

La *descuelgue salarial*: il ruolo della contrattazione collettiva nella determinazione delle condizioni di lavoro

Traduzione a cura di Valerio A. Belsito

SOMMARIO: 1. Diritto del Lavoro e Costituzione. 2. Tre premesse: la struttura della contrattazione collettiva in Spagna; l'efficacia erga omnes dei contratti collettivi e il ruolo del contratto nella determinazione delle condizioni di lavoro. 3. La *descuelgue salarial* come meccanismo per salvaguardare la competitività delle imprese. 3.1. Condizioni necessarie per la *descuelgue*. 3.2. Procedure per la *descuelgue*. 4. Altre possibilità di *descuelgue*. 5. Conclusioni.

1. Diritto del Lavoro e Costituzione

Il diritto si propone di ordinare le relazioni che avvengono nella società al fine di mitigare gli elementi potenziali del conflitto che può sorgere. Da questa prospettiva, il diritto del lavoro ha la funzione di civilizzare i rapporti sociali, sostituendo le relazioni di forza con le relazioni di diritto¹, imponendo i valori dominanti nella società, non con la coercizione, ma con il consenso che è, l'ottenimento di un ragionevole grado di accettazione², in modo che si arrivi ad un compromesso volto a ottenere la pace sociale.

E' proprio la natura transazionale che ispira il diritto del lavoro³, un diritto a metà strada tra conquista⁴ e concessione⁵, che

giustifica come il predominio contrattuale iniziale dell'imprenditore sia stato sostituito da meccanismi di definizione delle condizioni di lavoro che rifuggono dal suo diretto controllo (sia dalla contrattazione collettiva che dall'ordinamento giuridico statale) raggiungendo un certo equilibrio delle disuguaglianze materiali proprie del rapporto di lavoro, potendosi descrivere come *paradosso storico*, il fatto che la concentrazione e il rafforzamento del potere economico abbia comportato l'indebolimento dei poteri di regolamentazione del rapporto di lavoro⁶.

Ovviamente, la mera esistenza di un diritto destinato a civilizzare il conflitto sociale non scompare, in modo che mentre permane il conflitto che sta alla base del diritto del lavoro, questo rimane come modello normativo rigido finalizzato alla sua soluzione⁷. Ciò che è suscettibile di variazione sono le forme, le tecniche ed i criteri seguiti dal diritto del lavoro per raggiungere tale scopo⁸. E poiché il diritto del lavoro non è vincolato al contesto politico, sociale, economico e culturale, tutti questi fattori ne determinano l'evoluzione.

Nella sua evoluzione il diritto del lavoro ha incontrato limiti sociologici e giuridici che sono quelli che ne hanno determinato

¹ SUPIOT A., *¿Por qué un derecho del trabajo?*, in *Documentación Laboral*, n. 39, 1993, p. 17.

² ATIENZA M., *Introducción al Derecho*, Baranova, Barcelona, 1985, p. 37.

³ In particolare, GALIANA MORENO J.M., *Reflexiones sobre el carácter transaccional del Derecho del Trabajo*, *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 537 e ss..

⁴ Ovvero, *La acción de los trabajadores y de sus organizaciones contra el orden capitalista*,

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 18.

⁵ Questo è il risultato della "battaglia del business e del potere politico contro l'azione dei lavoratori" PALOMEQUE LÓPEZ, *cit.*, p. 18.

⁶ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, p. 306.

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, *cit.*, p. 19.

⁸ DE LA VILLA GIL. *La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea*, *Revista del Trabajo*, 76, 1984, p. 19.

la trasformazione. Come limite sociologico si potrebbe far riferimento al consenso sul quale si assesta la soggezione del conflitto sociale alla legge. Come limite giuridico va segnalato il risultato del riconoscimento costituzionale di alcuni diritti sociali, frutto, a loro volta, della necessità di ottenere il necessario grado di accettazione delle regole che permettono il consenso.

Nell'attuale contesto politico ed economico si stanno mettendo alla prova entrambi i limiti, attraverso l'introduzione di riforme del lavoro antisociali che stanno cominciando a rompere questo consenso, che tendono anche ad ignorare il riconoscimento costituzionale dei diritti di lavoro.

In queste pagine mi concentrerò su quest'ultimo tema, analizzando un istituto del diritto del lavoro spagnolo, recentemente rinnovato (il c.d. salario variabile, insieme ad altre possibilità) che denota la debolezza di un diritto costituzionalmente garantito, come quello alla contrattazione collettiva quale strumento per la determinazione delle condizioni di lavoro.

2. Tre premesse: la struttura della contrattazione collettiva in Spagna; l'efficacia erga omnes dei contratti collettivi e il ruolo del contratto nella determinazione delle condizioni di lavoro

Per rendere più comprensibile l'esposizione, appare necessario soffermarsi, anche brevemente, su tre aspetti della contrattazione collettiva in Spagna: a) la struttura della contrattazione collettiva; b) l'efficacia dei contratti collettivi e il loro valore normativo; c) l'evoluzione delle relazioni diritto-accordo-contratto nella determinazione delle condizioni di lavoro.

a) La struttura della contrattazione collettiva in Spagna

Le principali aree di contrattazione collettiva in Spagna sono: nazionale, di comunità autonoma, interprovinciale, provinciale, di gruppo di imprese, di impresa, o di centro di lavoro. Come

indicato nella relazione elaborata dal "Consiglio Economico e Sociale di Spagna"⁹, la struttura della contrattazione collettiva, che è rimasta relativamente invariata dalla fine degli anni novanta, mostra una netta prevalenza del numero di accordi aziendali (circa il 75%)¹⁰. Tuttavia, riguardo ai contratti collettivi, sono i contratti collettivi provinciali che raggiungono un maggior numero di lavoratori, interessando più della metà dei lavoratori inclusi nell'ambito di applicazione dell'accordo, seguiti da quelli nazionali, che ne coprono circa un quarto¹¹.

Questa preponderanza degli accordi provinciali è dovuta al numero di imprese interessate dalla contrattazione collettiva, nella misura in cui, secondo gli accordi registrati fino al 31 agosto 2008, gli accordi di livello provinciale erano nella misura del 18,5% del totale, riferibili al 68,8% delle imprese e al 53,5% dei lavoratori¹².

La predominanza dei contratti collettivi provinciali (dovuta in gran parte alla struttura aziendale spagnola, caratterizzata da piccole imprese) è data dalla stragrande maggioranza delle aziende spagnole che applicano condizioni di lavoro negoziate a un livello superiore, per pertanto, non può

⁹ Consejo Económico y Social de España, Relazione sulla situazione socio-economica e occupazionale in Spagna, 2009 in <http://www.ces.es/memorias.jsp>, p. 403 e ss..

¹⁰ Secondo questo documento, le convenzioni nazionali e regionali (la maggioranza uniprovinciali) hanno un peso ridotto, essendo inferiori in ciascuno dei casi al 2% del totale.

¹¹ In questo documento si afferma che gli accordi aziendali interessano un numero inferiore di lavoratori (da 10 a 100), pur essendo in maggior numero percentuale, a causa della struttura aziendale spagnola, caratterizzata da piccole imprese. D'altra parte, si sottolinea che gli accordi autonomi sono quelli che colpiscono un numero minore di lavoratori.

¹² *La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (p. 29). Nella tabella III.7 di questa pagina si precisa inoltre che gli accordi aziendali, nella misura del 76,2%, riguardano lo 0,3% delle aziende e l'11% dei lavoratori; mentre quelli nazionali, nella misura del 1,6%, riguardano il 24,3% delle aziende ed il 25,9% dei lavoratori in http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NegociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf.

soddisfare le specifiche esigenze dell'impresa in cui tali condizioni devono essere applicate. Esiste pertanto una qualche mancanza di armonia tra la fissazione delle condizioni di lavoro e la loro applicazione.

b) L'efficacia dei contratti collettivi in Spagna

Il disposto di cui all'articolo 37 della Costituzione Spagnola (S.C.), il quale prevede che *“la legge garantisce il diritto alla contrattazione collettiva tra i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro così come la forza vincolante delle convenzioni”* e, di conseguenza, come previsto dall'articolo 83, co. 2, dello Statuto dei lavoratori (E.T.)¹³, si è affermato che gli accordi collettivi spagnoli, almeno gli accordi cosiddetti statutari¹⁴, hanno una efficacia erga omnes e un valore normativo, tale che un contratto collettivo in vigore non possa essere modificato dalle disposizioni di un contratto collettivo di ambito diverso, salvo patto contrario (articolo 84 E.T.).

Questa regola relativa all'efficacia degli accordi è, tuttavia, esclusa dal 1994 dalla regolamentazione del diritto del lavoro stesso, che, in due diverse articoli 41 e 82, co. 3, E.T.¹⁵ - ha previsto la possibilità che determinate condizioni di lavoro fissate dal contratto collettivo applicato all'impresa cessano di applicarsi alla stessa in virtù di eventuali accordi raggiunti tra il datore di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori della stessa¹⁶, cioè, con soggetti

¹³ *“I contratti collettivi di cui alla presente legge obbligano tutti i datori di lavoro e i lavoratori inclusi nell'ambito di applicazione e per il tempo della sua vigenza”.*

¹⁴ Cioè negoziati secondo le norme previste dallo Statuto dei Lavoratori.

¹⁵ L'art. 41, che fa riferimento all'inapplicabilità delle previsioni convenzionali in materia di orario e di distribuzione del tempo di lavoro; turni di lavoro; remunerazione; prestazione di lavoro dopo la riforma introdotta con la legge 35/2010. L'art. 82, co. 3, per quanto riguarda il sistema salariale previsto in applicazione dell'accordo.

¹⁶ Cosa diversa sono i meccanismi di articolazione della contrattazione collettiva prevista dagli artt. 83, co. 2, E.T. e 84 E.T., paragrafi 2, 3 e 4 recentemente modificati (RDL del 10 giugno 2011, n. 7).

legittimati a negoziare accordi collettivi a livello di impresa¹⁷.

Vale la pena notare a questo proposito che, secondo la dottrina seguita dalla Corte costituzionale, in nessun caso, i lavoratori sono legittimati a negoziare le clausole di applicazione del contratto collettivo. Infatti, la Corte costituzionale¹⁸ ha considerato lesivo del diritto alla contrattazione collettiva, e quindi contrario al diritto di libertà sindacale, l'accordo raggiunto dalla collettività dei lavoratori (noto come “accordo individuale di massa”) per non applicare le disposizioni di un contratto collettivo avente efficacia generale.

Come recita la STC 105/1992, dal 1 luglio, *“il prevalere dell'autonomia della volontà individuale dei lavoratori sull'autonomia collettiva consacrata in un accordo legale raggiunto tra sindacati e rappresentanza imprenditoriale, avrebbe rotto il sistema di contrattazione collettiva configurato dal legislatore, determinata dalla forza vincolante delle disposizioni costituzionali di cui all'art. 37,co. 1 CE”.*

Si tratta, quindi, *“del coinvolgimento del diritto alla contrattazione collettiva, e per esso del diritto di libertà sindacale per le azioni aziendali volte ad ottenere l'autonomia individuale attraverso la creazione di condizioni di lavoro uguali per tutti i lavoratori dell'azienda che modifichino le condizioni del contratto collettivo applicabile”*, in modo che costituendo il diritto alla contrattazione collettiva l'essenza della libertà sindacale, *“negare o impedire l'esercizio di tale potere contrattuale da parte dei sindacati o comprometterne l'efficacia viola l'art. 37, co. 1 CE ed il diritto alla libertà sindacale sancita dall'art. 28 co.1, CE”*¹⁹.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 87 del E.T. *“in rappresentanza dei lavoratori sono legittimati a negoziare accordi aziendali e di livello inferiore, il consiglio di fabbrica, i delegati del personale, se del caso, o le sezioni sindacali che, unitamente, rappresentino la maggioranza dei membri del comitato”.*

¹⁸ Per tutti, STC 238/2005, del 26 settembre 2005.

¹⁹ STC 238/2005, del 26 settembre 2005, con la quale si affronta il problema della “regolamentazione” del regime dell'orario fissato da convenzione (il settore

Così, il rispetto del diritto alla contrattazione collettiva viene garantito con l'istituto del "descuelgue" perché i soggetti che lo accettano sono quelli che hanno la capacità di negoziare un accordo collettivo di impresa, senza che questa volontà collettiva possa essere sostituita dalla volontà della pluralità dei lavoratori colpiti dalla misura. Da questo punto di vista, piuttosto che un'eccezione all'efficacia erga omnes del contratto collettivo, la possibilità di negoziare clausole di deroga al divieto è un'eccezione di concorrenza dei contratti collettivi di diverso ambito, dando priorità alla negoziazione di livello aziendale piuttosto che ad altri livelli di negoziazione.

c) Il ruolo del contratto collettivo nella determinazione delle condizioni di lavoro in Spagna

Nello stabilire le condizioni di lavoro intervengono tre "fonti" (legge, accordo e contratto) il cui rapporto tra di loro, evolvendosi con il diritto del lavoro, ha determinato la necessità di proteggere l'efficienza produttiva delle aziende come come criterio ispiratore della normativa, migliorando la permeabilità della normativa ai dettami dell'economia ed al suo impatto sull'occupazione.

Come è noto, con questa evoluzione fonti eteronome hanno perso peso rispetto alla autonoma e, al loro interno, è stato messo in dubbio il ruolo del contratto collettivo sul contratto di lavoro.

Questo è ciò che in Spagna è stato definito come "*ed discreto retorno del arrendamiento de servicios*"²⁰.

delle casse di risparmio) tramite accordo individuale con i lavoratori, con il quale essi accettano, il lavoro part-time invece che il continuato e, nell'ambito dell'accordo, l'azienda offre indennizzi: risarcimento 270,83 euro al mese, tre giorni di permesso retribuito aggiuntivi alle ferie annuali e tickets ristorante di 7,81 euro al giorno in regime di part-time.

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A., "El discreto retorno del arrendamiento de servicios". AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Alonso Olea*. Ministerio del Trabajo e della Sicurezza Sociale. Madrid, 1990.

Inoltre, questa evoluzione ha interessato il tradizionale rapporto di suppletività che il contratto collettivo ha mantenuto rispetto alla legge (per il quale l'accordo potrebbe migliorare i diritti minimi fissati da parte dello Stato) rafforzando il rapporto di complementarietà (secondo cui la legge si riferisce all'accordo nella regolazione della materia) e di integrazione (cioè, quando le leggi sono applicabili solo in assenza di previsione convenzionale)²¹.

Infine, va notato che nella sua perdita graduale di peso della legge sul contratto, la legislazione spagnola ha favorito, in molte occasioni, gli accordi di ambito settoriale agli accordi collettivi statali, mostrando una certa diffidenza verso gli accordi negoziati a livello aziendale, nella

²¹ Paradigmatica in questo senso è stata la riforma del diritto del lavoro operata ai sensi della legge n. 11 del 19 maggio 1994. Infatti, questa legge, che nel suo preambolo fa riferimento alla necessità di rafforzare la competitività delle imprese e la loro adattabilità alla situazione economica e produttiva derivante dal fenomeno della globalizzazione dell'economia, ha introdotto modifiche sostanziali nei rapporti legge-accordi, promuovendo la natura integrativa e complementare della legge sul contratto, così recitando il preambolo: "*un processo di trasferimento di regolamentazione statale a favore di quella convenzionale*". Così, per esempio, e per quanto riguarda i rapporti di suppletività, deve anche farsi riferimento alla regolamentazione del periodo di prova di cui all'art. 14 del ET, con il quale si è passati da un rapporto di complementarietà tra legge e convenzione, ad uno suppletivo, di modo che la norma giuridica relativa alla durata del periodo di prova risulta applicabile solo in assenza di previsione da parte del contratto collettivo (in questo senso, CAMPS RUIZ, *La nueva regulación del mercado de trabajo*. 1994, p. 75. Mentre la determinazione delle disposizioni di legge non è mai stato interpretato univocamente (sul tema si veda, ALBIOL MONTESINOS, Coord., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*. CISS. 2007. pp. 99 e ss.). Per quanto riguarda la complementarietà, si potrebbe parlare del diritto alla progressione economica, nella misura in cui tale diritto è riconosciuto ai lavoratori solo in virtù di contratto collettivo o di contratto di lavoro (art. 25 ET) mentre nel testo precedente questo diritto era riconosciuto ai lavoratori, sebbene si facesse riferimento alle previsioni dell'accordo o del contratto di lavoro.

misura in cui essi potessero essere più inclini agli interessi del datore di lavoro²².

Questa evoluzione, tuttavia, è collegata ad un altro approccio volto a fissare le condizioni di lavoro nel luogo in cui tali condizioni devono essere applicate, in modo che le disposizioni negoziate in ambito superiore possano essere riviste all'interno di quelle aziende che rientrano nella loro applicazione. Si tratta, dunque, di facilitare l'adattabilità delle norme del lavoro alle condizioni dell'azienda per assicurare la sua sopravvivenza, che altrimenti potrebbe essere compromessa²³.

In questa linea evolutiva, lo stimolo è volto a rafforzare l'abito imprenditoriale, quale spazio per determinare le condizioni di lavoro applicabile all'azienda, in quanto la contrattazione collettiva settoriale gioca un ruolo *"decisamente disfunzionale ... dal punto di vista economico"*²⁴. Questa è la tendenza confermata, inoltre, dalla recente riforma della contrattazione collettiva introdotta dal Regio Decreto legge n. 7 del 10 giugno 2011.

3. La descuelgue salarial come meccanismo per salvaguardare la competitività delle imprese

La *descuelgue salarial*, cioè la non applicazione in una determinata azienda delle condizioni salariali stabilite dal

²² ALBIOL MONTESINOS, Coord., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*. CISS. 2007. p. 65.

²³ CASAS BAAMONDE, "Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses". *Relaciones Laborales*, 1995, p. 23. Questo è chiarito, inoltre, nella disposizione di cui all'art. 82, co. 3, ET nella parte in cui prevede che la deroga alle disposizioni che riguardano il regime salariale previste da parte dei contratti collettivi di livello superiore a quello aziendale avviene *"quando la situazione e le prospettive economiche di questa potrebbero subire un danneggiamento a seguito della loro applicazione, compromettendo la possibilità di mantenere il lavoro nell'azienda"*.

²⁴ MERCADER UGUINA, J., "Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010" in *La reforma del mercado de trabajo* (dir. García Perrote y Mercader Uguina) Lex Nova. 2010, p. 189.

contratto collettivo applicabile, si presenta come una misura volta a proteggere le aziende che si trovano in situazioni difficili in termini di competitività e, pertanto, come misura volta, in estremo, a mantenere il livello di occupazione che potrebbero essere influenzato negativamente in caso di perdita di competitività dell'azienda.

Inoltre, questo meccanismo appare attualmente inquadrato tra i requisiti di moderazione salariale richiesti dall'Unione Europea in attuazione del cosiddetto *"metodo aperto di coordinamento"* finalizzato a salvaguardare la competitività delle imprese. A questo proposito, la decisione del Consiglio del 21 ottobre 2010 n. 7 sugli orientamenti per le politiche dell'occupazione degli Stati membri (G.U. 24 novembre 2011 n 308) afferma che *"al fine di accrescere la competitività e migliorare i livelli di partecipazione, specialmente dei meno qualificati, e in ossequio alla direttiva n. 2 delle politiche economiche, gli Stati membri devono promuovere adeguate condizioni sulla negoziazione salariale e costo del lavoro coerente con la stabilità dei prezzi e le tendenze in materia di produttività"*.

Così, anche se è chiaro che la retribuzione costituisce l'obbligo primario del datore di lavoro nel campo dei rapporti di diritto del lavoro e della politica la retribuzione è una variabile fondamentale in relazione ai principali obiettivi macroeconomici, quali il controllo dell'inflazione e la riduzione della disoccupazione²⁵.

Per quanto riguarda il caso spagnolo, si deve rilevare che questo meccanismo di non applicazione delle condizioni previste nei contratti collettivi non è nuovo. In realtà già negli anni '80, in una situazione di crisi economica, i diversi Accordi Interconfederali negoziati tra Governo, sindacati e organizzazioni imprenditoriali²⁶

²⁵ ANTONIO VALLEBONA *Breviario di Diritto del Lavoro*, Giappichelli editore, 2005, pp. 292 e 293.

²⁶ Cioè, gli strumenti di concertazione sociale: Accordo Quadro Interconfederale del 1980 (AMI), l'Accordo Nazionale per l'Occupazione del 1981

contemplavano la possibilità del *descuelgue salarial*, imponendo alle parti sociali l'inclusione delle clausole di *descuelgue* nei contratti collettivi negoziati.

In un momento di lotta contro l'inflazione, si trattava di conciliare la necessità di controllare l'inflazione con quella di non perdere, almeno, il potere d'acquisto da parte dei lavoratori ed, infine, evitare che le misure adottate per garantire tale potere d'acquisto non implicassero un peggioramento della situazione di quelle aziende che stavano soffrendo una grave situazione economica.

Così, ad esempio tali accordi interconfederali, imponevano ai soggetti negozianti degli accordi, di prevedere la possibilità di non applicare l'adeguamento salariale previsto nei contratti collettivi di ambito superiore all'impresa in caso svalutazione maggiore, rispetto al previsto, dell'Indice dei Prezzi al Consumo (I.P.C) in modo che detto adeguamento non si applicasse alle imprese con un bilancio negativo nei due anni precedenti²⁷. In ogni caso non sembra che tale compromesso, da realizzare in modo efficace con la contrattazione collettiva, limitasse considerevolmente l'operatività della misura²⁸.

Con la legge del 19 maggio 1994 n. 11, la misura del *descuelgue salarial*, in deroga alle condizioni economiche previste nei contratti collettivi di livello superiore a quello aziendale, è stata prevista nello

(ANE) l'Accordo Interconfederale del 1983 (AI) e l'Accordo Economico e Sociale del 1984 (AES).

²⁷ Per quanto riguarda i dati relativi alla portata della revisione salariale, se ha señalado que “*nel 1983, la clausula di revisione del AI riguardò il 62,84% dei lavoratori interessati dal contratto; nella relazione sulla contrattazione collettiva elaborata dal Gabinetto tecnico della UGT per il 1994, si evidenzia che alla data del 5 settembre, al 60,23% dei lavoratori interessati dall'accordo è stata applicata la clausula di revisione*”. ROJO TORRECILLA, E., y PÉREZ AMORÓS, F., “El Acuerdo Económico y Social”, Revista de Política Social, n. 145. Gennaio-Marzo 1985 p. 76.

²⁸ In questo senso, GARRIDO PERES, E., “Las cláusulas de descuelgue en la nueva ordenación estatutaria” *Relaciones Laborales* Tomo I, 1995, p. 366.

Statuto dei lavoratori. Questa legge del 1994 aveva come scopo, nell'ambito delle decisioni politiche volte a creare occupazione, quello di migliorare la competitività delle imprese spagnole, fornendo strumenti di gestione delle risorse umane che incidessero favorevolmente sull'efficienza delle aziende. L'obiettivo era quindi di introdurre misure che consentissero una gestione flessibile delle risorse umane in azienda, facilitandone, come dichiarato nella sua motivazione, l'adattamento “*sia alla situazione economica che ai cambiamenti del mercato in cui si opera*”.

Così, come ulteriore passo in questo processo evolutivo di adattamento alle circostanze dell'impresa, la riforma del 1994 si prefissava di istituire un meccanismo efficace per garantire la *descuelgue* del regime salariale previsto nei contratti collettivi sovraziendali in quelle imprese la cui stabilità economica potesse essere seriamente compromessa in caso di sua applicazione.

Per raggiungere questo obiettivo, sono state stabilite, come contenuto obbligatorio dei contratti collettivi sovraziendali, “*le condizioni e le modalità per non attuare il regime salariale istituito dagli stessi, per quelle imprese incluse nel campo di applicazione dell'accordo, quando questo fosse superiore a quello applicato dall'azienda ...*”²⁹, contemplando un regime suppletorio per i casi in cui i contratti collettivi sovraziendali non contenessero tale clausola. In questi casi, recita l'art. 82, co. 2 ET, derogare al sistema salariale previsto “*può avvenire solo previo accordo tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori quando richiesto dalla situazione economica della società*”, prevedendosi che, in caso di assenza di accordo, la questione fosse risolta dalla commissione paritetica prevista dal contratto, che avrebbe determinato le nuove condizioni salariali seguendo la stessa procedura (accordo tra datore di lavoro e legali rappresentanti dei lavoratori e, in

²⁹ Art. 85, co. 3c) ET, come modificato prima dal RD legge 10/2010 e poi dalla legge 35/2010.

mancanza, dalla commissione paritetica stessa).

Dopo l'inserimento di detto contenuto minimo dei contratti collettivi di livello superiore a quelli dell'azienda e, in virtù degli impegni successivi presi nell'ambito degli accordi interconfederali per la contrattazione collettiva³⁰, è aumentato il numero di coloro che sono stati inclusi in tali clausole, tanto che nel 2007 il numero di lavoratori interessati dalle clausole di *descuelgue* ha raggiunto il 64,7% del totale rispetto al 48,6% nel 1998³¹.

Tuttavia, il numero sempre maggiore di accordi che hanno raccolto la clausola derogatoria dei salari non ha reso funzionante il meccanismo, dal momento che, questi accordi, lasciati alla contrattazione collettiva settoriale nella determinazione delle condizioni e delle procedure per la non applicazione del sistema salariale, hanno in molte occasioni ostacolato l'applicazione di tale meccanismo a causa dell'introduzione di procedure complicate e complesse, condizionandolo all'esistenza di situazioni contingenti, in modo che *“se la volontà del legislatore era stata quella di consentire la ripresa delle imprese in crisi, la contrattazione collettiva aveva camminato nella direzione opposta, cercando di*

*evitare ad ogni costo, il predetto contenimento salariale”*³².

A questo proposito, nella zona di Valencia, si può notare che negli accordi sovraziendali vigenti nel periodo 2004-2007, le ragioni indicate dalla normativa settoriale per poter accedere al *descuelgue* consistevano essenzialmente in: a) situazioni di deficit o perdite negli esercizi precedenti; b) eventuali danni alla stabilità economica dell'impresa; c) danni irreparabili alla sua economia; d) possibile messa in pericolo del mantenimento dell'occupazione; e) minaccia per la redditività dell'impresa - in quelle situazioni di crisi che portano alla chiusura dell'impresa; o che incidono sulla loro competitività; che mettono in pericolo posti di lavoro; che suppongono che l'impresa sia in uno stato di sospensione dei pagamenti, quale espediente per la regolamentazione del lavoro ovvero per gravi incidenti in termini di costi; che abbia un livello insufficiente di produzione e vendite; che l'incremento salariale produca danni irreparabili per l'economia dell'impresa; che in precedenza si sia verificato un calo del fatturato e dei risultati; che livello di perdite sia stato almeno del 10% del fatturato; che la situazione di crisi non sia attribuibile alla cattiva gestione dell'intera impresa, ovvero ad errori di gestione conseguenti a politiche finanziarie

³⁰ In ultimo, l'Accordo Interconfederale per l'Occupazione e la Contrattazione Collettiva 2010, 2011 e 2012, registrati con Delibera dell'11 febbraio 2010 (BOE del 22 febbraio). In ogni caso, tali impegni non erano altro che *“una raccomandazione più pedagogica che altro”* costituendo un semplice promemoria di quanto dettato dalla legge, senza aggiungere nulla di nuovo. A questo proposito, ANC, 2002, ALFONSO MELLADO, “El acuerdo sobre negociación colectiva para el año 2002” in *La reforma laboral de 201 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002* (Coord. García Perrote-Escartín) Lex Nova, 2002, p. 322.

³¹ *La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (p. 136). Dati provvisori riferiti ai contratti collettivi registrati fino all'agosto del 2008 in http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NegociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf.

³² MERCADER UGUINA, J., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial in la Ley 35/2010” *cit.*, p. 191. Questo autore elenca alcuni esempi in cui gli accordi hanno ammesso il contenimento salariale solo quando l'applicazione delle condizioni salariali avrebbe portato alla chiusura dell'azienda o danni permanenti alla sua economia, stabilendo rigorose norme procedurali, come scadenze brevi per la pubblicazione dell'accordo, impedendo il contenimento salariale se il momento negativo dell'azienda si fosse verificato successivamente alla pubblicazione dell'accordo sulla Gazzetta Ufficiale. Allo stesso modo, ALFONSO MELLADO, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, in AA.VV. *La reforma laboral in la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch. 2010. p. 132, che ha fatto riferimento all'esistenza di accordi che hanno reso possibile il contenimento salariale sono se approvato con voto unanime della commissione paritetica.

straordinarie ..., esigendosi che queste condizioni perdurassero per un certo periodo di tempo (di solito uno o due anni anche se a volte si fissano periodi di tre e cinque anni) e regolando la documentazione che il datore di lavoro deve fornire per dimostrare in modo affidabile la situazione di difficoltà economica che attraversa l'impresa e determinando, in alcuni casi, ulteriori requisiti (produzione di relazione esplicativa della situazione; adozione di un piano di fattibilità; o proposizione di un piano per il futuro; relazione sulle ore di lavoro straordinario effettuato nel corso dell'ultimo anno; contabilità certificata...)³³.

In relazione a questa circostanza si è affermato sia stata dovuta, in buona parte, alla “inerzia irresistibile” che grava sulla contrattazione collettiva spagnola, che ha portato molti accordi a ripetere in forma mimetica le previsioni dell'accordo immediatamente precedente sulle clausole di *descuelgue* (l'Accordo quadro interconfederale del 1980) che limitava la *descuelgue* in deroga ai previsti aumenti salariali³⁴ - limitazione che non derivava da una previsione legislativa³⁵ - richiedendo che l'impresa avesse subito perdite per due anni consecutivi e che le previsioni per il terzo anno fossero pessimiste³⁶.

³³ Su questi dati si veda AA.VV. *Estudio sobre la negociación colectiva en la comunidad valenciana 2004-2007*, Grupo 85 Ediciones, pp. 47 e ss.. Allo stesso modo, a questo proposito, si veda, *Informe sobre la negociación colectiva valenciana*, elaborado por profesores del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e, sul punto che qui interessa FITA ORTEGA Y TATAY PUCHADES, pp. 184 e ss..

³⁴ L'Accordo Quadro Interconfederale del 1980 prevedeva una fascia di aumento salariale tra il 13 e il 15%, sebbene rilevava che tali aumenti non erano di applicazione necessaria e obbligatoria per quelle imprese che dimostrassero oggettivamente ed in maniera affidabile situazioni di deficit o perdite subite nei due esercizi precedenti (1978 e 1979) da tenere in considerazione nelle previsioni per il 1980.

³⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MENÉNDEZ MORILLO VELARDE, L. “El descuelgue salarial” *Aranzadi Social* núm. 13/2009, p. 39.

³⁶ *Ibidem*, p. 15.

In questa situazione, con la riforma del 2010 si è cercato di uscire da questa situazione di stagnazione e di difficoltà pratica del *descuelgue salarial*³⁷, eliminando il ruolo protettivo che l'accordo settoriale giocava su questo meccanismo nella precedente regolamentazione, fissando con legge la procedura e le condizioni di deroga salariale, per favorire l'utilizzo di questa misura di flessibilità interna e rimettendo alla contrattazione collettiva solamente la definizione delle procedure per la risoluzione delle controversie di approvazione del *descuelgue*.

Di questi due aspetti (procedure e condizioni di deroga) mi soffermerò brevemente sul secondo e mi concentrerò sul primo, tenuto conto delle finalità dell'articolo.

3.1. Condizioni necessarie per la *descuelgue*

L'attuale regolazione del *descuelgue salarial*, contenuta nell'art. 82, co. 3 ET, rileva che la *descuelgue* del regime salariale prevista dagli accordi collettivi di livello superiore a quello aziendale sarà possibile “quando la situazione e le prospettive economiche dell'azienda possano essere danneggiate da tale applicazione, influenzando sulle possibilità di mantenere l'occupazione nella stessa”.

Stabilita di diritto la ragione determinante la deroga salariale prevista dal contratto collettivo sovraziendale, il problema che si pone per il futuro è quello di stabilire quando si debba intendere verificato nel caso concreto. A questo proposito, parte della dottrina³⁸ ha segnalato che, trattandosi di una misura posta a difesa di una situazione di difficoltà

³⁷ Il cui obiettivo è stato quello di “promuovere l'efficacia delle procedure di deroga salariale quando la situazione e le prospettive dell'impresa potessero essere danneggiate a causa del regime salariale stabilito, compromettendo la possibilità di mantenere il lavoro” (Relazione alla Legge n. 35 del 17 settembre 2010).

³⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna” *cit.*, p. 134.

aziendale (accedere ad una *descuelgue salarial* in alternativa alla misura più traumatica dei licenziamenti per ragioni economiche), questa situazione di difficoltà debba essere reale e attuale³⁹ e non meramente ipotetica o futura, dovendo avere, inoltre, una certa intensità, in quanto si esige che possa mettere in pericolo il mantenimento di posti di lavoro nell'azienda in questione, ricadendo sul datore di lavoro la prova del concorso di tali circostanze. Altra parte della dottrina, tuttavia, sembra offrire una interpretazione più flessibile, in considerazione del fatto che la misura del *descuelgue* sia preventiva, in quanto “*un'azienda ben gestita dovrebbe prendere per tempo provvedimenti per regolare entrate e perdite, e prevenire potenziali effetti negativi sull'occupazione*”, essendo rilevante che ci sia un rischio per il mantenimento dell'occupazione con l'applicazione del regime salariale che possa costituire “*il perno dell'obbligo a convertire l'effetto sull'occupazione quale fattore essenziale per valutare l'adeguatezza del provvedimento*”⁴⁰.

Sviluppando questa interpretazione meno rigida delle ragioni per cui ricorra la norma, si è sostenuto che non è necessario che esista una situazione di rischio attuale, ma che si tratti di una situazione prevedibile, tale che l'azienda possa dimostrare che i suoi rendimenti non permettano di pagare il salario stabilito dal contratto di livello superiore a medio termine e che, per mantenere il livello dei salari, si preveda debba procedere a ridurre il personale, cosicché sussistano i presupposti che consentano la *descuelgue*⁴¹.

Forse entrambi i punti di vista possono essere convergenti, in quanto entrambi esigono l'esistenza di difficoltà reali ed

attuali per l'azienda, a cui corrisponde una situazione di perdite nel rendimento economico della società: certamente una significativa diminuzione dei benefici sarebbero motivo sufficiente per applicare la *descuelgue*⁴², ma in nessun caso si richiede che la società sia in perdita al momento di procedere alla *descuelgue salarial*. La casistica delle situazioni nelle quali possa verificarsi l'applicazione di questa misura è molto varia, per cui la stessa deve essere analizzata, sicuramente, in termini di *ragionevolezza* rispetto al caso concreto, tenendo conto, in ogni caso, della flessibilità introdotta dalla legge 35/2010 sulla valutazione della causa economica per procedere ad un licenziamento per questo motivo⁴³ e del fatto che in questo caso la misura è intesa ad assicurare, per quanto possibile, il mantenimento di posti di lavoro.

Ad ogni modo, è indiscutibile che con la nuova regolamentazione legale si sono posti dei limiti alle eccessive restrizioni che la contrattazione collettiva imponeva rispetto a quando intendeva concorrente la causa legittima del *descuelgue*, al ricorso in numerose occasioni di una situazione economica estremamente difficile. Tuttavia, nulla impedisce, dal mio punto di vista, che gli accordi possano precisare quando si potrà intendere concorrente la causa che abiliti il ricorso alla *descuelgue*, sempre che non vi osti il tenore letterale e lo scopo della norma.

⁴² Va ricordato che lo scopo della norma non è quello di mantenere il livello dei benefici del datore di lavoro, ma il livello di occupazione in azienda, in modo che se la possibilità di mantenere l'occupazione non sia pregiudicata, non si procederà al contenimento salariale.

⁴³ Dopo la riforma, sono stati semplificati i casi di situazione economica negativa che consentono il licenziamento per questo motivo (artt. 51 e 52 ET). Quindi, la norma si riferisce all'esistenza di perdite attuali o previste, o alla diminuzione persistente del livello di reddito, che possano incidere sulla sua vitalità o sulla capacità di mantenere il volume di lavoro, e pertanto “*a tal fine, l'azienda dovrà dimostrare i risultati presunti e giustificare che gli stessi si deducono dalla ragionevolezza dell'unica decisione di mantenere o promuovere la sua posizione competitiva nel mercato*”.

³⁹ Situazione negativa “*attuale o che normalmente si verifica se si applicano i nuovi salari*”. Ibidem, p. 134.

⁴⁰ MERCADER UGUINA, J., “Los acuerdos de *descuelgue* salarial y promoción de la negociación empresarial in la Ley 35/2010” cit., p. 195.

⁴¹ In questo senso, DÍAZ DE ATAURRI, P.G., in AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Lex Nova, 2011, p. 782.

3.2. Procedura per la descuelgue

Al fine di valutare come le riforme del lavoro che sono state elaborate nel corso dell'attuale contesto politico ed economico sono state peggiorative dei consolidati diritti dei lavoratori, occorre soffermarsi sull'analisi della procedura di *descuelgue* introdotta con la Legge 35/2010.

La deroga in una determinata impresa della condizioni salariali previste dal contratto collettivo di livello superiore (provinciale, regionale, statale ...), può essere effettuato solo se concordato tra l'azienda e "i legali rappresentanti dei lavoratori che hanno diritto di negoziare un accordo ai sensi dell'art. 87, co. 1, ET"⁴⁴.

Questo punto richiede qualche chiarimento. In primo luogo va ricordato che in Spagna esiste un doppio canale di rappresentanza in azienda (rappresentanza unitaria di base elettiva - Comitati di Impresa e Delegati del personale - e rappresentanza sindacale) riconoscendosi ad entrambi la legittimazione a negoziare accordi aziendali, sebbene nel caso della rappresentanza sindacale, si esige che tali rappresentanze sindacali raggiungano, nel loro complesso, la maggioranza dei membri dell'azienda.

Questa regola si spiega solo se si considera che il processo di elezione a rappresentanti unitari dei lavoratori (Delegati del personale e Comitati di Impresa) è fortemente sindacalizzato, in modo che siano le organizzazioni sindacali quelle che presentano la grande maggioranza dei candidati alle elezioni al Comitato di Impresa e a Delegato del personale. Ciò si spiega, in gran parte, in ragione del *criterio de audiencia* riconosciuto al sindacato più rappresentativo, che gli riconosce alcuni privilegi legali. In particolare, il più rappresentativo dipende dai risultati elettorali ottenuti dai sindacati nella procedure di elezione al Comitato di Impresa e a Delegato del personale o ai loro corrispondenti organi di rappresentanza dei lavoratori nelle Pubbliche Amministrazioni.

⁴⁴ Ci si riferisce agli accordi collettivi aziendali.

In ogni caso, si può concludere che così configurato, il meccanismo di contenimento salariale costituisca un'eccezione al divieto di concorrenza tra contratti collettivi di diverso ambito di applicazione, senza pregiudicare il diritto alla contrattazione collettiva, nella misura in cui prevede la possibilità di modificare, da persone di soggetti autorizzati a negoziare un accordo aziendale, la regolazione salariale prevista dal contratto collettivo di livello superiore a quello aziendale in cui risulta applicabile.

Tuttavia, l'attuale normativa ha inteso dare risposta ad un problema che si verifica nella gran parte delle aziende spagnole, che è dovuto alla mancanza di rappresentanti legali dei lavoratori nelle imprese. Va notato, in questo senso che, data la struttura aziendale spagnola, composta per lo più da aziende con pochi lavoratori al loro servizio (nel 2009, il 25,07% aveva uno o due lavoratori; la percentuale di imprese tra 3 e 5 lavoratori scendeva al 9,81% raggiungendo il 4,24% le imprese con un numero di dipendenti compreso tra 6 e 9)⁴⁵, molte delle quali non hanno rappresentanze dei lavoratori nelle strutture.

Infatti, ritenendo che nelle imprese con minimo personale non è conveniente interporre tra datori di lavoro e lavoratori la figura del portavoce, la legge prevede che solo nelle imprese con più di dieci lavoratori possa esistere rappresentanza unitaria degli stessi, anche se nelle aziende che ne hanno tra i 6 e i 10 si possano costituire questo tipo di rappresentanze se lo decide la maggioranza dei lavoratori (articolo 62,1 ET). Inoltre, va rilevato che essendo la circoscrizione elettorale sul posto di lavoro, accade che le aziende con

⁴⁵ Su un totale di 2.980.446 imprese registrate alla sicurezza sociale nel 2009, 747.361 dichiaravano di avere tra 1 e 2 lavoratori; 292.466, da 3 a 5; e 126.664, da 6 a 9, occupando, rispettivamente, 997.396, 1.096.903 e 913.336 lavoratori su un totale di 15.728.626 lavoratori risultanti alla Sicurezza Sociale, secondo i dati secondo i dati dell'Annuario di statistica del lavoro del Ministero del Lavoro e dell'Immigrazione:
http://www.mtin.es/estadisticas/ANUARIO2009/EMP/emp01_top_EXCEL.htm.

molti lavoratori nel complesso abbiano siti con pochi lavoratori, senza che si considerino valide le opzioni, previste in alcuni accordi dirette a facilitare la possibilità di eleggere rappresentanti dei lavoratori nelle imprese con meno di 6 addetti.

Pertanto, la mancanza dei rappresentanti dei lavoratori per negoziare nell'impresa che vuole applicare la *descuelgue salarial* è un problema che può verificarsi nella realtà spagnola. L'esperienza con altre istituzioni di gestione delle risorse umane che prevedono la necessità della negoziazione e, se del caso, dell'accordo con i rappresentanti legali dei lavoratori⁴⁶, così lo accredita. In tali casi le opzioni interpretative portano a ritenere che l'accordo debba essere adottato dall'unanimità dei lavoratori; ammettendo la possibilità di nominare una rappresentanza *ad hoc* dei lavoratori con cui negoziare; ovvero a ritenere che il periodo di consultazione non possa essere richiesto, in quanto impossibile, se si elimina il tramite, data la mancanza di un rappresentante degli interessi collettivi dei lavoratori, dal momento che la normativa sul lavoro estende a questi soggetti una serie di privilegi e garanzie per il corretto esercizio delle loro funzioni di rappresentanza che non sono trasferibili ad altre figure ulteriori, che potrebbe ostacolare il funzionamento di queste altre forme di rappresentanza, aumentando le probabilità di un accordo abusivo⁴⁷.

Cercando di rispondere a questo problema, la legge 35/2010, modificando l'art. 82, co. 3 ET, ha previsto, nel caso in cui non vi siano rappresentanti dei lavoratori in azienda, che i lavoratori possano scegliere, entro cinque giorni dall'inizio del periodo di consultazione⁴⁸, di

attribuire la rappresentanza alla negoziazione dell'accordo, a loro discrezione, ad una commissione di tre membri composta da dipendenti dell'azienda eletti democraticamente⁴⁹, ovvero o ad un comitato di ugual numero di membri designati, come loro rappresentanti, per i sindacati più rappresentati del settore di appartenenza dell'azienda, aventi diritto il diritto a far parte del comitato negoziatore dell'accordo collettivo da applicare all'azienda.

Si risolve così il problema esistente nei casi in cui non vi siano rappresentanze dei lavoratori in azienda. Ed è stato risolto rafforzando, da un lato, il livello aziendale come ambito di negoziazione e, dall'altro, il ruolo che i sindacati più rappresentativi possono giocare in un terreno in cui avevano poche possibilità di azione. Ma questa soluzione solleva seri dubbi sul rispetto del diritto alla contrattazione collettiva.

Certamente, il diritto alla contrattazione collettiva non sarà leso quando la competenza a negoziare sia attribuita ad una commissione composta da tre membri, integrata, secondo rappresentatività, da quei sindacati maggiormente rappresentativi relativamente al settore di pertinenza dell'azienda e che erano legittimati a far parte del comitato di negoziazione del contratto collettivo applicabile ad essa e le cui condizioni salariali si chiedono di applicare. In questo caso *“si rafforza il ruolo dei sindacati più rappresentativi nell'azienda, sottolineando il ruolo del sindacato come strumento di rappresentanza nell'azienda”*, ugualmente

negoziazione, per cui questo termine riprenderà a decorrere solo quando sarà effettuata la designazione degli agenti negoziatori da parte dei lavoratori.

⁴⁹ Per quanto riguarda la designazione *“democratica”* di questi, detta scelta deve rispettare i principi di *“partecipazione”*, cioè, la partecipazione di tutti e di ciascuno dei soggetti interessati dal possibile accordo; *“uguaglianza”*, inteso come processo libero e uguale su tutte le decisioni e *“maggioranza”*, ovvero il rispetto delle decisioni adottate a maggioranza dagli altri. MERCADER UGINA, J., *“Los acuerdos de descuelgue...” cit.*, p. 199.

⁴⁶ Trasferimenti collettivi, modificazioni sostanziali delle condizioni di lavoro di origine collettiva; sospensioni del contratto di lavoro, o licenziamenti collettivi.

⁴⁷ Questo lo raccoglie NORES TORRES, L.E., in *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*. CES, 2000, pp. 199 e 200.

⁴⁸ La norma prevede che la mancata designazione possa comportare la sospensione del periodo di

rafforzandosi “il ruolo di controllo e monitoraggio sugli atti di deroga all’accordo da parte di quei soggetti che hanno partecipato al processo di negoziazione dell’accordo di settore”⁵⁰. In definitiva, sarà un comitato formato da soggetti autorizzati a negoziare un contratto collettivo, che si pretende debba essere applicato, che accorderà il contenimento salariale.

Tuttavia la scelta di un comitato *ad hoc* solleva questioni di legittimità costituzionale⁵¹, in quanto si sta parlando di una deroga al contratto collettivo, protetto dalla sua efficacia *erga omnes*, secondo il dettato della Corte Costituzionale che ritiene lesiva della libertà sindacale consentire che accordi individuali possano privare di efficacia i contratti collettivi.

A tal proposito, la Corte Costituzionale ha affermato che “l’autonomia individuale - o le decisioni unilaterali dell’azienda - non possono modificare le condizioni di lavoro stabilito in un contratto collettivo, quando, considerata la trascendenza, l’importanza ed il significato delle condizioni di lavoro si eluda o aggiri il ruolo negoziale delle organizzazioni sindacali o sostanzialmente si svincola il contenuto effettivo dell’accordo”⁵².

Inoltre, devono essere prese in considerazione le obiezioni che si erano fatte a proposito della possibilità che l’accordo venga raggiunto con rappresentanze diverse da quelle legalmente riconosciute, come si è detto innanzi. Infatti, si noti che il diritto del lavoro riconosce, da una parte, una serie di garanzie⁵³ alle rappresentanze legali dei

lavoratori, al fine di assicurare una certa garanzia contro le possibili ritorsioni imprenditoriali all’esercizio delle sue funzioni rappresentative. Senza di esse, è ovvio che sono maggiori le possibilità da parte dei datori di lavoro di fare pressioni per ottenere l’accordo e minori le opzioni di esercitare adeguatamente svolgere le proprie funzioni da parte dei lavoratori.

D’altra parte e per quanto riguarda le facoltà e le competenze, l’art. 64 ET prevede il diritto della rappresentanza unitaria di essere informata e consultata dal datore di lavoro su una vasta gamma di aree relative alla situazione economica della società, come l’andamento del lavoro e la politica di contrattazione dello stesso, materie queste di innegabile importanza in una procedura di negoziazione iniziata per contenere il regime salariale applicabile all’impresa, che come condizione, richiede che le prospettive economiche della società possano essere danneggiate dall’applicazione di tali condizioni salariali,

licenziamenti oggettivi per cause economiche, tecniche, organizzative o produttive (art. 52, co ET); diritto del rappresentante e non del datore di lavoro, di scegliere tra la riammissione o l’indennizzo in caso di licenziamento dichiarato illegittimo (art. 56, co. 4 E.T.); apertura del contraddittorio in caso di irrogazioni di sanzioni per fatti gravi o gravissimi in cui vengano ascoltati gli altri membri che integrano la rappresentanza del personale (art. 68, lett. a ET); priorità di restare in azienda nei casi di sospensione per ragioni tecniche ed economiche (art. 68, lett. b ET); impossibilità di essere licenziati o sanzionati nel corso dell’esercizio delle funzioni o nell’anno successivo alla fine del mandato - salvo revoca o dimissioni - sempre che il licenziamento o la sanzione si basi sulla condotta del lavoratore nell’esercizio delle sue funzioni (68, lett. c ET); impossibilità di discriminazione economica o professionale in ragione del ruolo ricoperto (sempre, art. 68, lett. c ET); diritto di esprimere liberamente lo loro opinione nelle materie concernenti l’ambito di rappresentanza, riconoscendo loro il diritto a pubblicare e distribuire pubblicazioni di interesse sociale o lavorativo, senza disturbare il normale svolgimento del lavoro (art. 68, lett. d ET); o il diritto ad un monte ore retribuito al mese per l’esercizio delle funzioni di rappresentanza (art. 68, lett. e ET).

⁵⁰ MERCADER UGINA, J., “Los acuerdos de descuelgue...” *cit.*, p. 200.

⁵¹ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, in AA.VV. *La reforma laboral en la ley 35/2010*. TIRANT LO BLANCH, 2010, pp. 135 e 136 nella relazione alle pagine 127 e 128.

⁵² STC 238/2005, del 26 settembre, che raccoglie la massima di cui sopra 208/1993, del 28 giugno; e 225/2001, del 26 novembre.

⁵³ Priorità di permanenza nel posto di lavoro in caso di trasferimento o mobilità (art. 40, co 4 ET) così come nei casi di licenziamenti collettivi (art. 51, co. 7 ET) o

influenzando sulle possibilità di mantenere l'occupazione nella stessa⁵⁴.

Infatti, la rappresentanza *ad hoc* introdotta con la riforma operata dalla 35/2010 potrebbe essere considerata oggi come rappresentanza “*legalmente riconosciuta*” da parte del diritto del lavoro, senza però comportare l'estensione alla stessa di queste facoltà e garanzie, quando la legge non lo preveda espressamente⁵⁵, e dato che molte di esse sono prive di una rappresentanza puntuale, *ad hoc* per la negoziazione su un argomento particolare.

D'altra parte, occorre ricordare che nell'elezione delle rappresentanze unitarie dei lavoratori esiste un forte coinvolgimento sindacale, in quanto le candidature vengono normalmente presentate dai sindacati. Questo dà supporto alle rappresentanze unitarie così elette, nella misura in cui il sindacato sarà sempre dietro di loro, per informare e consigliare i loro rappresentanti sui diritti e i doveri derivanti dal diritto del lavoro, e sostenendo il lavoro degli stessi su questioni piuttosto complesse come l'analisi della situazione economica e occupazionale della società al fine di valutarne le eventuali procedure applicabili.

4. Altre possibilità di *descuelgue*

⁵⁴ Infatti, l'art. 64 ET riconosce il diritto alla rappresentanza unitaria dei lavoratori ad essere informata trimestralmente sulla situazione economica dell'azienda e sullo sviluppo attuale e probabile delle sue attività; sulle previsioni del datore di lavoro di stipulare nuovi contratti; la previsione di ore supplementari per i lavoratori con contratti a tempo parziale; dei costi di esternalizzazione; delle misure adottate dall'azienda per promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nell'azienda – dato questo ugualmente rilevante tenendo conto che l'eventuale accordo non può comportare la violazione degli diritti ad eliminare la discriminazione retributiva per ragioni di genere che sono state previste nell'accordo che risulta applicato.

⁵⁵ Lo ET riconosce le stesse al Comitato di Impresa così come ai Delegati del Personale (artt. 62, co. 2; 64 e 68 ET) e, in certa misura, ai Delegati sindacali (art. 10.3 LOLS).

Accanto al meccanismo appena analizzato, il diritto del lavoro spagnolo prevede altre possibilità in merito alle condizioni negoziate in un contratto collettivo, anche se in questo caso l'oggetto della materia è più ampio, non limitato esclusivamente alla questione dei salari. Si tratta dell'introduzione di modifiche sostanziali alle condizioni di lavoro disciplinate dall'art. 41 E.T. possibile quando ricorrano condizioni economiche, tecniche, organizzative o di produzione in modo che “*l'adozione delle misure proposte contribuisca a prevenire uno sviluppo negativo dell'azienda o a migliorare la situazione e le prospettive o migliorare la situazione e le prospettive della stessa attraverso una organizzazione più efficiente delle risorse che favorisca la sua posizione competitiva sul mercato o una migliore risposta alle esigenze della domanda*”⁵⁶.

Secondo quanto dispone questa norma, dopo la legge 35/2010, i contratti collettivi, sia di settore che di impresa, potranno essere modificati mediante accordo tra datore di lavoro e rappresentanti legali dei lavoratori, seguendo le stesse regole di quelli precedenti in caso di assenza di rappresentanze legali dei lavoratori in azienda ed in tal modo si ripropongono i dubbi di legittimità costituzionali segnalati in precedenza, relativamente all'abbassamento delle condizioni previste negli accordi di settore. Infatti, nel caso di accordi aziendali sarà necessario che siano presenti rappresentanti dei lavoratori che negozino, quindi, per definizione, non rientreranno le rappresentanze *ad hoc* per negoziare.

In ogni caso, tali dubbi sorgono quando si decida di accedere alla *descuelgue* con

⁵⁶ In questo modo, la riforma operata dalla Legge 35/2010, evidenzia il carattere preventivo e offensivo della misura adottata dal datore di lavoro, nella parte in cui la decisione di introdurre modifiche sostanziali non sono giustificate solamente dallo scopo di permettere all'azienda di reagire alle difficili congiunture reali e attuali, ma può anche essere adottata come misura precauzionale e, in ogni caso, come misura offensiva, per migliorare la situazione e le prospettive dell'azienda.

accordi di gruppi di impresa o accordi che riguardano una pluralità di società collegate, per ragioni organizzative e produttive e nominalmente identificate nel loro ambito di applicazione⁵⁷.

Per quanto riguarda le materie suscettibili di *descuelgue*, la norma non pone, in relazione agli accordi aziendali, alcun limite sulle materie oggetto di *descuelgue* se non in caso di *descuelgue* delle condizioni stabilite negli accordi settoriali limitatamente a: orario e distribuzione del tempo di lavoro; regime del lavoro a turni; sistema di retribuzione; sistema di lavoro e rendimento; funzioni derivanti dalla categoria professionale concordata con il lavoratore secondo il contratto collettivo applicabile.

5. Conclusioni

Nel contesto economico attuale, la tendenza del diritto del lavoro spagnolo è quello di fare in modo che sia l'azienda a determinare le condizioni di lavoro⁵⁸. Questo approccio è stato determinato, come si è già analizzato, sia con l'istituzione del *descuelgue salarial* che con la modifica sostanziale delle condizioni di lavoro. I meccanismi per proteggere l'efficienza produttiva della società, e quindi preservare il mantenimento di posti di lavoro, costituiscono il processo di

⁵⁷ In questo caso la normativa attribuisce tale potere ai sindacati maggiormente rappresentativi, alle comunità statali o autonome, così come ai semplici rappresentanti.

⁵⁸ Un chiaro esempio di questo, è il Regio Decreto Legge 7/2011, del 10 giugno, di riforma della contrattazione collettiva, che modifica l'articolo 84 ET, fissando con carattere generale la preferenza del contratto aziendale alla reorientazione stabilita nel contratto di settore statale, regionale o di ambito inferiore, in una serie di materie tra le quali, tra le altre, la misura base della retribuzione, l'orario e la distribuzione del tempo di lavoro, l'applicazione all'impresa del sistema di classificazione professionale, l'applicazione di certi aspetti delle modalità di contrattazione o le misure per favorire la conciliazione tra vita lavorativa e familiare.

adattamento in situazioni di crisi aziendale⁵⁹.

Il problema di questa strategia deriva, come abbiamo visto, dalla sostituzione degli accordi raggiunti nell'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva ottenute da altri organi a cui difficilmente può riconoscersi lo status di rappresentanza legale dei lavoratori.

In un contesto in cui prevalgono considerazioni di carattere economico sul sociale, ci siamo abituati a tagli ai diritti individuali dei lavoratori, predominando una regolamentazione del mercato del lavoro flessibile, finalizzata a garantire la competitività e l'adattabilità delle imprese, seppur con il limite imposto dai diritti fondamentali, fortino inespugnabile dei diritti dei lavoratori. Tuttavia, questi tagli interessano da un bel po' di tempo i diritti collettivi, in particolare a seguito della sottoposizione di tali diritti ai nuovi limiti imposti dal rispetto delle libertà fondamentali (libera circolazione delle persone, delle merci, servizi e capitali) stabiliti con la costituzione del mercato unico europeo.

In questo senso sono note le decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea che hanno imposto limiti al diritto di sciopero e alla contrattazione collettiva a seguito della necessità di proteggere la libera prestazione dei servizi e la concorrenza.

Certamente le attuali condizioni economiche e politiche sono molto diverse da quelle esistenti al momento della comparsa dello statuto dei lavoratori (1980), ma i nuovi rapporti tra le fonti di determinazione delle condizioni di lavoro non possono ignorare l'art. 37 della Costituzione spagnola nella misura in cui la legge riconosce il diritto alla contrattazione collettiva e garantisce la forza vincolante dei contratti collettivi.

⁵⁹ MERCADER UGINA, J., "Los acuerdos de descuelgue..." *cit.*, p. 200.