mejor conceptualmente lo que queremos incluir como diversidad (inclusión) en el convenio colectivo, más allá de una mera declaración de intenciones y principios o de los objetivos de sostenibilidad vía RSC, porque hay un exceso de equiparación entre las políticas de diversidad y las estrategias de inclusión en términos de igualdad por razón de sexo – en los Planes de igualdad–, y se desatienden las fórmulas convencionales más originales sobre diversidad funcional, religiosa, por edad, cultura u orientación e identidad sexual.

No cabe duda que diversidad e inclusión son un desafío del siglo XXI, para la sociedad en general, y para la negociación colectiva en particular. A pesar de la todavía escasa información convencional sobre la regulación de las políticas de inclusión de la diversidad en todas sus representaciones, creemos que algo meritorio es la existencia de cláusulas sobre diversidad que –en el ámbito de la autonomía colectiva en sentido estricto o, al menos, como fruto de las políticas



de RSC– recogen medidas de inclusión de grupos sociales y colectivos diversos. Aunque todavía no pueda hablarse de un “logro” de la negociación colectiva en términos cuantitativos, sí hay que ser optimistas en el papel protagonista que asumen los sujetos colectivos que materializan la negociación en relación a la diversidad en todas sus manifestaciones o tipos.

7. Sobre el derecho de huelga y su regulación

El legislador español debiera derogar, por fin, el decreto Ley 17/1977 y sustituirlo por una norma moderna, acorde con los principios y valores constitucionales. Que regule los aspectos básicos del ejercicio del derecho de huelga retomando ideas que estuvieron vinculadas al Proyecto de ley que llegó a tramitarse parlamentariamente y cuya aprobación frustró un cambio de legislatura sus ejes serían: 1) La consideración reducida de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos que actúan como límites externos del derecho de huelga; 2) El listado de sectores y actividades en los que debe quedar asegurado el mantenimiento de “los servicios indispensables”; y 3) la potenciación y reconocimiento del papel de la autonomía colectiva. Se pasaría con ello del actual “sistema gubernativo-judicial” a un modelo legal-convencional, que es más consecuente con el relevante papel reconocido a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales en la propia Constitución.

Como conseguir una completa Ley Orgánica de huelga parece un objetivo muy ambicioso para alcanzar los consensos y el necesario quorum, conviene limitar la nueva normativa heterónoma a aquella cuestión que la práctica judicial -y el sistema de control de la OIT- ha identificado como la más problemática: las garantías del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad. Arrojar luz sobre ese concepto, aun dejándolo necesariamente abierto para que pueda evolucionar en la misma medida en que la comunidad social lo haga y restringir los servicios mínimos a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la salud, la vida o la seguridad de la población.

El principio constitucional de la menor restricción posible del derecho de huelga requiere diseccionar en clave organizativa cada sector cuando en él se convoque la huelga. La esencialidad no depende de la naturaleza pública o privada de la entidad que preste el servicio, ni todas las actividades del servicio tendrán la misma consideración. Determinadas decisiones adoptadas con base en la libertad organizativa podrían tener su impacto, porque si el servicio fuera tan esencial para la comunidad, ¿optaría la Administración por descentralizarlo? Siempre resultará más aceptable establecer unos servicios mínimos más “generosos” cuando se haya decidido mantener el personal propio para prestarlo.



La disposición contenida en el art. 10 DLRT es insuficiente y debiera reemplazarla otra que promueva la autocomposición, privilegiándola frente a la heterocomposición para determinar los servicios mínimos. No debiera ser la autoridad gubernativa la que termine delimitando el concepto de servicios esenciales en la práctica, cuando tanto el sistema de control interno de la OIT como el análisis de una amplia muestra de sentencias del Tribunal Supremo permiten afirmar que se producen en demasiadas ocasiones abusos en el ejercicio de la potestad pública. Tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones consideran que “todas las partes interesadas deberían participar en la determinación de los servicios mínimos a asegurar en caso de huelga, por lo que la autoridad gubernativa deberá consultar a las organizaciones de trabajadores y empresarios antes de determinarlos”. Son requisitos clave la proporcionalidad en las decisiones y la motivación suficiente, vinculada a las circunstancias específicas de la concreta huelga y concretando por que se señala como servicios mínimos un determinado porcentaje o número de trabajadores.

En cuanto al control judicial de los actos contrarios a la huelga, convendría que la jurisdicción social fuera la única competente para conocer tanto las impugnaciones de las resoluciones de la autoridad gubernativa determinando los servicios mínimos (ahora revisadas por la contencioso-administrativa) como las referidas a la ejecución de aquellas resoluciones.

Una ley tan importante como lo sería la ley orgánica de huelga debe nacer con el asentimiento de los sujetos a quienes va dirigida. En este caso es posible que no baste con el recurso al diálogo social entre agentes sociales y Gobierno. La “terciarización” que caracteriza a este tipo de conflictos laborales haría conveniente, seguramente, que el contenido de la norma resultara aceptado también por esa “comunidad” a la que el artículo 28.2 CE quiere dotar de garantías. Especialmente importante sería la actuación del Consejo Económico y Social del Estado, donde, además de sindicatos y empresariado, los consumidores y usuarios ya cuentan con una representación que quizá habría que aprovechar y reforzar para trabajar a los efectos de conseguir consensos para llegar a aprobar esa norma.