

LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA: UNA MIRADA COMPARADA ITALIA Y ESPAÑA*

Ana Domínguez Morales**
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Alcance de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa. 2.1. Excepción a las reglas de concurrencia. 2.2. Primacía del convenio de empresa. –3. Impacto de las reformas laborales sobre el derecho de negociación colectiva. 3.1. El papel de los interlocutores sociales ante los cambios. 3.2. La consolidación constitucional de la reforma sobre la nueva estructura negocial. –4. Efectos en la práctica convencional empresarial. –5. Conclusión.

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar en líneas generales la aplicación prioritaria del convenio colectivo de empresa-o asimilados a éste- y sus efectos, en una perspectiva comparada entre los Ordenamientos español e italiano, a resultas de las últimas reformas laborales introducidas contemporáneamente en ambos Estados en el marco de un sistema de negociación colectiva diverso. Para llevar a cabo el propósito así definido en las siguientes páginas, la metodología utilizada será la de efectuar una comparación integral de la figura del convenio de empresa o de proximidad, como se denomina en la ley italiana, en el marco de una pretendida descentralización de la negociación colectiva en ambos países, erigiéndose como instrumentos de aplicación prioritaria frente a los convenios de sector, sobre materias que inciden en las más básicas condiciones de trabajo, al margen de que la nueva regulación se disponga en términos peyorativos con respecto a los instrumentos convencionales –o legales– sobre los que se aplicará preferentemente. Se realizará un análisis en clave unitaria acerca de las reglas de concurrencia entre convenios colectivos definidas a la luz del nuevo panorama legislativo aplicable, las eventuales dudas de constitucionalidad que se suscitan en sendos sistemas jurídicos o su impacto sobre la práctica convencional actual.

ABSTRACT

This Research work tries to analyze from a general point of view the priority application of the enterprises bargaining agreements and the impact of it in the regulation of the labour market,

*Recibido el 22 de junio 2015, aceptado 20 de julio 2015

** Investigadora en formación .Becaria FPI

in a comparative viewpoint between Spanish and Italian law. It studies the last and contemporary labour market reforms in both States which take place within diverse systems of collective bargaining framework. To carry out this purpose, in the following lines, will be used a methodology based on the comparison between the enterprises bargaining agreements or so-called proximity agreements in the Italian case. These reforms aim to promote the decentralization of collective bargaining and in both countries take place establishing the priority of application of the company collective bargaining agreements with regard to the sector collective bargaining agreements and in the Italian case, with regard to the law too, on matters affecting the most basic conditions of work even in «derogatory» terms. An overall analysis will be made about the concurrency issues between collective bargaining agreements defined in light of the new legislative scenario, the eventual doubts raising over the constitutionality of both legal rules and the impact on the collective bargaining current practice.

Palabras clave: reforma laboral, estructura negociación colectiva, prioridad aplicativa convenio de empresa.

Key words: labour reform, structural element of collective bargaining, priority implementation of company collective bargaining agreement.

1. INTRODUCTION

Es una práctica habitual en los países de nuestro entorno la disposición a tenor de la cual se concede amplia flexibilidad para regular ciertas condiciones laborales nucleares a los convenios colectivos de empresa o de proximidad cuya aplicación, dentro de su limitado ámbito de actuación, será preferente e inmediata, produciéndose por la vía de los hechos la pérdida de la intangibilidad del convenio sectorial cuando éste se mantuviese vigente en el momento de la entrada en vigor de aquel¹.

Entre otros países, podemos destacar la introducción de mecanismos similares en Francia –Ley 391/2004 de 4 de mayo– Portugal –Ley 3845/2010 de 29 de diciembre– o Grecia-Ley 3899/2010 de 17 de diciembre. Sin embargo, este trabajo se dirigirá, por las grandes semejanzas que contrastan con las amplias divergencias que se suscitan, a la comparación de los sistemas de negociación colectiva español e italiano desde la perspectiva de las últimas reformas en materia de estructura de la misma, aplicando en ambos casos un espíritu descentralizador de las relaciones colectivas de trabajo. Razones de espacio obligan a esbozar las principales líneas de encuentro y desencuentro de las reformas sobre la negociación colectiva efectuadas en sendos países y valorar someramente su impacto en los momentos actuales.

Ambos Estados, por razones bien diversas de tipo sustancial y estructural, han mantenido arraigada la posición privilegiada del nivel sectorial convencional después de la aprobación de sus Constituciones democráticas, aunque se advierte cierta continuidad con el pasado en España tras superar la fase dictatorial, frente a un sistema que quiebra con el modelo anterior en Italia, donde se otorgaba eficacia *erga omnes* a los convenios colectivos en tanto que eran fruto de un régimen corporativista públicamente intervenido, suprimido con la entrada en vigor de la Constitución hoy vigente. En ambos casos, comienza a destacar la virtualidad del convenio de empresa adoptándose como condicionante de las necesidades económico-productivas².

¹ Situación que se ha previsto por algún economista como fuente de reducción del desempleo de hasta un 5%. J.F. JIMENO, C. THOMAS, "Collective bargaining, firm heterogeneity and unemployment", *Banco de España, Documentos de Trabajo*, 2011, nº 1131.

² En España, la ley preconstitucional de convenios colectivos consagraba, salvo pacto, el principio de aplicación preferente de los convenios de empresa con exclusión de cualquier otro. Art. 6 *in fine*, Ley 18/1973, de 19 de diciembre (BOE de 6 de febrero de 1974) de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo. En Italia, aparece esta unidad de negociación en los años 50 por propio deseo sindical, U. Romagnoli, *Il contratto collettivo di impresa*,

La estructura de la negociación colectiva se desarrolla por vías diversas en cada uno de los modelos analizados. De modo simplificado, en Italia se sustenta en dos niveles, fundamentalmente nacional de sector y empresarial, mientras que en España se encuentra dispersa y atomizada, existiendo un importante volumen que dota de amplia cobertura de aplicación por parte de los convenios sectoriales de ámbito provincial³.

Por otra parte, en ambos países, los agentes sociales se encargan de determinar la estructura de la negociación colectiva, complementada en España por una regulación legal bastante minuciosa sobre el contenido, procedimiento y validez de los mismos, así como el establecimiento de unas normas de concurrencia generalmente supletorias⁴, mientras que en Italia se omite cualquier interferencia legal al respecto.

Sin embargo, se comienza a difuminar la valencia del convenio sectorial tanto en España como en Italia como garantía de condiciones de trabajo uniformes, adaptadas a la realidad empresarial solo *in melius*, en un contexto económico globalizado y abierto, donde se ponen de manifiesto las carencias en la estructura negocial y en el que los índices de productividad determinan el cambio de paradigma empresarial. Se mercantiliza la mano de obra, lo que unido a un periodo de crisis económica que afecta de un modo especialmente negativo a ambos países, obliga a acudir a mecanismos de flexibilidad laboral interna para evitar el colapso. Todo ello refuerza la virtualidad teórica del desplazamiento del epicentro de la negociación colectiva hacia los espacios más cercanos a la realidad empresarial⁵.

Adicionalmente, pese a la inexistencia de rías de armonización legislativa comunitaria en la materia, nadie duda de la influencia práctica de las declaraciones o recomendaciones de las instituciones europeas sobre la viabilidad de un cambio estructural en materia de negociación colectiva en determinados países miembros, en la misma línea de adecuar las condiciones a la realidad productiva en la que se aplican⁶.

Giuffrè, Milano, 1963. P. 5. Emergerá con plena autonomía tras el conocido periodo del «autunno caldo» con una autonomía de tal fortaleza como para servir de fuga con respecto al convenio sectorial. F. LUNARDON, "Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Vol. 34, n.º. 133, 2012. P.23. Nota 8.

³ España se sitúa entre los Estados con una estructura negocial «intermedia» entre la centralización y la descentralización. J.CALVO GALLEGU, "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva". *Temas Laborales* n.º 120, 2013. P. 126. Valdés dal Ré pone de manifiesto en el Voto particular a la STC (Pleno) 119/2014 16 de julio de 2014(RTC 2014\119), que atendiendo al factor de cobertura, el nivel negocial dominante es el convenio de sector provincial.

⁴ Actualmente, en aplicación conjunta de los arts. 83 y 84 del RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Con habilidad realiza un recorrido sobre la evolución de las reglas de concurrencia establecidas en la norma, J. Gorelli Hernández, *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*. Editorial Comares, Granada, 2013. PP.131ss.

⁵ Situación de crisis y voluntad del legislador por cambiar el enfoque de las relaciones laborales son los fundamentos de la reforma según, J. Gorelli Hernández, "La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva", en J. Gorelli Hernández, I. Marín Alonso, *El nuevo derecho de la negociación colectiva. Actualizado tras la ley 3/2012*. Tecnos, Madrid, 2013. P.55-56. El autor juzga la reforma introducida en 2012 como "extremista y radical".

⁶ J. CRUZ VILLALÓN, "Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia". *Revista de Derecho Social*, n.º 56, 2011. P. 13. A. ROMEO, "Il processo di aziendalizzazione della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale". *Massimo D'Antona*. PIT, n. 214, 2014. P. 9, especialmente, nota 16. Parte de la doctrina italiana difiere de ésta postura, considerando que la reforma italiana no es fruto de la crisis económica ni de las imposiciones de los tecnócratas europeos. A. PERULLI, V. SPEZIALE "L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro", in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n.º. 132/2011. P. 6ss.

Finalmente, cabe destacar que mientras que el referente normativo español ha permanecido inmodificado desde la reforma de 1994 hasta 2011—aunque el debate doctrinal se ha mantenido vivo en todos estos años—, en Italia, desde los albores de éste nuevo siglo se viene identificando un ánimo de revisión del sistema negocial hacia la descentralización⁷, eso sí, coincidiendo en el tiempo la intervención legal. Por ello, no es extraño encontrar en la negociación colectiva italiana previa a la reforma, acuerdos a nivel nacional que introducen procedimientos de disposición *in peius* de algunas condiciones laborales mediante el convenio de segundo nivel⁸.

2. ALCANCE DE LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA

2.1. Excepción a las reglas de concurrencia entre convenios colectivos

Las reglas de concurrencia entre normas convencionales coexistentes difieren en ambos sistemas en el origen de su configuración, de tipo legal en España y jurisprudencial-sindical en Italia.

Como excepción a la regla legal común de aplicación del convenio *prior in tempore* que impide la aplicación de un convenio posterior en caso de concurrencia aplicativa en un mismo ámbito⁹, el art. 84.2 ET modificado en primer lugar por el RD ley 7/ 2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, otorga plena preferencia aplicativa al convenio de empresa, de grupo o empresas vinculadas por causas productivas u organizativas nominativamente identificadas, sobre los convenios de sector estatal, autonómico o de ámbito inferior, aprobado en cualquier momento durante la vigencia de aquellos, configurándose entonces como una regla disponible a través de la aplicación del procedimiento establecido al efecto por el artículo 83.2 ET, mediante el cual los interlocutores libremente pueden convenir las reglas de concurrencia que tengan a bien al nivel Interconfederal o sectorial. El modelo sufre una nueva modificación a través del RD ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral convertido en ley 3/2012 de 6 de julio, eliminando su carácter dispositivo para los interlocutores sociales.

⁷ Concretamente, la disposición que eleva a norma de aplicación preferente al convenio de empresa en Italia se inserta en un proceso de revisión de la materia cuyas líneas ya fueron trazadas en el Libro Blanco sobre el mercado de trabajo de 2001. A. GARILLI, "L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali", WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 139, 2012. P.2. A. ALAIMO, B. CARUSO, Diritto sindacale, Il Mulino, Bologna, 2012. P.144. Vid. F. Carinci, M. Miscione, (Coords.) *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002. Los Acuerdos Interconfederales firmados en Italia en el año 2009- sin el consenso de una de las mayores centrales sindicales- contribuían a enfatizar el rol de la negociación descentralizada a merced del desarrollo económico y ocupacional en las empresas, incorporando modificaciones de institutos económicos o normativos singulares incluso *in peius* previstos en la negociación a nivel nacional. Posteriormente avalado por el Acuerdo de 28 de junio de 2011 que cuenta con el consenso unitario de las principales organizaciones sindicales.

⁸ *Accordo nazionale in materia di linee-guida su accordi aziendali in deroga alla normativa prevista dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro* (en adelante CCNL) settore Chimica de 2007; Art. 25.4 CCNL per gli addetti all'industria chimica, chimico-farmaceutica, delle fibre chimiche e dei settori abrasivi, lubrificanti e il GPL renovado en 2009. En ese mismo sentido, Federmeccanica, Fim e Uilm adoptaron un acuerdo sobre los convenios o acuerdos modificativos del contrato nacional de sector metalmeccanico firmado en 2009.

⁹ Entre otros muchos destacan los estudios sobre concurrencia de convenios de J. CRUZ VILLALÓN, "Estructura y concurrencia entre convenios colectivos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n. 68, 2007; más recientemente S. González Ortega, y E. Carrizosa Prieto, "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro", en AA.VV. *El sistema de negociación colectiva. Estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, Madrid, 2013; J. Gorelli Hernández, "La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva", op.cit. M^a. C. López Anierte, "Nuevas reglas de concurrencia de convenios y descentralización de la negociación colectiva", en J.L. Monereo Pérez y M^a N. Moreno Vida, (Dir.) *La empresa como unidad de negociación prevalente*. Ed. Laborum Aranzadi, Madrid, 2013.

En Italia, en cambio, donde a falta de criterio legal precedente, son los tribunales los que inicialmente solucionan los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos de distinto nivel, la jurisprudencia avaló un implícito sistema jerárquico no muy bien acogido por la doctrina, que impedía modificar *in peius* al convenio de sector¹⁰.

Posteriormente se produce cierto giro jurisprudencial al otorgar eficacia al criterio de *lex posterior*, aunque introdujese disposiciones menos favorables¹¹. Finalmente, abandonando definitivamente el criterio jerárquico, la jurisprudencia viene a sostener el criterio de la voluntad de las partes o autonomía negocial en el establecimiento del convenio aplicable, con la salvaguarda de los derechos adquiridos en el patrimonio del trabajador¹².

Los propios interlocutores sociales han adoptado reglas de concurrencia dando prioridad al principio de especialidad del convenio de proximidad, complementado con el criterio de distribución competencial efectuada en el convenio de sector nacional a través de cláusulas de remisión¹³. Junto a las anteriores, se van incorporando cláusulas de apertura, en virtud de las cuales se excepciona la intangibilidad del convenio nacional de sector por medio de modificaciones sobre materias económicas y normativas reguladas por éste, con el fin de hacer frente en el territorio o empresa a situaciones de crisis, diseñando un espacio para la modificación *in peius* del nivel superior¹⁴. No en vano, no se debe obviar la naturaleza obligacional de éste tipo de cláusulas incorporadas en los sucesivos Acuerdos Interconfederales (en adelante AI) italianos¹⁵.

En fin, se trata de un sistema que se ha ido asentando en la práctica de las relaciones laborales entre jurisprudencia y autonomía sindical, a la que la primera reconoce la facultad de concretar según su voluntad las reglas de disolución de conflictos de concurrencia¹⁶, puesto ahora en riesgo de fragmentación.

2.2. Primacía del convenio de empresa

Con el objetivo de superar situaciones de riesgo empresarial y en última instancia como mecanismo de defensa del empleo¹⁷, se otorga eficacia aplicativa prioritaria al convenio de em-

¹⁰ Sentencias del Tribunal de Casación de 31/03/1967, nº. 721, y 18/01/1978, nº. 233. Principio de inderogabilidad *in peius* del convenio colectivo nacional por parte del convenio de nivel inferior basado en cuanto establece el art. 2.077 de código civil, así como sobre el principio de condición más favorable para el trabajador. M. ACAMPORA, A. SANTAMARIA "I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello", *Bolletín Adapt.* Publicación online, www.adapt.it, 16 de febrero de 2011. PP. 1-2.

¹¹ Sentencias del Tribunal de Casación de 6/10/2000, nº. 13300 y 19/05/2003, n. 7847.

¹² Sentencia del Tribunal de Casación de 15/09/2014, nº. 19396.

¹³ El Protocollo Ciampi-Giugni del 1993 adoptó el modelo de la complementariedad, especialidad y no superposición con las materias definidas a nivel superior como reglas de concurrencia entre ambos niveles, introduciendo una suerte de «descentralización centralizada» mediante el principio competencial. A. ALAIMO, B. CARUSO, *Diritto sindacale*, op.cit. P. 140. Con el tiempo protocolo fue consolidándose como «Carta costituzionale delle relazioni collettive». Martone, M. «La concertazione nell'esperienza italiana», en R. Pessi (Edit.) *Europa e concertazione: modelli a confronto*. Cedam, Pavova, 2009. P. 68. La estructura así definida se avala con la revisión al protocolo de 1993 mediante los acuerdos de 2009. Por su parte, el actual Texto unico sobre representación sindical, Acuerdo Interconfederal aprobado el 10 de enero de 2014, consolida la estructura de la negociación colectiva en dos niveles, correspondiendo al nivel nacional de sector garantizar la certeza del tratamiento económico y normativo común para los trabajadores del sector, salvo lo previsto por la ley de 2011.

¹⁴ Tesis de M. Persiani, *Diritto sindacale*, 13ª edición, Cedam, Padova, 2011, esp. PP. 183 e 184.

¹⁵ Entre otros, R. Pessi, «Contrattazione in deroga», in F. Carinci (Coord.) *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, Milano, 2011, esp. pp. 31 y 43; F. CARINCI, «Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali», en *Riv. it. dir. lav.*, I, 2009. P. 187ss.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Casación de 18/05/2010, nº. 12098.

¹⁷ Se encuentran entre los objetivos finales pretendidos por la norma española STC (Pleno) 119/2014 de 16 de julio de 2014 (RTC 2014\119), FJ 6. Mientras que el reiterado art. 8 de la ley italiana de 2011 se incorpora al Título III de la misma, dedicado a entablar medidas dirigidas al fomentar la ocupación laboral.

presa, de grupo o de pluralidad de empresas —o territorial— regulado en los términos establecidos por las normas. En España se soluciona con una regla de concurrencia excepcional que se aplica con respecto a determinados elementos materiales. Este mecanismo añade mayor dosis de flexibilidad en un entorno normativo favorable a la adaptación a las circunstancias desfavorables en la empresa, como vía alternativa al descuelgue convencional, del que se viene a diferenciar la prioridad aplicativa del convenio empresarial en el procedimiento, algunos aspectos materiales y su carácter temporal¹⁸.

También sucede así en Italia, con algunas notables peculiaridades añadidas. En primer lugar, el art. 8 de la ley 148/2011 se refiere literalmente a la «capacidad derogatoria» del convenio de proximidad, cuando en la realidad, el efecto material que produce es igualmente la prioridad aplicativa del mismo. Reconoce directamente la norma citada eficacia *erga omnes* a los acuerdos de proximidad que pretendan cumplir con los objetivos relacionados con el empleo y la productividad insertos en el propio artículo, mediante el tratamiento incluso *in peius* de ciertas materias o condiciones laborales reguladas a nivel sectorial estatal e incluso legal¹⁹. En consecuencia, se perfila desde la propia ley una estructura negocial sin precedentes, en un sistema convencional dotado con carácter general de eficacia limitada de lo pactado solamente aplicable a los sujetos firmantes y a sus afiliados, aunque la jurisprudencia ha promocionado tradicionalmente la extensión del convenio empresarial a todos los trabajadores de la misma aún no inscritos a los sindicatos firmantes del pacto con la excepción de aquellos trabajadores que estén afiliados a un sindicato diverso y expresamente se opongan a la aplicación el mismo²⁰.

Paralelamente, fue previsto por los interlocutores sociales un análogo procedimiento de inaplicación del convenio sectorial o aplicación prioritaria del convenio de proximidad de carácter experimental y coyuntural, acuerdo que vino a ser prácticamente vaciado de contenido tras la reforma²¹.

¹⁸ Viendo entre ambos cierta similitud, atribuyó a la primacía aplicativa del convenio de empresa el identificativo de «descuelgue permanente y sin causa» M. R. ALARCÓN CARACUEL, “El nuevo escenario de la negociación colectiva”. Ponencia marco presentada en el VIII encuentro entre el consejo general del poder judicial y de graduados sociales de España. P. 11.

¹⁹ Ley 148/2011 de 14 de septiembre *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo* (Gaceta Oficial, en adelante, G.U. 16.09.2011).

²⁰ Además, entre la doctrina italiana es bastante difundida la idea en virtud de la cual el convenio de empresa no tolera una aplicación parcial sino que se aplica a todos los trabajadores de la misma, siempre que no se opongan formalmente a ello. Vid. entre otros, G. F. MANCINI, “Libertà sindacale, e contratto collettivo “erga omnes””, en *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1963, P. 573ss. R. PESSI, “Il sistema di contrattazione alla luce delle recenti esperienze”, in *Riv. dir. lav.*, 1972, pag. 187 e ss. Por su parte, la jurisprudencia se ha mostrado su propensión de atribuir al convenio de empresa eficacia general a todos los empleados. Entre otras, sentencias del Tribunal de Casación de 19 de octubre de 1973, n.º 2644, en *Foro it. rep.*, 1973, voz *Lavoro (contratto collettivo)*, n. 13; de 16 de abril de 1980, n. 2489, en *Foro it.* 1980, I, c. 3028; de 15 de enero de 1981, n.º 349, en *Notiz. giur. Lav.*, 1981, P. 311; de 29 de marzo de 1982, n. 1965, en *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, P. 134. Entre las más recientes, SS. Cass. nn. 3607/1990, 1438/1993, 19351/2007, 18/4/2012 n. 6044, Pres. Vidiri Est. Bandini, en *Orient. Giur. Lav.* 2012, 2371. No obstante, buena parte de la doctrina jurisprudencial ha excluidola eficacia general del convenio de empresa, entre otras, SS. Cass. nn. 1403/1990 de 24 de febrero de 1990 (anotada por LUCIFREDI, en *Mass. giur. lav.*, 1990, 384 y por LAMBERTUCCI, en *Giust. civ.*, 1990, 2071); 1102/1993, 4802/1993, 4295/1994, 10353/2004.

²¹ Tendente a asegurar la capacidad de adecuación a las exigencias del contexto productivo a través de la previsión por parte de los convenios nacionales de sector de las materias susceptibles de regulación *in peius*. En ausencia de cláusulas de éste tipo en el convenio colectivo nacional de sector vigente o en ausencia misma de convenio de dicho nivel, con carácter general se preveía la actuación del convenio empresarial en relación a las instituciones relativas a la prestación laboral, el horario y la organización del trabajo. Art. 7 del Acuerdo Interconfederal de 28 de junio de 2011.

Situación no homogénea se da en España, donde los convenios colectivos en tanto negociados de acuerdo con el procedimiento establecido al efecto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, mantienen la eficacia *erga omnes*, deviniendo entonces aplicables con carácter general y eficacia normativa el convenio pactado *prior in tempore* únicamente con respecto a las materias sobre las que no rige la prioridad aplicativa del convenio de empresa, grupo o asimilado²².

Por el contrario, las situaciones son coincidentes en lo que respecta al efecto final de la norma sobre la práctica convencional de cada país, aunque la técnica jurídica empleada como vemos, no es asimilable. Así, el ordenamiento italiano reconoce una facultad denominada erróneamente «derogatoria» —pues en realidad no deroga al convenio nacional de sector²³, sino que lo inaplica—, a los convenios denominados «de proximidad» que comprende tanto a convenios de empresa como a los territoriales, adoptando un régimen de «derogación» (inaplicación) expresa sin precedentes²⁴, aunque materialmente limitado. La norma superior afectada mantiene su vigencia y eficacia-contractual-con respecto al resto de situaciones que permanecen bajo su ámbito aplicativo, sin que en ninguno de los casos, las cláusulas dejadas de aplicar devengan nulas²⁵. En suma, en uno y en otro sistema, se identifica por la vía de los hechos la primacía del convenio empresarial.

En España, la prioridad aplicativa se extiende por voluntad de la ley a los convenios de grupos de empresa o asimilados, sin que se prevean criterios de concurrencia entre ambos niveles de negociación, ni tampoco se ofrecen soluciones con respecto a los eventuales conflictos de concurrencia entre éstos y los convenios de ámbito inferior al de empresa, como son los de franja, entre los cuales no parece funcionar este sistema de prioridad aplicativa²⁶. Si bien la lógica de la reforma y la aplicación de una interpretación finalista a tenor de la cual es conveniente que el convenio se concierte entre quienes están más próximos a la realidad empresarial, podría conllevar a interpretar de forma extensiva la prioridad aplicativa a éstos últimos, sobre todo

²² La eficacia *erga omnes* del convenio sectorial de un modo concreto y no con carácter generalizado, es así cuestionada por J. Gorelli Hernández, *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, op.cit. P. 175. R. Escudero Rodríguez, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en AA.VV. *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid 2012. P. 20. E. LÓPEZ TERRADA, “Articulación y reforma de la negociación colectiva”. *Relaciones Laborales*, n. 9, 2011. P. 18.

²³ Término impropiaemente utilizado en el marco de la técnica jurídica empleada, pues en modo alguno el contrato viene a expulsar a la norma de otro convenio o de la propia ley del ordenamiento jurídico, sino que deviene inaplicable en el ámbito de relaciones laborales a nivel de la concreta empresa. Por ello, algún autor opta por la expresión «excepción» a las reglas previstas por aquellas. M. FUSO, D. GIARDINO, G. IPPOLITO, M. TUTTOBENE, “Accordi aziendali in deroga: il caso italiano”. Publicado en el *Boletín Adapt*, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/10884fuso_giardino_ip.pdf. 16 de febrero de 2011 P.2. Considera que el término «deroga» debe entenderse como relación de sustracción entre dos normas, es decir, la sustitución de una disciplina preexistente con una diversa. A. Perulli, “La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi”. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.4, P. 943.

²⁴ Aunque en ocasiones anteriores la ley ha otorgado al convenio empresarial el rol de colaborador y soporte a la misma, dirigido a la superación de situaciones económicas negativas en la empresa y la emersión del trabajo sumergido pero con carácter puntual y no en términos generales en lo que afecta a gran parte de la disciplina laboral. C. ROMEO “Il processo di “aziendalizzazione” della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale”, op.cit. PP. 9-10.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº 77/2014, de 22 de abril (AS 2014\1287).

²⁶ Así lo estima J. Gorelli Hernández, “La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva”, op.cit. P. 72. Por su parte, considera aplicable el principio general de no afectación del 84.1 ET entre convenios de empresa, grupo o nivel inferior a la empresa, J.R. Mercader Uguina, “El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultraactividad”, en I. García Perrote-Escarpín, J.R. Mercader Uguina (Dir.) *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de la ley 3/2012 y de los Reales Decretos-Leyes 4/2013 y 5/2013*. Lex Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013. P. 311.

cuando se trata de grandes empresas que se aquietan generalmente a la norma convencional sectorial y solo en determinados sectores funcionales o centros se precisan ajustes para asegurar su viabilidad²⁷. Aplicando esta misma lógica, no resulta anómalo intentar una aplicación favorable a la prioridad del convenio de empresa frente al de grupo de empresas o asimilado²⁸. Sin embargo, la extensión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa podría oponerse con una jurisprudencia que aplica un criterio restrictivo ante privilegios o excepciones²⁹.

En Italia, el art. 8 de la mencionada ley de reforma de 2011 no atribuye expresamente capacidad modificativa en los términos previstos de lo pactado a nivel sectorial nacional, ni a la negociación colectiva de grupos de empresa ni de niveles inferiores a ésta³⁰, de modo que, reiterando la misma lógica restrictiva dado el carácter excepcional del régimen instaurado, igualmente se habría de considerar no extensibles a los mismos la oportunidad de derogar *in peius* las normas de nivel superior, por mucho que podamos encajar este ámbito de negociación en el concepto de «proximidad organizativa». No obstante, del mismo modo cabría adoptar una lógica diversa de carácter finalista tendente a apoyar una interpretación inversa³¹. Por último, también permanece irresuelto en el sistema italiano el conflicto de eficacia aplicativa prioritaria cuando coexisten dos convenios de proximidad, uno de nivel territorial y otro de empresa³².

Existe un ulterior elemento distanciador entre ambos ordenamientos en cuanto al modo de instaurar la primacía del convenio empresarial en las situaciones y bajo las premisas legales estipuladas, siendo de especial relevancia el procedimiento de selección de los sujetos legitimados para llevar a cabo un convenio con eficacia general prioritariamente aplicable.

Mientras que en España se ofrece la posibilidad tanto a la representación sindical como a comités de empresa de composición no sindical sin más limitaciones que las impuestas en las leyes para su válida constitución, es decir, mediante cualquiera de los dos canales de representación legitimados para negociar al nivel empresarial, siguiendo el procedimiento legal ordinario para pactar en este ámbito negocial, en Italia se reserva a las organizaciones sindicales *comparativamente más representativas* o a sus representantes en las empresas según el pro-

²⁷ Conforme con la extensión de la prioridad aplicativa a todas las variantes de unidades negociales de ámbito inferior al sectorial, J. Cruz Villalón “La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva”. Informe publicado en la página web de la CCNCC. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Estudio_CCNCC_Estructura_NC_Cruz_Villalon_Dic2014.pdf.

²⁸ Sostiene la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al de grupo, S. DEL REY GUANTER, “La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa”. Ponencia presentada a las *XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 10 de diciembre de 2014. P. 8. J. Gorelli Hernández, *La negociación colectiva de empresa...*, op. cit. P.150.

²⁹ El carácter excepcional de la nueva regulación requiere que deba ser interpretada de forma estricta. J. Gorelli Hernández, *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, op. cit. P. 149A. OJEDA AVILES, “La priorità legale del contratto aziendale. Un contesto mancante nel continente europeo”. *Diritto delle Relazioni Industriali n. 2, 2014. Osservatorio internazionale e comparato*. P. 543.

³⁰ Por mucho que las líneas de reforma de la estructura de la negociación colectiva aprobadas por CGIL, CISL y UIL en 2008 pretendiese desplegar una multiplicidad de formas de la negociación de segundo nivel, incorporando al mismo, unidades de negociación novedosas como de empresas filiales, de distritos industriales, etc. En cualquier caso, son los propios agentes los que deben definir la negociación de segundo nivel, recitan los autores del documento. Publicación online: http://www.diprist.unimi.it/Reti_impresa/papers/14.pdf. P. 7.

³¹ Haciendo una interpretación extensiva del concepto de empresa, gozarían de las mismas facultades de inaplicación los convenios de grupos de empresa, siendo preciso aplicar por analogía las normas sobre mayorías exigidas para llevar a cabo estos acuerdos, que deberán ser aprobados por los representantes de cada una de las filiales. En ese sentido, V. BAVARO, S.LAFORGIA, “Contrattazione collettiva e prossimità delle imprese. La struttura del contratto collettivo di filiera, distretto, rete d’imprese”. http://www.diprist.unimi.it/Reti_impresa/papers/14.pdf.

³² En aplicación del principio de proximidad, Franco Carinci considera que el convenio territorial deberá ceder ante el convenio de empresa F. CARINCI, “Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore”, WP C.S.D.L.E. “*Massimo D’Antona*”.IT – 133/2011.P. 26.

cedimiento establecido en la normativa legal o en los AI vigentes, lo que introduce a su vez garantía e incertidumbre³³. Me explico, se garantiza que serán los sindicatos comparativamente más representativos-o los representantes sindicales en la empresa- los sujetos legitimados para introducir un régimen de condiciones peyorativas, mientras que no se define en la ley el concepto de representatividad escogido³⁴, y es que se trata de un término jurídico indeterminado asiduamente adoptado por el legislador para definir políticas de negociación colectiva aptas para regular eventualmente ciertas condiciones profesionales³⁵, de difícil encaje teórico dada la indefinición legal en ninguna de las ocasiones en las que se ha procedido a su uso, no exento por ello de críticas doctrinales. En cualquier caso, la razón que parece subyacer en la adopción de éste criterio se encuentra en la eficacia que adquirirá el convenio así negociado, aplicable con carácter general a todos los trabajadores de la empresa, una vinculación *erga omnes* del todo excepcional en modelo de negociación colectiva italiano que por ello mismo precisa de un mayor consenso y legitimidad representativa, cuya aprobación corresponde a la mayoría de los sujetos legitimados³⁷.

En fin, la entrada en vigor de sendas reformas viene a provocar la pérdida inmediata de efectividad de las cláusulas de Acuerdos Interconfederales que colisionen con el establecimiento de un régimen como el que se instaura, así como las de convenios sectoriales que blindaban su intangibilidad³⁸, o las que impedían la disposición del contenido regulado en el nivel superior³⁹, o en fin, aquellas cláusulas de los convenios nacionales de sector en Italia, que sustraigan a la contratación de segundo nivel la negociación de las materias legalmente tasadas sobre las que cabe disposición incluso *in peius* por parte de los convenios de proximidad.

2.3. Materias

La prioridad aplicativa así descrita, solo se activa con respecto a las materias ordenadas en las leyes, mientras que rigen para el resto las reglas de concurrencia previstas con carácter general por la ley, la negociación colectiva o la jurisprudencia.

³³ En opinión de Franco Carinci, los convenios de empresa celebrados por las organizaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional cederán ante el estipulado por la RSU (Rappresentanza Sindacali Unitaria) o la RSA (*Rappresentanza Sindacali Aziendale*), F. CARINCI, "Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore", op.cit. P.26.

³⁴ El Acuerdo Interconfederal de 10 de enero de 2014, Unico Sulla Rappresentanza Confindustria – CGIL, CISL e UIL- se encarga de regular las modalidades y funcionamiento de la representación sindical, representatividad que se adquiere en el plano nacional sobre la base de una media ponderada entre inscritos y votos recibidos en las elecciones a Representación Sindical Unitaria.

³⁵ Un elenco actualizado de las disposiciones que hacen referencia al «sindicato comparativamente más representativo» en M. Persiani, *Diritto sindacale*, Padova, Cedam, 2011. P. 91.

³⁶ Sobre el concepto de sindicato *comparativamente más representativo* vid. M. Magnani, "Commento all'art. 1 della legge n. 196 del 1997", en M. Napoli (Coord.), *Il "pacchetto" Treu*, en Nuove leggi civ. Commentario sistematico, 1998.PP. 1184-1185; F. CARINCI, "Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore", op.cit. PP.25 ss, quien considera que el criterio escogido selecciona una representatividad presunta que se encontraba ya desgastada y deslegitimada definiéndola metafóricamente como la «enfermedad», antes que una «terapia» del sistema.

³⁷ No obstante, el cumplimiento de las reglas de legitimación de la parte social así definidas, no son suficientes para otorgar eficacia *erga omnes* al convenio territorial en tanto que se ha obviado por completo estimar reglas de representación aplicables a la parte empresarial, pues de lo contrario se atentaría contra el propio art. 39 de la Constitución italiana, según la opinión de F. CARINCI, "Al capezzale del sistema contrattuale...", op.cit. P. 31.

³⁸ V Convenio colectivo General de la Construcción o V Convenio colectivo del sector de derivados del cemento. Precisamente en base a la impugnación recaída sobre éste último, se aborda la cuestión por la AN. Sentencia de 10 de septiembre de 2012.

³⁹ Una detallada muestra de Convenios sectoriales que tras la reforma han incluido cláusulas de éste tipo de modo explícito o implícito en España en J. CALVO GALLEGU, El impacto de las vetimas reformas laborales op.cit. P. 168ss.

En ambos ordenamientos han sido perfilados con contornos bastante amplios los núcleos materiales disponibles, culminando en el caso español con una cláusula de cierre a tenor de la cual queda facultada la negociación colectiva de nivel superior (Acuerdos Interconfederales o convenios nacionales o autonómicos de sector) para extender el ámbito material de la aplicación preferente del convenio empresarial, pero no su restricción⁴⁰. El silencio de la norma italiana debe ser entendido como voluntad de delimitar el mecanismo derogatorio acotado por las materias citadas, por tratarse de un sistema de potencial restricción de derechos laborales, más aun después del pronunciamiento del Tribunal Constitucional italiano que atribuye un carácter taxativo a dicho elenco. Al tratarse de una excepción a la regla, ha de aplicarse de modo resringido, afirma el alto Tribunal⁴¹.

El contenido material objeto de modificación incluso *in peius* difiere parcialmente en ambos contextos. En el ordenamiento español, la norma empresarial detraería valor a la norma sectorial como reguladora de condiciones de trabajo esenciales⁴², como son el horario y la distribución del tiempo de trabajo, incluidos los aspectos básicos la cuantía del salario base y complementos salariales⁴³, lo que paradójicamente no podrá verse afectado por la capacidad de modificación peyorativa del convenio de empresa italiano de forma directa⁴⁴, por más que entre los objetivos de la norma se encuentra la optimización de la competitividad salarial. Por ende, sigue manteniendo el convenio nacional de sector su función de garantizar la certeza del tratamiento económico y normativo común para todos los trabajadores que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, sin olvidar, no obstante, la ausencia de eficacia *erga omnes* de éstos últimos⁴⁵.

En Italia, las materias se recogen asimismo de forma amplia y afectan a condiciones y aspectos laborales basiales para el trabajador. El límite viene impuesto por la necesidad de demostrar la conexión entre la persecución de ciertos objetivos legítimos y la materia afectada. Aquellos se relacionan, a saber, con el aumento del nivel de ocupación, la calidad de los contratos, la adopción de formas de participación de los trabajadores, la erradicación del trabajo irregular, los incrementos de competitividad salarial, la gestión de crisis de empresa o a las nuevas inversiones. Con la sola lectura de éste primer apartado, la vaguedad de los términos em-

⁴⁰ Crítica tal postura legislativa R. Escudero Rodríguez, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, op.cit. P. 22.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 221 de 4 de octubre de 2012 (G.U. 10/10/2012 n. 40). La sentencia viene a resolver las dudas doctrinales sobre la viabilidad de una interpretación extensiva del elenco material fijado. F. CARINCI, F. Carinci, “Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore”, op.cit. P.39.

⁴² En este sentido, J. Gorelli Hernández, *La negociación colectiva de empresa...op.cit.* P. 140.

⁴³ Excluidas la estructura del salario y los complementos extrasalariales. S. DEL REY GUANTER, “La negociación colectiva a nivel de empresa...” op.cit. P.10. El resto de materias se refieren al abono o la compensación de las horas extraordinarias y a la retribución específica del trabajo a turnos, la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores y la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la Ley a los convenios de empresa, normas sobre conciliación de la vida personal, laboral y familiar y aquellas otras que prevean los interlocutores a través del procedimiento previsto en el art. 83.2 ET.

⁴⁴ Lo que no obsta para que en la práctica se produzcan efectos reflejos directos o indirectos sobre las obligaciones contributivas y retributivas del empresario, A. TAGLIENTE “Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità Problematiche contributive”, en Bolletín Adapt de 17 de noviembre de 2014, n. 40. Versión online: http://www.bollettinoadapt.it/wpcontent/uploads/2014/11/tagliente_17_11_14.pdf. P.7ss. En esa línea, el Tribunal de Casación ha declarado, para sostener la inaplicabilidad *erga omnes* de la cláusula de reducción del horario de trabajo en un convenio de empresa, que la misma no solo comporta un empeoramiento de las condiciones laborales y retributivas establecidas por el CCNL, sino que la reducción retributiva prevista en el contrato individual es contraria al art. 2077 CC. Sentencia de 14 de julio de 2014 n.16089.

⁴⁵ Testo unico sulla Rappresentanza de 2014.

pleados anima a pensar que se trata de una delegación prácticamente en blanco⁴⁶, o bien sean reconducibles al término de «macro finalidad»⁴⁷, cuya legitimación objetiva será, en último caso, avalada o menos por la praxis judicial, cuyo parámetro directo de control se delimita por la normativa comunitaria de aplicación, los convenios u otros instrumentos jurídicos internacionales de trabajo y por la propia Constitución italiana (en adelante CI). El apartado 2 del citado artículo 8 detalla a continuación el listado de materias negociables incluso *in peius* con eficacia general, como son la introducción de nuevas tecnologías, la clasificación profesional, funciones profesionales, contrato de duración determinada y horario de trabajo, así como las transformaciones y conversiones contractuales, incluyendo el tratamiento de la extinción de la relación laboral con excepción del despido discriminatorio o nulo por circunstancias conexas a la maternidad.

Finalmente cabe poner de manifiesto que en España, en todo caso, el convenio estatutario de empresa, grupo o asimilado tendrá eficacia normativa y general, aunque solo será prioritariamente aplicable con respecto a las materias relacionadas en la norma. Igualmente en Italia, al margen de la discusión sobre la eficacia *erga omnes* del convenio con respecto a las restantes materias objeto de regulación⁴⁸, la prioridad de aplicación con respecto al nacional de sector se ha de entender materialmente limitada.

3. IMPACTO DE LAS REFORMAS LABORALES SOBRE EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3.1. El papel de los interlocutores sociales ante los cambios normativos

Ambas experiencias reformadoras vienen precedidas por Acuerdos Interconfederales llevados a cabo por las principales organizaciones sindicales en sendos países, que abordan cambios en la estructura negocial, reconociendo espontáneamente un papel preponderante a la negociación de proximidad en el marco de un contexto económico deficitario. En ambos casos, los AI permanecen aún vigentes y se utilizan como referentes en las mesas de negociación⁴⁹, pese al vaciamiento parcial de sus contenidos. Se introducen pues las modificaciones legales a la estructura convencional asentada en un ambiente de imposición y oposición frente a los interlocutores sociales, que consideran al sistema impuesto restrictivo del sistema autónomo de relaciones laborales, incapaz ahora de garantizar mecanismos de producción consensuada de las pautas que lo auto regulan y desplazando las exigencias de consenso hacia el ordenamiento estatal⁵⁰.

En respuesta ante la desconfianza mostrada por sendos Gobiernos frente a las capacidades resolutorias de los interlocutores sociales ante el advenimiento de dichas circunstancias excepcionales⁵¹, los principales sindicatos de mayor representatividad de ambos Estados se alzaron ante el desarme parcial de sus facultades en lo que respecta al ámbito de su autonomía negocial.

⁴⁶ F. Carinci, "Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore", op.cit.P. 15.

⁴⁷ A. Alaimo, B. Caruso, *Diritto sindacale*, op. cit. P. 211.

⁴⁸ Una parte de la doctrina ha considerado que la eficacia *erga omnes* sería extensible a todo el convenio de empresa, y no solo a la parte dedicada a regular uno de los ámbitos materiales legalmente previstos. De lo contrario existiría un mismo convenio con distinta eficacia según el plano material de que se trate, A. GARILLI, "L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali", op.cit. P. 5. T.TREU, "L'accordo 28 giugno 2011 e oltre", en *Dir. rel. ind.*, n. 3 2011, P. 635.

⁴⁹ El Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014 (II AENC), publicado en el Boletín Oficial del Estado de 6 de febrero de 2012. Sobre el caso español, J. CRUZ VILLALÓN, "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", *Temas Laborales*, n. 120, 2013, p.20. En Italia, el Accordo Interconfederale de 28 de junio de 2011 mantiene su vigencia y parte de su contenido ha sido recogido en el último Acuerdo Interconfederal de 10 de junio de 2014.

⁵⁰ M.G. Garofalli, "Crisi del sistema di relazioni industriali e legittimazione della rappresentanza", en F. Santoro Pasarelli, (Coord.) *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*. Jovene, Napoli, 2010. P. 47.

⁵¹ No obstante, algún autor de la doctrina italiana ha considerado en sentido opuesto positiva la reforma efectuada

Como reacción inmediata, las organizaciones sindicales y empresariales italianas incorporaron al AI de 2011 una postilla que constriñe a sindicatos y empresas a utilizar los mecanismos previstos en el propio Acuerdo para proceder a la inaplicación peyorativa del convenio de nivel sectorial, en detrimento de la aplicación del sistema instaurado con la Ley, 148/2011. Mientras tanto, los agentes sociales españoles que procuraron realizar una labor de contención de la reforma en el II AENC⁵², mantuvieron cláusulas en convenios sectoriales abiertamente contrarias al régimen de prioridad aplicativa del convenio empresarial, posteriormente corregidas adecuándose a la realidad negocial vigente⁵³.

Precisamente sosteniendo la inconstitucionalidad de la prioridad aplicativa introducida en los términos antes descritos, frente a fundamentales derechos vinculados a los sindicatos como son el de negociación colectiva y de libertad sindical⁵⁴, las principales organizaciones sindicales en España, interpusieron una queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT. En su Informe, el Comité se pronuncia ante el planteamiento de contrariedad de la ley 3/2012, aprobada solo dos semanas después del AI de 2012, que disponía criterios estructurales propios de la negociación colectiva que implícitamente viene a derogar, sin que se hubiese dado entrada a la participación de los agentes sociales en la elaboración de su contenido.

Ante tales protestas, el Gobierno español defendió la necesidad de encuadrar su actuación en el escenario coyuntural de crisis y su efecto sobre el mercado laboral gravemente debilitado, ante una acelerada destrucción de empleo y correlativo aumento de los datos de paro. Desequilibrios que han mostrado una estructura negocial inservible frente a los cambios del modelo económico que exigen mayor flexibilidad y adecuación a las circunstancias concurrentes. Además, justifica de forma equívoca, a mi modo de ver, la ausencia de participación de la representación sindical debido a la urgencia precisada de cambios a efectuar «sin pérdida de tiempo»⁵⁵. No solo eso, además aduce el Gobierno la innecesaria consulta previa con los agentes ante la inminente reforma, dada su postura que recientemente había sido plasmada en el AI, revelando mediante dicho argumento sobrada intransigencia frente a la misma.

Sin embargo, todos los argumentos que manifiesta el gobierno español se consideran por el Comité objeciones contrarias a la aplicación de los principios que rigen en la OIT de fomento del diálogo social y participación de los agentes sociales en relación con legislaciones –incluidas las contenidas en Reales Decretos– que afecten a sus intereses y a los de sus afiliados⁵⁶.

en su país, entre otros motivos, porque muestra la importancia de la confianza a las partes sociales ofreciéndoles un instrumento extraordinario de regulación negociada y controlada, R. PESSI, “Ancora sull’articolo 8 della seconda manovra estiva. quali spazi per la contrattazione di prossimità?”, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1, 2012, P.st. A. TAGLIENTE “Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità Problematiche contributive”, op. cit. P. 15.

⁵² J. Cruz Villalón, “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, en F.J. Prados de Reyes, (Coord.), AA.VV. *Reformas estructurales y negociación colectiva*, CARL, 2012, p. 27.

⁵³ Vld. nota 31.

⁵⁴ Garantizados por el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), por el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), por el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135), por el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), y por el Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).

⁵⁵ Argumentos que, a mayor abundamiento, han servido para avalar la adecuación constitucional del uso del Decreto Ley para llevar a cabo estas modificaciones de gran calado, tal y como ha confirmado el TC en su auto 43/2014, de 12 de febrero de 2014 (RTC 2014\43 AUTO) a tenor del cual inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad n.º 3801-2013, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 3/2012.

⁵⁶ Conclusiones del Comité de Libertad Sindical OIT, n.º 445-446. Informe n. 371.er de 26 de marzo de 2014.

Estas reformas que, por su parte, han recibido la aprobación de algunos organismos internacionales⁵⁷, no se comparten sin reservas tampoco por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales.

En su informe publicado el mismo año 2012 sobre la reforma española, parece acoger las alegaciones del Gobierno español al considerar que tal primacía no restringe el derecho a la negociación colectiva puesto que no impide a los sujetos decidir los ámbitos y niveles de negociación. Y al no restringir ese derecho, se admite sin discusión que la opción de primar a los convenios de empresas cae dentro de su margen de apreciación en la configuración legal del modelo de negociación colectiva. Sin embargo, coincidiendo con la OIT, considera preciso activar el diálogo social cuando se trata de tomar decisiones sobre procedimientos referentes a la efectividad de la negociación colectiva, siendo contraria la actitud del mismo al art. 6.2 de la Carta Social Europea.

En el mismo sentido, el Comité Europeo de Derechos sociales ha considerado conforme con el derecho a la negociación colectiva reconocido en la Carta, al régimen legal previsto en Italia desde 2011, sin entrar en consideraciones de mayor calado, limitándose a solicitar información sobre la aplicación en convenios de proximidad «derogatorios» en la próxima comunicación al Comité⁵⁸. Mientras tanto, ninguna queja fue elevada ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT con respecto a la reforma italiana de 2011 por parte de los interlocutores sociales de aquel Estado.

3.2. La consolidación constitucional de la reforma sobre la nueva estructura negocial

Las respectivas reformas han suscitado, también a extramuros del entorno sindical, posibles dudas de constitucionalidad de afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales a la negociación colectiva y a la libertad sindical en su vertiente de automodelación estructural a merced de la voluntad de los interlocutores, restringiendo facultades esenciales de decisión autónoma.

Si bien el legislador español ha ido modulando la estructura de la negociación colectiva a través de las sucesivas reformas de mayor o menor calado sobre la misma, siempre fueron interpuestas para una aplicación supletoria, permisiva y abierta a la decisión de la autonomía colectiva de operar sobre la misma. Ahora bien, la última reforma introduce un elemento innovador que trasluce la quiebra de un modelo previo menos «instrusionista», al que ahora se amputa una de sus facultades atendiendo a razones de orden público como es la salvaguarda de la competitividad y productividad empresarial, ante lo cual se elimina la disponibilidad del criterio de prioridad de la negociación colectiva de empresa a las partes sociales antes permitida, mediante la previsión de cláusulas marco o procedimentales. No obstante, parte de la doctrina española coincide en la ausencia de inconstitucionalidad⁵⁹.

⁵⁷ Informe realizado sobre España por el Fondo Monetario Internacional fechado el 27 de julio de 2012, donde se elogia al Gobierno por la reforma laboral efectuada; El Estudio de la OCDE sobre la reforma laboral 2012 en España de diciembre de 2013 indica que la reforma laboral de 2012 parece haber aportado un mayor dinamismo al mercado de trabajo español y constituye un avance de cara a la reducción de la segmentación.

⁵⁸ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones 2014 (Italia). Publicado en enero de 2015.

⁵⁹ En la doctrina española, Juan Gorelli, aun considerando a la negociación colectiva como derecho fundamental, sostiene que la reforma no resulta inconstitucional, pues no se trata de una regulación específica de manera absoluta de la estructura de la negociación. J. Gorelli Hernández, «La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva», op. cit. P. 76. En la misma línea, bajo la concepción de la negociación colectiva como garantía institucional y no como derecho fundamental, J. R. Mercader Uguina, «El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultraactividad». P. 308. J. M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. PP. 46-47. Merino Segovia es contraria a la inconstitucionalidad argumentando a favor de ello el lícito favorecimiento del legislador al convenio de empresa sin que de ello se derive la imposición de negociar y pactar a éste nivel. A. MERINO SEGOVIA, «La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración vigencia de los convenios colectivos». *Revista de Derecho Social*, n.º, 27, 2012. P. 257.

El Gobierno español, como ahora también el TC en sucesivos pronunciamientos, afirman que la prioridad aplicativa del convenio de empresa supone simplemente el establecimiento de una regla legal de concurrencia entre convenios de distinto ámbito no contraria al derecho de negociación colectiva consagrado en el art. 37 CE, de la que se encuentra el primero facultado para configurar la estructura y reglas de concurrencia ante la inexistencia de un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva⁶⁰. Por conexión, tampoco queda afectado el derecho de libertad sindical, pues no se deduce que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores, ni tampoco se les impone una determinada unidad de negociación.

Todo ello se justifica razonablemente mediante los argumentos objetivos y finalistas puestos sobre la mesa dentro de una coyuntura económica que clama flexibilidad y adaptación a las circunstancias empresariales, utilizando como parámetros de legitimidad constitucional la defensa del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) y el fomento del empleo (art. 40.1 CE)⁶¹. Como pone de manifiesto Valdés dal Ré en sus votos particulares a las SSTC 119/2014 y 8/2015, ambos pronunciamientos elevan a rango de canon de constitucionalidad el escenario económico adverso, utilizando la crisis y otros elementos de configuración jurídica indeterminada (productividad, pleno empleo, eficacia, flexibilidad) como parámetros de constitucionalidad que ahondan en una mayor inseguridad jurídica. Y ello es posible, considera el magistrado, porque se parte de una errónea lectura del art. 37.1 CE, interpretado por la mayoría de la que discrepa como derecho expuesto a la configuración que el legislador quiera atribuirle salvando las prescripciones constitucionales que lo dotan de la fuerza vinculante, privando de ésta forma al derecho fundamental de todo contenido normativo y por ende asemejándolo a una garantía institucional. Por conexión y en consecuencia de la penetración del derecho a la negociación colectiva en el núcleo esencial de la libertad sindical, y en tanto que la norma priva a los sindicatos más representativos y a los representativos de sector de la facultad de negociar de manera plena la estructura contractual, también éste segundo derecho fundamental ha de entenderse lesionado, opina el magistrado discrepante⁶².

De hondo calado resultan paralelamente las dudas de constitucionalidad que se suscitan tras la aprobación de la reforma laboral italiana, dada la ausencia general de injerencia por parte de la ley en los aspectos sindicales y de negociación colectiva, que se rigen desde la propia instauración de la democracia por las reglas establecidas por la propia autonomía colectiva, salvo contadas excepciones⁶³. Así, los convenios colectivos en Italia poseen eficacia jurídica limitada, sometidos a la normativa de derecho común (arts. 1321ss del Código civil), mientras que se reconoce expresamente eficacia *general* al convenio de proximidad efectuado en el marco de aplicación de la ley 148/2011.

⁶⁰ Contrario a considerar el desarrollo legal del precepto constitucional como condición de ejercicio del derecho en cuestión derivada de la interpretación lexicológica de la norma, F. VALDÉS DAL RE, "La eficacia jurídica de los convenios colectivos". *Temas Laborales* n.º, 76, 2004. Págs. 21-65.

⁶¹ La STC 119/2014 (Pleno), de 16 de julio (RTC 2014\119), FJ 6 y STC 8/2015 de 22 de enero, FJ 6 (RTC 2015\8).

⁶² Coinciden con ésta visión M. Ruiz Castillo, y J. Escribano Gutiérrez, *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013, P.P. 86ss.

⁶³ Como se produjo con reforma introducida por la ley 741/1959 (G.U. n.225 del 18.9.1959), la conocida como «legge Vigorelli», a tenor de la cual se pretendió otorgar uniformidad de condiciones laborales mínimas, utilizando para ello la recepción en normas legales del contenido de convenios colectivos nacionales de sector. Dada su transitoriedad, el Tribunal Constitucional admitió su legitimidad, declarando inconstitucional la prórroga emanada con la ley 1027/1960 (G.U. n. 242 del 3.10.1960) en la Sent. n. 106/1962, VI, 243. Así mismo, se ha atribuido una forzada eficacia general a determinados convenios colectivos desencadenada por la extensión de su aplicación en mandamiento del principio de autosuficiencia económica, en aplicación de los arts. 36 CI y 2.099.2 CC (Sent. n. 156/1971, FI, 1971, I, I, 2113).

Se plantea entonces la quiebra del contenido de la autonomía negocial del sindicato consagrada por el art. 39.1 CI⁶⁴, sobre todo porque dicho precepto incorpora un complejo mecanismo técnico-jurídico que ha de ser activado a través de una ley para conferir eficacia jurídica general a los convenios objeto de negociación y aprobación por sindicatos organizados democráticamente y debidamente registrados ante oficinas públicas, presupuestos habilitantes no respetados por la reforma objeto de comentario. Más aún la sospecha de inconstitucionalidad se acrecienta dada la postura del propio Tribunal Constitucional que asentó el criterio según el cual una ley sería ilegítima cuando tuviese como fin la extensión de la eficacia subjetiva de los convenios colectivos de una forma diversa a la concretada en el mismo precepto constitucional⁶⁵.

Se perfila entonces un impacto desestructurante del sistema de negociación colectiva, que se configuraba, hasta entonces, mediante lo convenido a través de Acuerdos Interconfederales y el sistema civil de fuentes⁶⁶, invadiendo el equilibrio individual y colectivo y el principio de inderogabilidad de las normas⁶⁷, por más que se imponga tras la introducción de un apartado *bis* al reiterado art. 8 de la ley de 2011 el respeto de la Constitución, la normativa comunitaria y los Convenios internacionales, normativa que, por cierto, parece de entrada no haber respetado en legislador en su integridad.

La doctrina italiana no es uniforme al respecto, de modo tal que algún sector de la misma defiende la constitucionalidad de la norma en tanto que el art. 39 CI lo que prohíbe al Estado es anular las funciones de la autonomía negocial colectiva, pero no regular funciones y efectos de la misma⁶⁸. A mayor abundamiento, sostienen otros autores que el aludido art. 8 de la ley de 2011 no contrasta con el art. 39 CI porque éste solo refiere el iter procedimental para la adquisición de la eficacia *erga omnes* de convenios colectivos nacionales de sector, guardando silencio con respecto a otros niveles negociales, sin que se produzcan solapamientos entre ambos sistemas de extensión de la eficacia convencional⁶⁹. Por contraparte, otros autores han planteado la ilegitimidad constitucional de la reforma⁷⁰, incluso desde la perspectiva del instru-

⁶⁴ Sobre el contenido de la libertad sindical en Italia, vid. G. GIUGNI, voz "Libertà sindacale", en *Dig. disc. priv.*, Utet Torino, 1993. Se habla de la validez obstativa o impeditiva del art. 39 CI para alcanzar acuerdos de eficacia general por sindicatos y patronal. A., Alaïmo, B. Caruso, *Diritto sindacale*, op. cit. P. 174. Considera más que una desestructuración, una deformación del sistema, E. GHERA, "L'articolo 39 della costituzione e il contratto collettivo", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 202/2014. P. 9. Duda sobre la legitimidad del modelo impuesto V. LECCESE, "Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale", in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, P. 479 ss.

⁶⁵ Sent. Corte Cost. 19 de diciembre de 1962 n.103.

⁶⁶ Algún autor de la doctrina italiana ha considerado que la reforma provoca una devolución de las fuentes reguladoras de las relaciones laborales, C. PISANI, "Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali", en *Diritto delle relazioni industriali*, 1, 2012, p.67 ; o incluso se ha tildado de «transtorno radical» de la relación entre fuentes F. Scarpelli, "Il contratto collettivo nell'art. d.l. n. 138 del 2011: problemi e prospettive", en L. Nogler L. Corazza (coords.) *Risistemare il diritto del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2012, p.729.

⁶⁷ A. GARILLI, "L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali". op. cit. P. 12.

⁶⁸ Galantino, L. "Il nuovo rapporto fra i livelli di contrattazione e l'efficacia erga omnes della contrattazione aziendale", en F. Carinci, (Coord.) *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n 138/2011*. Ipsoa, Milano, 2012. P. 235 A. PERULLI, V. SPEZIALE, op.cit. P. 8.

⁶⁹ A. MARESCA, "Prime interpretazioni del decreto" en *Il Diario del lavoro*, 2011: <http://www.il-diario-del-lavoro.it>. Sin embargo, el precepto constitucional sí incluye entre los convenios de sector a aquellos territoriales, de modo que algún autor defiende que en su caso la legitimidad de la norma legal solo vincularía al convenio de empresa según una interpretación literal del precepto, aunque esta diferenciación podría resultar incompatible con la voluntad del legislador. E. GHERA, "L'articolo 39 della costituzione e il contratto collettivo" op.cit. P. 7.

⁷⁰ Vid. S. MATTONE, "Limiti di operatività e profili di illegittimità costituzionale della contrattazione aziendale in deroga ex art.8 l. n. 148/2011", en *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n. 5, 2012. P. 450ss. V. LECCESE, "Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale", en *Dir. lav. rel. ind.*, 2012. P. 479 ss

mento de técnica jurídica empleado –decreto legislativo posteriormente convertido en ley– en el marco de una normativa de urgencia y excepcionalidad en ausencia de los requisitos y presupuestos constitucionales para la adopción de una norma de tal alcance⁷¹.

EL Tribunal constitucional italiano también ha sido llamado a interpretar el conflicto de constitucionalidad planteado. A través de su sentencia se pronunció, aunque parcialmente, sobre la legitimidad de la norma resolviendo un recurso de constitucionalidad planteado por la Región Toscana por vulneración del artículo 39 CI y principalmente del art. 117.3 CI que atribuye competencia concurrente entre el Estado y las Regiones en materia de tutela del trabajo, la que podría verse afectada por las eventuales disposiciones incluso peyorativas efectuadas por el convenio colectivo de proximidad sobre lo establecido en la norma regional⁷².

Aunque precisa el Alto tribunal italiano que las materias objeto de regulación son reconducibles al régimen de derecho común o civil, en todo caso pertenecientes a la competencia exclusiva estatal, lo más interesante a los efectos de valorar su impacto sobre la materia sobre la que versa este estudio radica en un planteamiento ulterior. Así, el Tribunal constitucional determinará que, en todo caso, los convenios que regulen condiciones laborales *in peius* deben mantener una relación de causalidad entre el objeto que se persigue, de entre los descritos en el apartado 1 del artículo 8, y las materias a las que exclusivamente se refiere su segundo apartado. Lamentablemente, no afronta los principales escollos de constitucionalidad en referencia al art. 39 CI, al entender que se trata de un problema de constitucionalidad que no se resuelve en una cuestión que versa sobre la posible violación de las competencias regionales constitucionalmente garantizadas⁷³.

4. EFECTOS EN LA PRÁCTICA CONVENCIONAL EMPRESARIAL

Observando cuáles son los rasgos generales que presenta la actual coyuntura empresarial y representativa en el sistema español de negociación colectiva, aparentemente la descentralización negocial no está cosechando el éxito pretendido, mientras que la negociación sectorial sigue ostentando un papel central⁷⁴. El análisis de la práctica convencional no denota, al menos hasta la fecha, el asentamiento de un denominado «minifundismo negocial»⁷⁵. Si bien, no debemos olvidar que en nuestro país –y previsiblemente en Italia también, a falta de datos oficiales– es notablemente superior el número de convenios de empresa que de cualquier otro nivel o sector, dato que contrasta con la baja tasa de cobertura de los mismos.

Efectivamente, se constata en España después de la reforma un aumento notable de la firma de acuerdos de empresa, aumento cuantitativo de nuevos pactos de nivel descentralizado contrarrestado por el mayor número aún de descuelgues o inaplicaciones de convenios de ámbito superior (ex. art. 82.3 ET)⁷⁶. La circunstancia en virtud de la cual la dirección de la empresa le-

⁷¹ P. ALLEVA, “La “manovra”: sul lavoro è sovversiva e incostituzionale”, *in Liberazione*, 14.08.2011.

⁷² Además se verían afectados el art. 3 CI que prescribe la igualdad formal y material y el art. 118 de la misma donde se establece el principio de coordinación entre el Estado, las Regiones y los municipios y el principio de colaboración leal, al prescindir la norma de cualquier instrumento de concertación con las Regiones que permanecerán extrañas a los acuerdos disciplinados en base a la norma legal.

⁷³ Tribunal Constitucional, sentencia n.º 221 de 4 de octubre de 2012.

⁷⁴ Impacto también auspiciado por el propio TC, atendiendo al tejido productivo empresarial español. STC 119/2014 (pleno) de 16 de julio de 2014 (RTC 2014\119), FJ 6.

⁷⁵ E. LOPEZ TERRADA, “Articulación y reforma de la negociación colectiva”. op.cit. P. 18. Considera más acertado el término «cantonalismo», puesto en conexión con la finalidad de la reforma, J. Gorelli Hernández, “La negociación colectiva de empresa...”. op. cit. P. 173.

⁷⁶ Aunque deben ser examinados con cautela, es significativo que hayan sido firmados 1.113 convenios de empresa en 2014 que afectaron a 223.922 trabajadores (en torno al 30% menos que los registrados en 2013, a su vez en descenso con respecto al año anterior) frente a 2.073 inaplicaciones, poco menos que las efectuadas en 2013 que afectan a un número menor de trabajadores (66.203, frente a los 118.000 afectados en 2013), de los

galmente se encuentra facultada para acudir a la fórmula final de imposición del arbitraje obligatorio público, puede estar funcionando como mecanismo efectivo de presión por la vía de los hechos, para desencadenar el acuerdo de inaplicación celebrado entre las partes⁷⁷, evitando un procedimiento más complicado y menos ágil como es la negociación de un convenio colectivo de empresa.

En Italia por contra, fue vaticinado un uso masivo del permiso legal para adecuar las reglas en materia laboral a las unidades productivas empresariales o restringidas a un determinado territorio en búsqueda de la viabilidad empresarial frente a la situación coyuntural económica negativa⁷⁸. Tanto así, se ha afirmado que se comienza ya a producir una verdadera y propia «fuga» del convenio colectivo nacional de sector⁷⁹.

En cualquier caso, la norma no prevé ningún sistema de control de los efectos prácticos de la misma, lo que unido a la ausencia de inscripción pública de los convenios colectivos en dicho país, pone en serias dificultades cualquier tentativo de conocer con alguna exactitud el alcance del impacto real. Incluso debido a ésta misma inexistencia de un sistema de registro o publicación, no han faltado aquellos autores que consideran que se trata de una práctica que se ha revelado en realidad poco difundida⁸⁰. Este aspecto pudo venir corregido tras la aprobación de un decreto ley en 2013 que exigía el registro de los acuerdos de proximidad a efectos de validez, lo que sin embargo fue posteriormente objeto de eliminación durante el procedimiento de conversión en ley⁸¹.

Solo algunos estudios doctrinales de forma aislada y selectiva han analizado la negociación de proximidad desde la perspectiva del impacto de la reforma introducida por el reiterado art. 8. Pese a lo constreñido de su contenido, han servido para demostrar que se comienza incluso a realizar un uso impropio o abusivo del sistema introducido, e incluso patológico⁸², lo que exige un papel activo del juez en el control de razonabilidad del mismo⁸³.

Mayoritariamente, los acuerdos de proximidad aprobados en virtud del nuevo panorama de negociación colectiva, se sustancian en la persecución del incremento de la ocupación y tutela frente a la crisis, así como a la realización de nuevas inversiones utilizando fórmulas de estilo amplias que dificultan el control de proporcionalidad sobre la correlación entre medios y fines⁸⁴. Se han detectado modificaciones *in peius* sobre el contrato a tiempo determinado, de aprendi-

cuales, el 62,4% indica que sólo se han “descolgado” de la cuantía salarial, sin olvidar que en 2012 se registraron 748 inaplicaciones. Datos provisionales extraídos del MEYSS.

⁷⁷ J. CRUZ VILLALÓN, “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, op.cit. P.26.

⁷⁸ C. ROMEO, “Il processo di “aziendalizzazione”...”, op.cit. P. 10.

⁷⁹ A. C. SCACCO, “La nuova contrattazione aziendale dopo l'accordo inteconfederale del 28 giugno”. Publicado en *Diritto & diritti, y en diritti per il lavoro*.<http://www.dplmodena.it/ALTRI/LA%20NUOVA%20CONTRATTAZIONE%20AZIENDALE%20-%20Scacco.pdf>. P.2.

⁸⁰ L. IMBERTI, “A proposito dell'art. 8 della legge n. 148: le deroghe si fanno, ma non si dicono”, en *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 255.

⁸¹ Art. 9.4 Decreto ley de 28 de junio de 2013 nº 76 (GU Serie Generale n.150 del 28-6-2013), eliminado a través de la ley de 9 de agosto 2013 n. 99 (GU n.196 del 22-8-2013).

⁸² Como es el caso del acuerdo firmado por Telecom en materia de contrato de duración determinada que supera el plazo máximo establecido en la norma, poniéndose potencialmente en contraste con el artículo 5 de la Directiva 99/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

⁸³ Se trata de incumplimientos de los presupuestos subjetivos (legitimidad) y objetivos (ámbito material). A. PERULLI, “La contrattazione collettiva «di prossimità», op.cit. P. 938ss. Sobre el poder de control del juez haciendo un análisis comparado, O. RAZZOLINI, “Limiti al potere derogatorio degli accordi collettivi nel c.d. «lavoro non standard» e controllo giudiziario nell'esperienza comparata”, paper presentado al Congreso «Consensus, dissenso, rappresentanza nel sistema di governo deller elazioni industriali». Università Ca' Foscari Venezia, 25-26octubre de 2013.

⁸⁴ A. PERULLI, “La contrattazione collettiva «di prossimità» op. cit. P. 941.

zaje, la clasificación profesional o el horario de trabajo. En definitiva, se pone de manifiesto la vistosa carencia de respeto por la justificación del vínculo finalista, ausente en la mayor parte de ellos, de modo que todavía los éxitos sobre la real efectividad de la norma son decididamente insuficientes también en Italia⁸⁵.

5. CONCLUSIONES

Se presentan ambas excepciones a las reglas ordinarias de concurrencia conflictiva entre convenios colectivos con un objeto o filosofía común, el de flexibilizar la negociación colectiva, adoptando una actitud intromisiva en el ejercicio de configuración de la estructura negocial, donde subyace una dominante preferencia por facilitar la viabilidad económica de las empresas adaptando el engranaje normativo laboral a sus circunstancias coyunturales. La reforma introducida impone no ya una «facultad derogatoria» del convenio de empresa sobre ciertas materias reguladas por el convenio de sector, sino la primacía absoluta del convenio de empresa, grupo o asimilado-o de proximidad-cuando se utiliza para interferir en tan esenciales condiciones laborales, por más que el Gobierno español desmintiese la atribución de una cualidad de superioridad absoluta del acuerdo empresarial⁸⁶.

Definitivamente queda puesto de manifiesto cómo tratando de dar prioridad a la negociación al nivel más cercano a la realidad empresarial, cabe el empleo una técnica jurídica diversa, en el marco de sistemas de negociación colectiva palmariamente lejanos en su configuración como son el español y el italiano. Formalmente se inspiran en una idea general de contención de los efectos nocivos de la crisis sobre el tejido productivo, pero materialmente se centran en reducir las condiciones laborales a través de la normalización de una flexibilidad inusitada en el seno de la empresa.

En España sobre todo se ha evidenciado en una constante presión a la baja de los salarios, mientras que en Italia comienzan a identificarse situaciones de patológica y abusiva aplicación.

Se coincide pues en ambos casos en la centralidad de materias objeto de regulación prioritaria y previsiblemente degradadoras por el convenio empresarial (o sus asimilados). En ambos supuestos, las reformas así introducidas pueden conducir inexorablemente al *dumping socia*⁸⁷. Además, prácticamente latentes han quedado los principios de norma mínima y más favorable-aunque resulta éste último menos aplicable ahora, también lo era antes en la práctica- como parámetros aplicables ante la concurrencia entre normas convencionales de distinto nivel tanto en España como en Italia, dejando incluso de actuar en la lógica interna de las negociaciones y por tanto dejando de funcionar ya como filtros de legitimidad⁸⁸. Esto es lo mismo que admitir que los negociadores habían asumido la idea de utilizar el nivel empresarial con carácter miliorativo con respecto a los niveles superiores, donde se petrificaban las disposiciones mínimas aplicables, circunstancia que bien dista de lo que parece asentarse como realidad convencional descentralizadora en ambos países.

Por otra parte, son hasta el momento unas reformas legítimamente constitucionales a falta de una mayor contundencia del Tribunal Constitucional italiano, que parece haber dejado pasar la previsible única oportunidad para pronunciarse sobre la constitucionalidad de tal injerencia legislativa en un sistema autónomo y alegal de negociación colectiva como el italiano.

⁸⁵ C. ROMEO, "Il processo di "aziendalizzazione"...", op.cit. P. 28.

⁸⁶ Según el Gobierno, en respuesta ante las quejas planteadas por las diversas organizaciones sindicales contra la reforma laboral, se trata de una prioridad de aplicación temporal y no una primacía, pues no se determina la superioridad con respecto al de sector. 371. er Informe del Comité de Libertad Sindical 26 de marzo de 2014.

⁸⁷ En consonancia, A. PERULLI, "La contrattazione collettiva «di prossimità» op.cit. P. 923.

⁸⁸ Funcionando así en tiempos anteriores. M. R. ALARCÓN CARACUEL, "El nuevo escenario de la negociación colectiva", op.cit. P. 9.

Los datos demuestran, no obstante, un escaso impacto cuantitativo, ensombrecidos en el caso español por una considerable intensificación de las inaplicaciones de convenios aunque afecten a un número de trabajadores no muy cuantioso, operación que además de ser más inmediata, supone en ocasiones la única vía de escape de empresas de pequeñas dimensiones- que superan el 95% en nuestro contexto productivo- dada además la sencilla demostración del uso del descuelgue como medio de superación de una circunstancia empresarial patológica. En Italia, en ausencia de información estadística oficial, los escasos estudios doctrinales no muestran un uso desorbitado de la capacidad de disposición *in peius* del convenio sectorial o de la ley, aunque su utilización va en aumento.

En definitiva, podemos concluir que por el momento se trata de una «desestabilización de la estructura de la negociación colectiva» más aparente que real⁸⁹.

⁸⁹ Como algún sector doctrinal había vaticinado. Así, R. Escudero Rodríguez, “El Real Decreto-Ley 3/2012...”, op.cit. P.20.