MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

# Las negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía


Coordinación:

Dª Carmen Sáez Lara
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Còrdoba



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

# LAS NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LAS REFORMAS LEGALES: ESPECIAL REFERENCIA A ANDALUCÍA

**COORDINACIÓN:**

**Dª CARMEN SÁEZ LARA**
**CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**
**UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA**

JUNTA DE ANDALUCIA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2018

© Los autores, 2018

ISBN: 978-84-09-04962-2

Imprime: TECNOGRAPHIC, S.L. Artes Gráficas

# ÍNDICE

**PONENCIAS GENERALES:**

ÁMBITOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ . . . . . 9

EL IMPACTO DE LAS NORMAS DE CONCURRENCIA TRAS LAS REFORMAS LEGALES
ESTHER CARRIZOSA PRIETO . . . . . 67

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMALES
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA . . . . . 113

CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL NUEVO CONTEXTO LABORAL: LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJOS
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ. . . . . 141

MODALIDADES DE CONTRATACIÓN Y EMPLEO. CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL NUEVO CONTEXTO LABORAL
FRANCISCO VILA TIERNO . . . . . 191

CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN EN EL NUEVO CONTEXTO LABORAL: EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ . . . . . 259

DESCUELGUE CONVENCIONAL Y ARBITRAJE OBLIGATORIO
CARMEN SÁEZ LARA . . . . . 305

LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO VÍAS DE GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD LABORALES
M.ª TERESA DÍAZ AZNARTE . . . . . 363

LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO: PROBLEMÁTICA
M.ª LUISA PÈREZ GUERRERO . . . . . 393

**PONENCIAS ESPECÍFICAS:**

CLÁUSULAS DE EMPLEO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GÓNZÁLEZ. . . . . 441

LOS ACUERDOS DE INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVOS
INMACULADA BENAVENTE TORRES . . . . . 475

MEDIDAS ADOPTADAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD SOBREVENIDA
JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA . . . . . 501

TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA . . . . . 525

ECONOMÍA BAJO DEMANDA, TRABAJO AUTÓNOMO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ¿PUEDE EL CONVENIO COLECTIVO CONSTITUIRSE EN LÍMITE DEL DUMPING SOCIAL?
ESTHER GUERRERO VIZUETE . . . . . 551

LÍMITES A LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA
IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ. . . . . 573

LA INCORPORACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
LUCÍA ARAGÜEZ VALENZUELA . . . . . 593

JORNADA Y TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y EXTINCIÓN DE INCENDIOS. EL CASO DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA
LUIS OCAÑA ESCOLAR . . . . . 621

LA ESTRUCTURA SALARIAL EN EL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DEPORTIVOS
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO . . . . . 639

SOLUCIÓN JUDICIAL ANTE LA INEFICAZ RESOLUCIÓN ARBITRAL EN LA ORDENACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES DEL PERSONAL LABORAL DE LA AGENCIA DEL SAE
M.ª ARACELI VALLECILLO ORELLANA . . . . . 665

LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO. SU INCIDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA
FARAH AMAADACHOU KADDUR . . . . . 693

LA JORNADA DE 35 HORAS: AVANCE SOCIAL O PLANTEAMIENTO INCONSTITUCIONAL
JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ . . . . . 719

LA GESTIÓN EFICAZ DEL CONFLICTO LABORAL: ¿ES POSIBLE, A PESAR DEL NUEVO MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA?
M.ª ISABEL GRANADOS ROMERA . . . . . 743

LOS PLANES DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
ALEJANDRA SELMA PENALVA . . . . . 769

PERSPECTIVA DE LA CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ANDALUCÍA SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LAS REFORMAS LEGALES
MANUEL CARLOS ALBA TELLO . . . . . 791

**PONENCIA DE CLAUSURA:**

CUESTIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
RICARDO BODAS MARTÍN . . . . . 799

# ÁMBITOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Jaén

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: RASGOS FUNDAMENTALES Y EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE 1980 HASTA 2011
3. LÍNEAS FUNDAMENTALES DE LAS REFORMAS DE 2011 Y 2012 EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA REFORMA ESTRUCTURAL DEL SISTEMA, PERO ¿UN CAMBIO DE MODELO?
   3.1. LA PREFERENCIA APLICATIVA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA Y LAS NUEVAS REGLAS DE ORDENACIÓN DE LAS UNIDADES NEGOCIALES
   3.2. LOS MECANISMOS DE DESCUELGUE DE LAS CONDICIONES LABORALES PREVISTAS EN CONVENIOS COLECTIVOS
   3.3. CONTENIDOS OBJETO DE NEGOCIACIÓN E IMPULSO DE UNA DIFERENTE FORMA DE RELACIÓN ENTRE LA LEY Y EL CONVENIO COLECTIVO
4. DEL MARCO LEGAL A LA PRÁCTICA CONVENCIONAL: ANÁLISIS DEL ESTADO DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL EN ESPAÑA Y EN AADALUCÍA
   4.1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: ESTADO DE SITUACIÓN DE LA ESTRUCTURA CONTRACTUAL EN EL PERÍODO 2012-2017
   4.2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA: ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL EN EL PERÍODO 2012-2017

## 1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, se puede afirmar que los procesos de reforma legislativa que han afectado a los diferentes ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno socio político, se han venido caracterizando por un elevado componente transformador de las instituciones centrales que han conformado durante décadas su singularidad jurídica. En la práctica totalidad de las ramas jurídicas, tanto de Derecho Público como Privado, aunque con una manifiesta desigualdad de incidencia en cada una de ellas, se observa una generalizada acción político-legislativa que tiene como principal elemento definitorio la transformación "acelerada" de los caracteres básicos y centrales de sus instituciones jurídicas.

Aquellos procesos transformadores permiten que, desde un contexto socio-político global, se pueda afirmar que llegados a un punto concreto de la evolución temporal-histórica de la sociedad, los cambios son de tal magnitud y calado que a los individuos y grupos que en ella actúan les es especialmente difícil identificarse con los parámetros sociales, culturales, económicos y políticos que en la actualidad conforma la sociedad civil y política en la que se desenvuelven y desarrollan. Se vive, en fin, un momento en el que difusamente, aunque con trazo firme, se evoluciona en el interior de un período histórico que se viene a caracterizar por la "ruptura controlada" respecto de aquél inmediato que le precede, perdurando únicamente los ropajes y bagajes –las instituciones- que no resulten distorsionantes al nuevo ciclo evolutivo.

Las transformaciones en todos los ámbitos de desarrollo de la vida -social, política, económica-productiva, jurídica- se suceden bajo una suerte de "compulsión" acelerada que motivan el que las perspectivas de análisis sean tan heterogéneas y múltiples como los cambios que se suceden y acaecen. Así, ejemplificador de cuanto se ha dicho, resulta la observación de cuanto acontece en el ámbito jurídico laboral; pues, tomando el pulso de la temática y cuestionamientos que se vienen planteando en sus seno, se asiste a un diáfano incremento de los nuevos temas a tratar, con un paralelo cambio de óptica tanto doctrinal como jurisprudencial.

Desde estos planteamientos, o mejor, desde la transformación bajo parámetros de "ruptura controlada" entre fases o períodos históricos, y centrándonos en el sistema de relaciones laborales, es obligado trasladar este punto de partida y realizar el análisis de una de las instituciones económicas, sociales y políticas basales en la conformación singularizadora de aquél: nos referimos a la negociación colectiva, desde su consideración de "motor" del sistema de relaciones laborales[1].

[1] Gráficamente se viene a calificar de "*corazón de las relaciones industriales"*, vid. Merli

Con un amplio punto de perspectiva, si se realizara, aunque a muy grandes rasgos, el análisis dentro de un concreto marco geográfico y temporal que abarcaría al Estado español y a las reformas legislativas acometidas desde la ley 11/1994, de 19 de mayo, hasta la actualidad, se puede afirmar, sin lugar a equívocos, que las reformas acaecidas en este dilatado período de casi un cuarto de siglo han incidido sobremanera respecto de los criterios conformadores del sistema negocial colectivo del sistema español de relaciones de trabajo.

Como subsistema central de las relaciones laborales, la negociación colectiva desde su vertiente política, económica y social en el seno del entero sistema del mundo productivo, se constituye en atalaya inmejorable desde la cual realizar un análisis de conjunto de las acciones de reforma acometidas en los últimos años, y en las que poder destacar y constituirse en vivo ejemplo de cómo la línea evolutiva del Derecho contemporáneo se destaca por la apreciable mutación del sistema jurídico en general y de su paradigma de racionalidad.

Nuestra hipótesis central, adelantando así lo que será una de las premisas principales de la conclusión final, es que debido a la constitución en imperativo básico de los sistemas jurídicos de una apremiante necesidad de adaptación a la realidad cambiante que viene a gobernar[2], ello motiva el que el dogma de la racionalidad y coherencia del sistema deba convivir, si no configurarse como un imperativo de segundo grado, con los de diversificación jurídica y descentralización normativa, asumiendo plenamente el "principio" lógico que postula que para el gobierno de la sociedad contemporánea, compleja y heterogénea, descentralización y diversificación se constituyen en principal, y quizás única, vía de gobernabilidad posible[3]. Ello aportaba una, en principio, respuesta razonada –aunque, a nuestro juicio, poco razonable- a los procesos de reforma legislativa que se acometieron en la década de los noventa del siglo pasado, y cuya lógica político-jurídica viene a consolidarse en las medidas legislativas de reforma que han singularizado la última década vivida en un período continuado de permanente crisis económica.

---

Brandini, P.: "Ruolo e prospettiva della contrattazione confederale", en *Prospettiva sindicale,* nº 1, 1980, pág. 16.

[2] Vid. Amselek, P.: "L'evolution générale de la technique juridique dans les sociétes occidentales", RDP, 1982. Desde una vertiente jurídico laboral y para la situación negocial española, ello se puso de relieve en Molina Navarrete, C.: "La nueva dialéctica afectación/desafectación entre convenios y estructura de negociación tras las reformas laborales de 1994 y de 1997", *Relaciones Laborales*, nº 5, 1999, págs. 11 y ss.

[3] Desde un análisis global y crítico de esta evolución, vid. Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Recientemente, del mismo autor, vid.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017.

Desde estos planteamientos se viene a comprender en sus términos la lógica interna que sustenta los procesos de reforma en materia de negociación colectiva que han jalonado el mencionado período histórico, que, a nuestros efectos, se inicia con la reforma de 1994 (Ley 11/94), en la que se acomete la primera y decidida gran modificación del marco legal de la negociación colectiva española, incidiendo sobremanera sobre su estructura y función, y que se cierra, hasta el momento, en 2012 (Ley 3/2012)[4]. De tal modo, se conforma un modelo de negociación colectiva en el que las reglas de acción y organización responden a pautas de mayor dinamismo, diversificación y, en fin, flexibilidad. Se abre paso, de esta manera, una diáfana línea de política jurídica en la que la intervención normativa del Estado no está fundamentalmente enderezada a una labor de igualación de posiciones contractuales desiguales, sino que en buena medida reformula su papel de instrumento de gobierno del mercado[5], procediendo a acoger una concreta opción de política del derecho favorecedora de la producción negocial diversificada y específica para el ámbito que se pretenda normar, lo que provoca consecuentemente una tensión dialéctica entre unidad y diversidad, entre estabilidad o fluidez del proceso de negociación, y entre conservación o adaptabilidad de la estructura negocial, haciéndose primar tras las reformas el segundo de los términos dialógicos[6].

En tales términos, se comprende que la línea de reformas acometidas debía incidir, dentro del marco jurídico de negociación colectiva, sobre los ejes cardinales del sistema negocial: sobre su estructura, sus funciones, y, corolario

[4] Línea política-jurídica de promoción de la negociación colectiva de empresa que se identifica en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno, y que viene ejemplificada recientemente en Francia con la promulgación de la *"Ordonnance n° 2017-1385, du 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective"*.

[5] Acerca de la concreta incidencia de los procesos de reforma de la legislación laboral y la incidencia de las mismas en la labor normativa del Estado, destacando su mayor actividad legislativa aunque de menor contenido garantista, vid. Valdés Dal-Ré, F.: "Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual", *Relaciones Laborales*, 17/2000. En la doctrina italiana ya fue puesta de manifiesto esta tendencia de política del Derecho, así el muy ilustrativo y riguroso trabajo colectivo, De Luca Tamajo, R. (Dir.): Garantismo legislativo e mediazione politico-sindicale: prospettive per gli anni '80", en AA.VV. *Dal Garantismo al controllo*. Edit. Giuffrè. Milano. 1982.

[6] Por parte de nuestra doctrina científica, desde la década de los noventa del siglo pasado se ha venido poniendo de relieve los términos dialécticos que se presentan entre los valores de unidad y autonomía, uniformidad y diversidad en la normación jurídica del sistema negocial de las relaciones laborales españolas. En este sentido, significativos ejemplos de ello son los estudios de Casas Baamonde, M. E.: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", Relaciones Laborales, nº 17 y 18/1994, pág. 318; Martín Valverde, A.: "*Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo"*, en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo XII, Vol. 2º, Madrid, pág. 384; Molina Navarrete, C.: "La nueva dialéctica afectación/desafectación...", op. cit., pág. 12.

de ambas, sobre la distribución de poderes de los sujetos implicados en el sistema de relaciones laborales.

La funcionalidad del tratamiento analítico de estas dos variables, en el contexto de las reformas legislativas que fructifican a la luz del modelo que se deriva de tales postulados, se encuentra en que a su través se podrá conocer el diferente cometido que le viene atribuido a la negociación colectiva dentro del actual contexto socio-económico[7]. Ello nos permitirá comprender, de este modo, los efectos que conlleva la nueva racionalidad del sistema jurídico, y, por extensión, el sistema jurídico-negocial.

Así, de un lado, lleva aparejados los efectos, sin solución de continuidad, por un lado, de un evidente respaldo al impulso que se dio en la década final del siglo pasado para la diversificación de las posibles expresiones de la negociación colectiva en el sistema de relaciones laborales español, no en el sentido de que se procediera a crear nuevos productos negociales, sino, más bien, de otorgarles a los mismos carta de naturaleza, esto es, de normalizar jurídicamente su utilización, dándose por terminada, en cierto modo, la tradicional caracterización que los singularizaba hasta el momento: el haber permanecido en las "zonas de marginalidad" existentes dentro del marco español de negociación colectiva; y, de otro lado, en la muy renovada determinación de los criterios de articulación de la estructura interna del sistema de negociación colectiva, el cual por mor de los elementos modificativos del orden estructural se viene a caracterizar por su complejidad y diversificación, los mismos han supuesto que se haga preciso la actuación de unos principios de ordenación que son propios de las relaciones internormativas de los ordenamientos complejos[8].

Partiendo de estas primeras reflexiones generales e introductorias, cuando se pretende abordar el estudio de la estructura de la negociación colectiva hay que partir, en todo caso, de que la misma no es producto o derivado de un solo factor o variable, sino que viene a ser el resultado de una interrelación dinámica, abierta y con una diferente intensidad de una extensa relación de factores que se producen en cada momento histórico y en un concreto ámbito territorial[9].

---

[7] Destacando el interés del análisis de ambas facetas –estructura y funciones- de la negociación colectiva al objeto de una adecuada comprensión de los elementos que conforma la institución y el papel que cumple en la sociedad, se pueden destacar los ya clásicos estudios de Rivero Lamas, J.: "Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 89/1998, págs. 381 y ss.; Casas Baamonde, M.E.: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas...", op. cit., pág. 292 y ss.; Molina Navarrete, C.: "La nueva dialéctica afectación/ desafectación...", op. cit., pág. 10 y ss.

[8] En este sentido, vid. Casas Baamonde, M.E.: "La estructura de la negociación colectiva...", op. cit., págs. 292 y ss.

[9] Poniendo de relieve esta necesaria óptica de análisis e interpretación de la estructura

Especial relieve tienen los factores de naturaleza jurídica, los cuales tienen una tipología y origen diversos. Así, un primer nivel de ellos serían las previsiones dirigidas a la ordenación legal y convencional del marco de desarrollo de la negociación colectiva, y no solo los que están destinados a regular las reglas básicas referidas a la estructura negocial colectiva, sino todas las que tienen incidencia en materia de unidades de negociación y los principios de articulación y de solución de conflictos aplicativos –concurrencia- entre convenios colectivos. Pero, como segundo nivel, se debe reparar, de igual modo, en otra serie de previsiones que influyen en esta materia sobremanera, las cuales, si bien no se dirigen de manera específica a la conformación de la estructura de la negociación colectiva, sin embargo, inciden sobre la misma de una forma cierta, por efecto colateral. Con ello nos estamos refiriendo a todas aquellas que tienen como objeto la determinación y legitimación de los sujetos para negociar convenios colectivos –entre otras materias, el reconocimiento y los criterios utilizados a tal efecto en cuanto a los sindicatos más representativos y la adscripción de facultades específicas en materia negocial, los papeles atribuidos en el ámbito de la negociación a los sindicatos y a la representación unitaria, etc.-; el reconocimiento de una diversidad de tipologías o de productos derivados del ejercicio del derecho de negociación colectiva, lo cual, tal como ocurre en nuestro sistema de relaciones laborales, encuentra sentido cuando se habla de negociación colectiva estatutaria, extraestatutaria o de la negociación de acuerdos colectivos de empresa; el reconocimiento y alcance del deber de negociar; las previsiones en materia de novación de convenios colectivos, revisión, ámbito temporal, ultraactividad; las posibilidades legales reconocidas sobre acciones de presión colectiva realizadas durante la vigencia de un convenio colectivo y dirigidas a la revisión del mismo; las previsiones sobre cuáles son las materias objeto de negociación colectiva, y cuales quedan referenciadas para su tratamiento en el nivel del contrato individual de trabajo o de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa; o, en fin, todo aquel conjunto de previsiones que permiten la exceptuación de la aplicación de un convenio colectivo[10].

---

de la negociación colectiva, vid. los clásicos estudios en la materia, Mercader Uguina, J.R.: *Estructura de la negociación colectiva y relación entre convenios*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 31 y ss.; Cruz Villalón, J.: "Estructura y concurrencia entre convenios colectivos", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 68, 2007, pág. 79; López Terrada, E.: *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 26 y ss.; Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, núm. 120/2013, pág. 125.

[10] Vid. Cruz Villalón, J.: "Estructura y concurrencia entre convenios colectivos", op. cit., págs. 77 y ss.

Pero si bien los factores jurídicos mencionados se pueden entender como cruciales en cuanto al análisis de la estructura de la negociación colectiva en un determinado sistema de relaciones laborales, no se pueden obviar otros factores adicionales, cuyo relieve, desde el plano práctico y de materialización de dicha estructura, pueden ser tanto o más importantes y determinantes que los propiamente jurídicos. En tal sentido, han de ser valorados con especial atención otros factores de índole histórico, social, económico y/o político, que nos sitúan sobre la pista para comprender qué cuestiones, como la política salarial, la intensidad en materia de descentralización productiva, la estructura empresarial, el reparto territorial del mercado de trabajo, la evolución de los sectores productivos, la propia configuración del poder político del Estado o de las organizaciones representativas de los intereses de los sujetos implicados en la relaciones laborales que están presentes en el mismo, influyen de manera cierta, a la misma vez que nos aportan una explicación, sobre cuál y como está definida la estructura de la negociación colectiva de un sistema de relaciones laborales en concreto.

Y todo ello sin obviar que la interacción entre los mencionados factores y la propia estructura de negociación colectiva se produce en una doble dirección, de modo que para poder entender y explicar adecuadamente unos y otra se ha de partir en cualquier caso de la retroalimentación que se produce entre ellos, conllevando así un proceso continuo de cambio y de evolución[11].

Llegados a este punto, una primera aclaración que se ha de realizar es que no procede en este momento analizar de manera detenida y con la profundidad que ello requiere los diferentes factores que, de un modo u otro, han incidido en la conformación actual de la estructura de la negociación colectiva que se da en el sistema de relaciones laborales español. Ello excede de la finalidad de este estudio, en tanto que en el mismo se pretende analizar cuál ha sido hasta el momento el impacto de las reformas laborales de 2011 y 2012 sobre el modelo de negociación colectiva y su estructura. Como se conoce, en las mismas se arbitraron toda una batería de medidas que incidieron de manera decidida sobre los pilares centrales del sistema de negociación colectiva español, siendo en este momento necesario valorar hasta qué punto los objetivos que se marcaron en dichas normas reformistas se han alcanzado, cuál ha sido el reflejo que las mismas tiene en el actual sistema negocial español, y cuáles son las resistencias que se pueden identificar en torno a la consecución de tales objetivos de política jurídica que se ordenaron en los mencionados procesos de reforma legislativa.

[11] Vid. Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., pág. 125.

## 2. EL MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: RASGOS FUNDAMENTALES Y EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE 1980 HASTA 2011

Viene constituyendo un punto de consenso en la doctrina científica el hecho de destacarse cómo el modelo legal de la negociación colectiva diseñado por el legislador en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, presentaba una más que evidente línea de continuidad con el sistema precedente. En el mismo se partía de un modelo en el que la intervención legal se conformaba como uno de los pilares básicos en materia de fijación de las condiciones laborales, completándose ello con la llamada a la negociación colectiva para desarrollar tal marco legal.

En cuanto a la estructura de la negociación colectiva, la misma venía determinada por las concretas características que definían el sistema de negociación colectiva del período de la dictadura franquista, manteniendo con ella una marcada línea de permanencia. Esta situación no es más que el reflejo del carácter enormemente refractario que tiene la estructura de la negociación colectiva a experimentar alteraciones o cambios inmediatos y bruscos. Los niveles de negociación colectiva, una vez que se han constituido, presentan una tendencia a permanecer en el tiempo, de forma que se produce un rechazo a cualquier modificación que de manera exógena o endógena venga a impulsar un cambio en tales dinámicas negociadoras. Los cambios son mal aceptados y recepcionados, tanto si de lo que se trata con ellos es hacer desaparecer los niveles o ámbitos negociales actuales, como si lo que se pretende es incentivar el nacimiento de nuevos niveles que seccionen los ámbitos territoriales y/o funcionales existentes. Efecto refractario que también se produce en esta materia en los supuestos en los que se articula una acción de cambio o modificación de la estructura negocial bien reorganizándola verticalmente, de forma que hay una traslación de poderes de regulación colectiva entre ámbitos o unidades de negociación de inferior a superior o a la inversa, así como las reorganizaciones que podríamos denominar horizontales, adicionando o reduciendo niveles de negociación en un determinado ámbito funcional[12].

No obstante, esta característica de estabilidad que se considera, en principio y de manera muy generalizada, como parte del código genético de la estructura de la negociación colectiva de todo sistema de relaciones laborales, sin embargo, de inmediato se ha de hacer alguna consideración adicional que relativiza tal afirmación. En este sentido, cuando se está hablando de estabi-

[12] Vid. Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, en AA.VV. (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Valdés Dal-Ré, F., codirectores): *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012, pág. 67.

lidad de la estructura, de modo inmediato se entiende que ello lleva a la idea de una consolidación estática e invariable de tales estructuras negociales colectivas que las convierten en mecanismos que por mor de la acción temporal y permanente se han petrificado, lo cual, en todo caso, no es más cierto por el simple hecho de repetirse esta idea o consideración a lo largo del tiempo y desde diversos ámbitos –evidentemente, más interesados que "interesantes"-.

La tan comentada petrificación de las estructuras contractuales colectivas ha de ser valorada en sus justos términos, por cuanto de ello se ha hecho un manifiesto –en muchos casos sin más fundamento que la propia afirmación de que tal característica es así porque se mantiene tal consideración de manera acrítica- para la articular toda una serie de acciones de reforma legislativa y de intromisión en un poder normativo autónomo reconocido a nivel constitucional. En este sentido, no cabe afirmar sin más que estabilidad equivale a petrificación. En todo caso, son múltiples las posibles influencias o vectores que pueden incidir sobre las diferentes instituciones que conforman un sistema jurídico laboral, provocando un cambio en el discurrir y desarrollo que hasta el momento las venía caracterizando. En este sentido, los diversos factores con etiología política, social, económica, técnica u organizativa que se vayan produciendo en un determinado momento histórico pueden provocar cambios en tales instituciones del sistema de relaciones laborales, aun cuando ello no se produce con idénticos niveles de incidencia y de celeridad en cuanto a su implantación.

Y es en este punto donde es interesante incidir cuando se trata de analizar el nivel de refracción que las estructura negociales colectivas de un sistema concreto de relaciones laborales tiene en cada momento. La estabilidad de tales estructuras, a diferencia de otras instituciones jurídicas laborales, es una característica que las define frente a estos otros elementos que conforman el entero sistema de relaciones laborales de un estado. Y ello no se debe interpretar como un fallo endémico del propio sistema o estructura negocial, sino como un elemento que forma parte del propio código genético de tales sistemas. Dichos factores externos, cuando inciden sobre la estructural contractual colectiva, no provocan cambios en grado comparable a los que produce en otras instituciones laborales. Los cambios que se materializan, en buena parte de las ocasiones, ni son de igual calado ni tienen un mismo sentido. Y ello encuentra su fundamento en que la estructura de la negociación colectiva dispone de resortes propios, autónomos y con una enorme fortaleza que provocan el que las influencias de los factores externos se filtren de forma que los cambios que podrían provocar no se alcancen ni de manera inmediata, ni del modo que podría estar pensándose. El modelo al que responde la estructura de la negociación colectiva en cada momento no es que sea impenetrable e inmodificable, más bien lo que lo define es que es renuente a que los cambios que se esperan a la luz de los factores

externos que inciden sobre él se puedan producir de manera inmediata. En fin, las transformaciones se producirán, pero con la pausa y los procesos que los propios resortes autónomos del sistema negocial imponga en cada momento, debiendo valorarse las mismas con una perspectiva temporal amplia[13].

Y ello no puede más que predicarse de igual modo respecto de la estructura de la negociación colectiva de España. En este sentido, y sin podernos detener en un análisis detallado de cada uno de los rasgos que la han definido en estas casi cuatro décadas de desarrollo en el actual sistema democrático de relaciones laborales, sí que cabe resaltar que aquella se definió por su práctica inmutabilidad en el período temporal que abarca desde la aprobación en 1980 del ET hasta la primera gran reforma que se realizó en materia de negociación colectiva en España, la Ley 11/1994. El modelo descentralizado y desvertebrado que se fue consolidando durante el período de la dictadura franquista, constituyéndose el mismo en el modelo de referencia sobre el que se construye el sistema democrático de negociación colectiva, se mantuvo sin modificaciones de calado por más que la expansión objetiva y subjetiva de la negociación colectiva fuera una realidad sin contestación alguna posible. El incremento del número de convenios colectivos suscritos en este período, así como la ampliación de la incidencia de los efectos de los convenios colectivos alcanzados sobre la población laboral, logra unos niveles de especial significación: un veinte y cincuenta por ciento más, respectivamente. Sin embargo, ello no obsta para que la estructura se mantenga anclada sobre la negociación colectiva sectorial de ámbito provincial y los convenios colectivos de nivel de empresa, conformándose los mismos como pequeños "reinos" con competencias reguladoras propias y no compartidas, de forma que la única regla que rige en materia de relaciones entre niveles negociales sea la de la no afectación.

La consolidación de este panorama encontró su caldo de cultivo en la confluencia de dos vectores que de un modo u otro apostaban por el mantenimiento del status actual del propio sistema de negociación. Tanto la misma definición que se hace en el ET-1980 de los términos que delimitan el sistema legal de negociación colectiva recogido en el Título III, como sobre la relación laboral individual, además de las políticas de macroconcertación social que se produjeron en la época, propiciaron que el diseño por los agentes económicos y sociales de las estrategias negociadoras se dirigiera hacia el camino de la continuidad de los rasgos que definían hasta el momento a la estructura de negociación colectiva en España[14].

[13] Vid. Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, op. cit., pág. 68.

[14] Ibidem, pág. 67.

Por más que a los interlocutores sociales se les reconociera un amplio margen de actuación en materia de estructuración del sistema contractual colectivo (art. 83.3 ET-1980), las estrategias negociadoras se centraron en los niveles negociales ya constituidos, obviando las facultades que el legislador les había atribuido para ordenar y ampliar el marco de desarrollo de la negociación colectiva. Opción de política negocial que en buen modo viene a representar los intereses tanto desde el lado del poder político, como desde la óptica de los interlocutores económicos y sociales, preservando así su estatus y la estabilidad económica y social.

Este panorama comienza a cambiar de manera tímida en los inicios de la década de los noventa del siglo pasado, optándose por definir y materializar un nuevo modelo de negociación colectiva en el que se apuesta por ejercer el poder de gobierno de la estructura contractual. Ello no se produjo de igual modo y con idéntico calado en buena parte de los ámbitos de negociación colectiva, sino que su materialización tuvo un alcance muy limitado, centrándose en sectores de actividad muy concretos, caracterizados por una extrema descentralización territorial de las unidades de negociación. En este sentido, las organizaciones de representación de intereses a nivel estatal optan por superar la regulación ordenancista de la dictadura a fin de sustituirla por un convenio colectivo general (química, construcción,…) que no sólo actúa como marco de regulación de las condiciones de trabajo del sector, sino también, y a la misma vez, como instrumento de ordenación de la actividad negocial en el sector, potenciándose de manera directa a las estructuras organizativas de carácter federal.

Dentro de este marco se produce la primera gran reforma del sistema legal de la negociación colectiva en España, materializado a través de la Ley 11/1994, la cual, como se conoce, vino a singularizarse por tener como uno de los objetivos definidos de política jurídica la intervención legislativa en materia de estructura contractual. En este sentido, se apostó por un decidido repliegue de la acción normativa estatal en materia de las relaciones laborales, sustituyéndose el garantismo legislativo por un garantismo colectivo que lleva a que pivote a partir de ese momento el marco regulador de las relaciones laborales sobre la actividad contractual colectiva. Adicionalmente, la acción de reforma legislativa se centró en el tratamiento de una cuestión que, hasta ahora, y tal como se ha comentado, había sido objeto de desatención buscada por parte de los agentes económicos y sociales y por los poderes públicos, articulándose una batería de previsiones que incidieran sobre la estructura de la negociación colectiva. Un tercer elemento de reforma que consideramos importante en esta materia fue la derogación de las ordenanzas laborales del franquismo, lo cual conlleva el que desaparezca una serie de previsiones que, en buena parte de las ocasiones, actuaba como elemento desincentivador de

la propia acción normativa colectiva. Y, por último, dentro de este paquete de medidas debe resaltarse el conocido impulso que el legislador otorgó a uno de los posibles productos de la negociación colectiva, como fueron los conocidos como acuerdos colectivos de empresa, jalonándose la regulación de buena parte de las instituciones jurídicas laborales de previsiones que, de un modo u otro, hacían un llamamiento a ser tratados aspectos específicos de las mismas a través de esta modalidad de acuerdos colectivos[15].

Pues bien, si se perfila a grandes trazos un análisis de conjunto de tales medidas y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva[16], se puede afirmar que se aprecia un doble impulso con un patente efecto y planteamiento de política jurídica negocial contrapuesta. De un lado, se incentiva la negociación a nivel de empresa en tanto que se abren y se establecen concretos espacios de desarrollo propio para la negociación a este nivel. Y, de otro, se produce una cierta tendencia negocial hacia la centralización contractual y la constitución de nuevas unidades de negociación de ámbito estatal, ensayándose por los negociadores fórmulas de reparto y de distribución de competencias negociadoras entre los diferentes niveles negociales. La supresión de las ordenanzas laborales jugarán en esta materia un especial papel en este proceso de nacimiento de nuevas unidades negociales centralizadas, de modo que ya no sólo las propias previsiones legales en orden a la articulación y materialización del proceso de sustitución de las mismas, sino también las propias estrategias perfiladas por las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas a nivel estatal para implementar tal proceso, actúan en este sentido como un doble elemento de impulso que se alimenta uno al otro en pos de la mencionada nueva tendencia de la negociación colectiva, reordenando incluso los ámbitos funcionales existentes hasta ese momento. En este sentido, en el proceso de sustitución de las ordenanzas se produce, en un número representativo de procesos negociales, que los ámbitos funcionales de los nuevos convenios colectivos no se corresponden con el de los previstos en las normas reglamentarias que viene a sustituir, reordenando y rediseñando la estructura negocial de acuerdo a las exigencias sociales, económicas y organizativas de los propios sectores afectados.

Esta situación lleva a un evidente avance de la negociación colectiva estatal que reduce en cierta forma el peso y los ámbitos de afectación y cobertura dentro de la estructura de la negociación colectiva de los convenios colecti-

[15] Para un estudio en profundidad de los acuerdos colectivos de empresa, vid. García Murcia, J.: *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998; García Jiménez, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2005.

[16] Un estudio detallado en Valdés Dal-Ré, F.: *"Dirigismo y autonomía colectiva en los períodos de reforma de la estructura contractual"*, en AA.VV. (Pedrajas Moreno, A., coord.): *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 143 y ss.

vos sectoriales provinciales, aunque si bien tal avance encontró un importante obstáculo en otras de las medidas legislativas adoptadas en la reforma laboral de 1994: la derogación de la regla de la no afectación de un convenio colectivo durante su vigencia en beneficio de la negociación colectiva de ámbitos inferiores tanto en su vertiente funcional como territorial, autorizándose así a sustraerse de la disciplina contractual establecida en el convenio colectivo de ámbito superior. Ello, como es obvio, sustrae a los interlocutores sociales la facultad de reordenación de las relaciones entre niveles negociales, imposibilitando y obstaculizando así cualquier experiencia de articulación de la negociación colectiva.

Aun con tales trabas en cuanto a la articulación de la negociación colectiva, los interlocutores sociales a nivel estatal convinieron en 1997, a través de la suscripción del "Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva", en articular una serie de medidas que se dirigen de manera expresa a articular de manera adecuada los diferentes ámbitos de negociación. En tal sentido, se incentivaba en el mismo la constitución de un modelo de estructura negocial basado en el principio de distribución competencial y especializada de los diferentes niveles contractuales, esto es, en la especialización funcional de los ámbitos de negociación colectiva. En este punto, la negociación a nivel sectorial estatal se configuró como el eje central para el desarrollo e implementación de este modelo, permitiéndosele a la misma optar entre las diversas alternativas que para alcanzar tal objetivo se preveían en dicho acuerdo interconfederal.

Como se puede deducir a la vista de tales planteamientos de política negocial, el proyecto centralizador, plural y flexible que se pergeñó en materia de estructura contractual colectiva distaba mucho de los planteamientos legislativos de la reforma laboral de 1994, lo que no dejaba excesivo margen de maniobra y, mucho menos, de duda acerca de cuál podría ser la suerte de tal proyecto articulador de la negociación colectiva. Esta valoración encontró confirmación, a no mucho tardar, cuando el Tribunal Supremo se pronunció[17] destacando que el párrafo 2º del art. 84 ET, conformado como derecho necesario absoluto que no puede ser excepcionado por acuerdos o convenios colectivos interprofesionales, se impone sobre lo previsto en el art. 83.2 al cual aquel excepciona y limita. Por tanto, el nuevo marco regulador sobre la concurrencia convencional –y que incide sobremanera respecto de la estructura contractual colectiva- previsto en el art. 84.2º ET se configura de forma tal que vacía en buena parte el potencial articulador y estructurador que en su momento se reconocía a los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales, reduciéndose así su campo potencial de efectividad jurídica al supuesto

[17] STS –Sala de lo Social- de 22 de septiembre de 1998 (Rec. 263/1997).

legal previsto en la regla de no afectación del art. 84.1 ET, así como sobre las materias reservadas a tal nivel negocial en el art. 84.3 ET u otras que, aun no estando reflejadas en esta relación, no tenga reconocida legalmente la prevalencia aplicativa prevista en el mencionado art. 84.2 ET.

Tal planteamiento de política jurídica en materia de las reglas sobre la estructura y la articulación de la negociación colectiva pone así de relieve cómo la maduración del sistema democrático de relaciones laborales iniciado en 1978 se liga a un movimiento por el que se consolida la opción de política del derecho hacia un modelo de intervencionismo jurídico de carácter estructural sobre los procesos y desarrollos negociales[18], abarcando, además de las mencionadas reglas de estructuración y articulación convencional, los elementos clave del ejercicio de este derecho por los agentes económicos y sociales. Aun cuando se parte del reconocimiento de la libertad de elección de la unidad de negociación, atribuyéndose a las partes la delimitación funcional y territorial del campo de aplicación del convenio colectivo[19], sin embargo, tal principio queda de inmediato matizado –si no excepcionado-, por toda una serie de previsiones que motivan el que las mismas se configuren como un sistema juridificado y complejo tanto en el plano de su interpretación, como en el nivel de su aplicación y puesta en práctica. En tal sentido, el modelo se conforma a través de una serie de planos competenciales materiales y funcionales, como son: de un lado, las competencias en materia de estructuración y articulación convencional que se le reconoce a los acuerdos y convenios colectivos interconfederales, pudiendo estos identificar unidades negociales y asignar competencias normativas (art. 83.2 ET); de otro, en estrecha vinculación con ello, se reconoce a determinados sujetos colectivos con específicos requisitos de representatividad en los niveles superiores de negociación, un poder de establecer reglas de coordinación contractual colectiva que pueden actuar con carácter preferente (art. 83.2 en relación al art. 84.1 ET) o con carácter subsidiario a las previsiones legales en materia de concurrencia (art. 83.2 en relación al art. 84.2 y 3 ET); en tercer término, se produce una decidida intervención legislativa, de manera directa e indirecta, en la asignación de competencias reguladoras a una diversidad de instancias contractuales colectivas, de forma que se incrementa el intervencionismo legal a través de una muy definida ordenación competencial y aplicativa en materia de la autonomía colectiva; por último, en esta materia se concretan reglas legales de ordenación competencial y de aplicación para los diferentes niveles de negociación (en tal sentido, de manera prioritaria aunque no exclusiva, las previsiones del art. 84 ET)[20].

[18] Vid. Mariucci, L.: *La contrattazione collectiva*, Il Mulino, Bolonia, 1985, pág. 301.

[19] En tal sentido, STC 136/1997, de 22 de julio.

[20] Vid. Navarro Nieto, F.: *"La estructura de la negociación colectiva"*, en AA.VV. (De

La situación inicial de partida del actual sistema democrático de relaciones laborales español, plasmado en la versión de 1980 del ET, fue en materia de ordenación del tejido contractual colectivo una posición de moderada neutralidad, con el objetivo de asegurar la estabilidad del sistema de negociación colectiva. Tal planteamiento abstencionista y promocional, sin embargo, provocó que más allá de alcanzar tal estabilidad tales mecanismo se convirtieran en correa de transmisión de una tendencia continuista del modelo heredado de la dictadura franquista. Frente a ello, en los años noventa el legislador, como se ha destacado, modifica este posicionamiento político jurídico inicial en pos de una legislación dirigista en materia de estructura contractual, apostando por el objetivo de una mayor descentralización, articulación y especialización funcional de los diferentes niveles de negociación[21], que ha servido para crear una indudable cultura de la articulación entre las diversas unidades de negociación, incentivando la complementariedad entre las mismas. Ello provocó como efecto positivo el que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas asumieran el gobierno del sistema de negociación colectiva, dando paso a una tendencia centralizadora más eficaz y eficiente en el terreno de la lógica contractual colectiva[22]. Sin embargo, a la misma vez, este marco legal contenía una traba perfectamente definida al gobierno autónomo del sistema negocial español en tanto que los acuerdos del art. 83.2 ET quedaban inermes en su función ordenadora, y ello en tanto que a estos se conforman como instrumentos supletorios de las reglas previstas en el art. 84.2 y 3 ET, provocando así la huida –promocionada- de los marcos convencionales estatales, e impidiendo así la renovación negocial que los mismos pretendían impulsar. En especial, ello ha sido vehiculizado para que se mantuviese en España la tradicional unidad típica de los procesos contractuales: la rama de actividad o sector de producción de carácter provincial. Y, por otro lado, que el peso de las unidades contractuales de ámbito reducido –de empresa o ámbito inferior- siguiera siendo la unidad típica de nuestro sistema de relaciones laborales.

En este sentido, si descendemos al análisis de los datos sobre negociación colectiva del período analizado, la fisonomía del tejido negocial que existía en el momento en el que el legislador redactó el ET en 1980, era la de un

Soto Rioja, S., coord.): *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva. XXVII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2009.

[21] Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: *"La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores"*, en AA. VV.: *Veinte años de negociación colectiva. De la regulación legal a la experiencia negocial*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2001, pág. 86.

[22] Vid. Baylos Grau, A. P.: *"Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 83 y 84)"*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 100, 2000, pág. 1.474; Navarro Nieto, F.: *"La estructura de la negociación colectiva"*, op. cit., pág. 232.

sistema de negociación colectiva en el que la unidad típica estaba radicada en el nivel de empresa (en 1981 representaba el 65,9% de la negociación colectiva en España), en tanto que el ámbito negocial sectorial provincial se conformaba como la unidad contractual preferente en cuanto al número de trabajadores cubiertos por este tipo de negociación (en 1981 representaba el 48,1% de los convenios colectivos en función de la población laboral cubierta por convenio)[23].

La evolución del sistema de negociación colectiva durante el período de desarrollo y asentamiento del sistema democrático de relaciones laborales español, y que abarcaría el arco temporal comprendido entre los años 1981 a 1994, una primera consideración a realizar es que en el mismo se produce un incremento muy destacado de los procesos de negociación colectiva que dan lugar a la suscripción de convenios y acuerdos colectivos. Se llega a duplicar la contratación colectiva[24], aunque esta situación no encuentra un reflejo equivalente en cuanto a las diferentes unidades de negociación. Así, el número de convenios colectivos de ámbito de empresa o inferior mantiene durante este período un crecimiento mantenido, representando el 72,40% del total de convenios colectivos negociados en 1992[25].

Por contra, la negociación colectiva de ámbito sectorial provincial sufre una lenta regresión que, aunque no se puede considerar como brusca, sin embargo sí que refleja un retroceso evidente de hasta algo más de tres puntos porcentuales: para el período 1981-1993, los convenios colectivos sectoriales provinciales representaban en 1981, un 28,5% del total de convenios, pasando en 1993 a suponer el 25,2% del total[26].

En cuanto a la negociación colectiva de ámbito interprovincial, en el período estudiado se aprecia la estabilidad de los datos referidos a esta unidad contractual, representando en 1985 un 0,57% del total de convenios negociados, cifra que prácticamente se repite casi una década después, suponiendo en 1992 un 0,59% del total[27].

Por último, en cuanto a la negociación colectiva a nivel estatal, comparte una situación equivalente a la reflejada respecto de los convenios colectivos interprovinciales, manteniéndose en una situación de estancamiento sus

[23] Vid. Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, op. cit., pág. 77.

[24] Vid. CES: Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España. Año 1999, CES, Madrid, pág. 297.

[25] Vid. CES: Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España. Año 1999, op. cit., pág. 298.

[26] Ibidem, pág. 299.

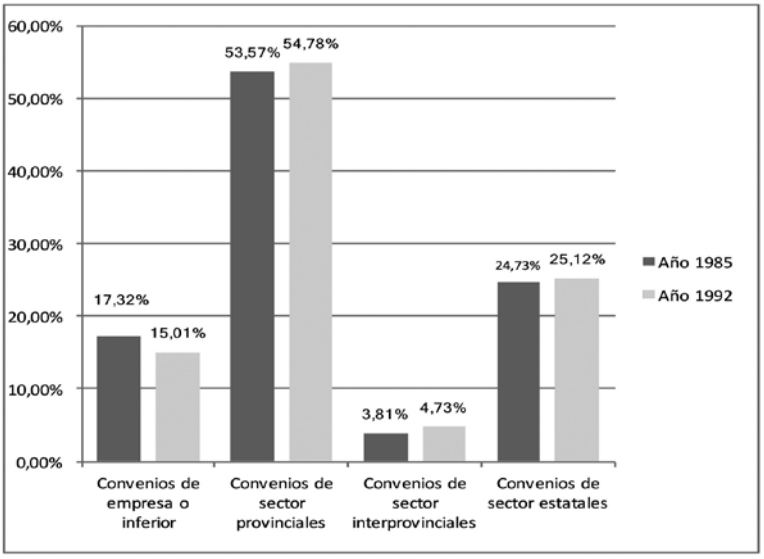
[27] Ibidem, pág. 300.

porcentajes respecto del total de convenios colectivos suscritos en tal período. Así, si en 1985 suponían el 1.32% del total, tales porcentajes se mantienen en la atonía, pues la cifra de convenios colectivos estatales respecto del total de convenios colectivos alcanzados en 1992 representa un 1.33%[28].

Si el análisis se traslada a la dimensión de las tasas de cobertura de la negociación colectiva, lo cual es, a nuestro juicio, un elemento a valorar de especial relieve ya que se pasa de la perspectiva puramente cuantitativa, esto es, de los datos sobre convenios colectivos suscritos y las unidades contractuales en las que ellos se realizan, a una dimensión más cualitativa, por cuanto que ello nos pone sobre la pista de cuál es la incidencia que tales ámbitos o unidades negociales tienen respecto a los trabajadores incluidos dentro del ámbito funcional y territorial por ellas determinado.

En tal sentido, respecto de los mencionados porcentajes de trabajadores incluidos en cada unidad negocial en relación con el total de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva, los datos del período analizado se representan en el siguiente gráfico:

Gráfico 1: TASA DE COBERTURA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS POR ÁMBITO FUNCIONAL Y TERRITORIAL




Fuente: Elaboración sobre los datos de los Anuarios Estadísticos sobre negociación colectiva. MTSS y MTAS

[28] Ibidem, pág. 300.

Como se puede apreciar, la tasa de cobertura de la negociación colectiva de ámbito de empresa o inferior viene a caracterizarse durante el período analizado por, en primer lugar, contar con un relieve moderadamente modesto dentro del sistema de negociación colectiva española, en tanto que si en 1981 dicha tasa se encontraba en un 20,94%, la misma se retrae a un 17,32% en 1985, y sufre una disminución lenta pero progresiva que la sitúa en 1992 en un 15,01%; y, en segundo término, dicha unidad contractual, como se ha indicado, en poco más de quince años desde que se inició el actual período democrático de las relaciones laborales en España, ve cómo va reduciéndose su peso cualitativo en cuanto a la incidencia que sus previsiones tienen respecto a la población trabajadora que se encuentra cubierta bajo el ámbito de la negociación colectiva, retrocediendo en hasta seis puntos porcentuales.

Por el contrario, la negociación colectiva sectorial cuenta con una dinámica diferente en relación a las variaciones de la tasa de cobertura en este período, puesto que en todos los casos la misma se incrementa en torno a un punto porcentual a lo largo de estos años. Y así, la negociación sectorial provincial cuenta con una tasa de cobertura en 1985 del 53,57%, incrementándose al 54,78% en 1992; los convenios colectivos sectoriales interprovinciales tienen una tasa de 3,81% en 1985, y de 4,73% en 1992; y, en fin, los convenios colectivos sectoriales estatales cubren al 24,73% en 1985, elevándose esta cifra hasta el 25,12% en el año 1992.

Por tanto, si bien las tasas de incremento en tales ámbitos contractuales son muy modestas, en todo caso lo que hay que resaltar a la vista de tales datos es cómo los niveles contractuales sectoriales representan en España las unidades con mayor peso específico en cuanto a los índices de cobertura de la población laboral, contando en este punto con un especial protagonismo los convenios sectoriales provinciales, ya que alcanza a casi la mitad de los trabajadores cubiertos por la negociación colectiva. Y, partiendo de ello, si sumamos los diferentes porcentajes de cobertura de todos los convenios sectoriales, nos encontramos con que representan un total de casi el 85% de los trabajadores cubiertos por la negociación, lo cual no puede más que llevar a afirmar que los mismos se conforman en los auténticos marcos reguladores de nuestro sistema de relaciones laborales.

Dentro de este panorama negocial se produjo, como hemos destacado anteriormente, la primera gran reforma del marco jurídico de la negociación colectiva en España, materializada a través de la Ley 11/1994. En ella se apuesta por el repliegue de la acción normativa del Estado en materia de las relaciones laborales incentivando el garantismo colectivo como eje normador del sistema de relaciones laborales. Desde tal planteamiento se incide con especial calado en materia de estructura de la negociación colectiva, lo cual

se articula en torno a un doble movimiento con aparente contraposición de lógicas jurídico-negociales. De un lado, el primero de tales ejes de reforma fue el del impulso de los ámbitos negociales de empresa, por un lado, a través de uno de los posibles productos de la negociación colectiva, como fueron los conocidos como acuerdos colectivos de empresa, salpicándose el marco legal de regulación de buena parte de las instituciones jurídicas laborales de previsiones que hacían un llamamiento a su tratamiento a través de esta modalidad de acuerdos colectivos; y, por otro, a través de los sistemas de descuelgue a nivel de empresa de las previsiones en materia salarial contenidas en los convenios colectivos de ámbito sectorial que le fueran de aplicación. En cuanto al segundo de los ejes de reforma se articula sobre la promoción de la tendencia negocial hacia la centralización contractual y la constitución de nuevas unidades de negociación de ámbito estatal, a lo cual contribuyó la supresión de las ordenanzas laborales que debería llevar al nacimiento de nuevas unidades negociales centralizadas. No obstante, aun inscribiéndose en tal línea la reforma del art. 84 ET, por cuanto hay una indudable apuesta por las unidades contractuales sectoriales, sin embargo, en esta dualidad de planteamientos contrapuestos que define la reforma laboral de 1994, se aprecia a la misma vez la promoción de un proceso de descentralización con diversidad de posibles alcances, por cuanto que se abre a los ámbitos inferiores al estatal pero superior al de empresa la regulación autónoma de específicas materias laborales, y por tanto, la viabilidad de una negociación colectiva sectorial de ámbito territorial autonómico y provincial.

Tal planteamiento de política jurídica que tiene como uno de los objetivos principales el de modificar el curso del modelo de estructura de negociación colectiva que venía desarrollándose hasta la fecha, hay que ponerlo en relación a la vez con la materialización de los acuerdos interprofesionales de negociación colectiva que se fueron produciendo a partir de 1997. En este sentido, los acuerdos suscritos en el período de 1997 a 2007 tienen como uno de sus objetivos principales el de favorecer una estrategia de negociación colectiva centralizadora en la que el convenio colectivo sectorial estatal se constituye en el eje central para garantizar la unidad y uniformidad en cuanto condiciones mínimas del sector de actividad. Y ello se formula a la vez con la expresa voluntad de que además dichos acuerdos vengan a desarrollar una labor de articulación negocial y de especialización funcional, de manera que a su través se permita el tratamiento especializado y descentralizado de concretos núcleos temáticos que se consideran básicos dentro de la negociación colectiva. Esta última dimensión funcional impulsada por los acuerdos interprofesionales suscritos a partir de 1997 constituye una de las novedades más señeras dentro del proceso de reorganización de la negociación colectiva que ellos mismo impulsan.

Sin embargo, hay que coincidir que tan loable fue el intento de los interlocutores económicos y sociales para con el objetivo de reorganizar la negociación colectiva, como a la misma vez hay que destacar los importantes obstáculos que para la consecución de tal objetivo se encontraron. Así se encontraron con dos elementos que obstaculizaban con especial fuerza el alcanzar tal objetivo. De un lado, las reglas del art. 84 ET que permiten que los niveles sectoriales inferiores al estatal puedan constituirse como unidades contractuales autónomas ajenas a las orientaciones sobre negociación colectiva que se marcan a nivel más centralizado, actuando como instrumentos de resistencia frente a las directrices que marcan tanto los acuerdos interconfederales como los convenios sectoriales estatales[29]. De otro, la débil disciplina en materia de actividad negocial que muestran las federaciones y asociaciones sindicales y empresariales respecto de los acuerdos que en esta materia suscribían a nivel más centralizado las grandes confederaciones sindicales y patronales españolas a las que aquellas se encuentran ligadas, mostrándose así totalmente indiferentes a los planteamientos intersectoriales y sectoriales reflejados en acuerdos y convenios colectivos de ese nivel funcional y territorial.

A la vista de esta situación, se afirma que las patologías de las que adolecía la negociación colectiva española venían a perdurar y perpetuarse en el tiempo. La atomización y la dispersión de las unidades de negociación, así como la escasa o nula organización de las mismas, en las que hay una expresa y buscada ignorancia por parte de las diferentes unidades contractuales sobre las reglas de reparto material y de coordinación que se diseña tanto en la ley como en la negociación colectiva, hacen que se califique a nuestro sistema negocial colectivo como inmerso en un *"nuevo autismo"*[30] que imposibilita la coordinación de la de la negociación colectiva como sistema negocial racional y razonable.

Si descendemos al análisis de la experiencia negociadora colectiva en el período comprendido que abarca desde la primera gran reforma del marco legal de la negociación colectiva de España, esto es, 1994, y el año inmediatamente anterior a la segunda gran reforma legal de dicho marco jurídico, 2010, nos encontramos con los siguientes datos.

---

[29] Buen ejemplo de ello son los casos que ponen de relieve este enfrentamiento entre sujetos negociadores vinculados organizativamente a las confederaciones sindicales y patronales, y que se resuelven a favor de la fuga de la disciplina de aquellos, STS –Sala IV, de lo Social- de 28 de enero de 2004 (RJ 2004, 2180), o de 19 de julio de 2007 (RJ 2008, 293).

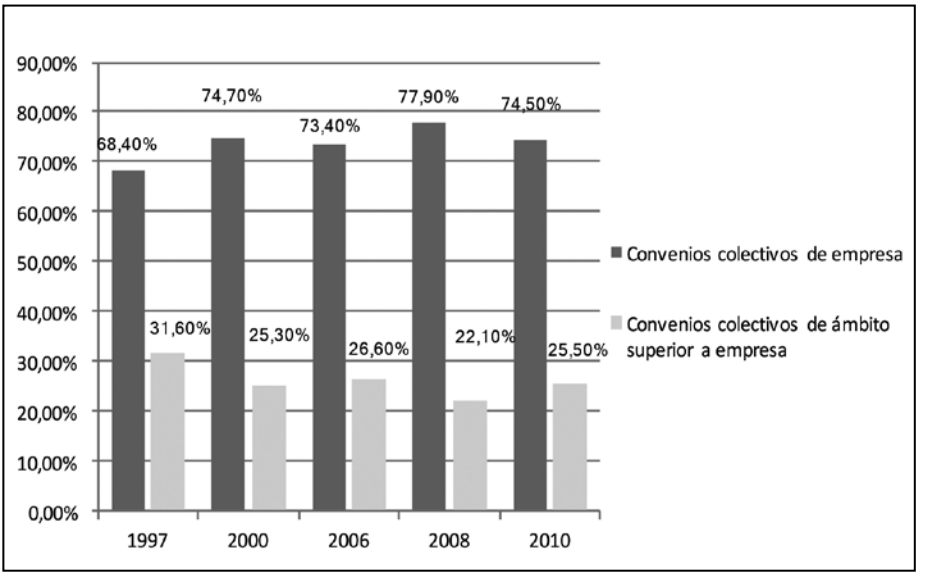
[30] Vid. Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *"Conclusiones generales"*, en AA.VV.: *Experiencias de la negociación articulada*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2003, pág. 306.

Tabla 1: CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS EN EL PERÍODO 1997 A 2010

| Convenios colectivos firmados | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Total | | Convenios de empresa | | Convenios de otro ámbito | |
| Año | Convenios | Trabajadores | Convenios | Trabajadores | Convenios | Trabajadores |
| **1997** | 1.940 | 3.645.220 | 1.326 | 331.113 | 614 | 3.314.107 |
| **2000** | 1.749 | 2.975.535 | 1.308 | 257.500 | 441 | 2.718.035 |
| **2006** | 1.197 | 2.156.114 | 879 | 232.709 | 318 | 1.923.405 |
| **2008** | 981 | 1.732.686 | 765 | 202.667 | 216 | 1.503.039 |
| **2010** | 605 | 1.022.529 | 451 | 144.600 | 154 | 877.929 |

Fuente: Elaboración propia sobre los datos de los Anuarios Estadísticos sobre negociación colectiva. MTSS y MTAS.

Gráfico 2: PORCENTAJE DE CONVENIOS COLECTIVOS SEGÚN SU ÁMBITO DE NEGOCIACIÓN - PERÍODO 1997-2010



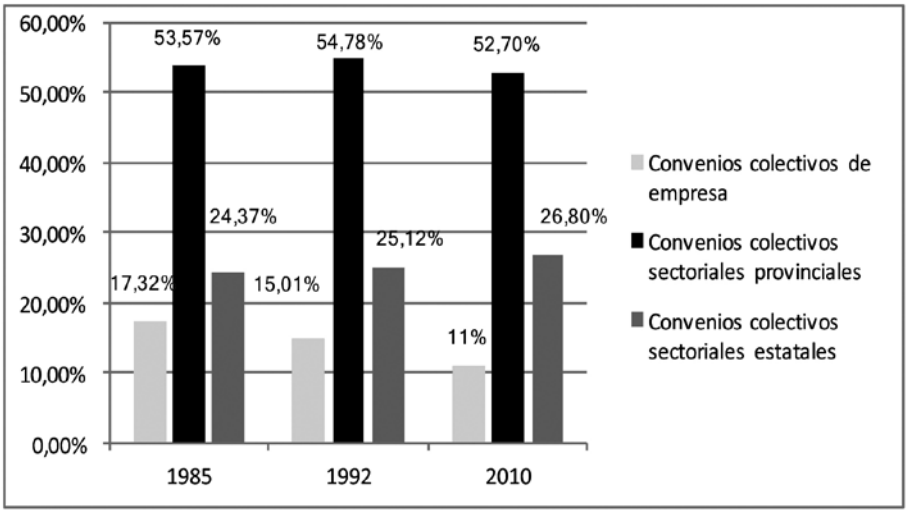

Fuente: Elaboración sobre los datos de los Anuarios Estadísticos sobre negociación colectiva. MTSS y MTAS.

De su análisis se puede afirmar que, tras quince años de vigencia del nuevo marco legal sobre la negociación colectiva prevista en el ET, su estructura apenas presenta variaciones reseñables que indiquen que se ha producido en este período un cambio en las tendencias de desarrollo de la actividad contractual colectiva desde el punto de vista de los ámbitos en la que la misma se lleva a cabo. En tal sentido, tal como se puede comprobar (tabla 1 y gráfico 2), los porcentajes de la negociación colectiva a nivel de empresa representa en este período un peso que ronda el 75% del total (1997: 68,4%; 2000: 74.7%; 2006: 73,4%; 2006: 77,9%; 2010: 74,5%), en tanto que la negociación realizada en ámbitos superiores al de empresa, de manera acumulada, representa el 25% del total de los convenios colectivos suscritos en dicho período. Y, dentro de estos últimos, la negociación colectiva a nivel sectorial provincial representa el 19%, quedando con un reducido porcentaje los convenios de ámbito autonómico (1'6%) y de ámbito estatal (1'8%).

En cambio, desde el plano de los índices de afectación y de cobertura de dicha negociación colectiva (gráfico 3), la incidencia que los convenios colectivos tienen respecto de la población trabajadora, esto es, respecto del número de trabajadores que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de un convenio colectivo y ello en contraste con el ámbito funcional y territorial definido en el mismo, de nuevo se reitera cómo la negociación a nivel de empresa, aun siendo la que cuenta con mayor número de convenios suscritos, representa el convenio de referencia para algo más del 15% del total, manteniéndose así la tendencia a la reducción de su nivel de afectación (en 1985 alcanzaba el 17,32%, y en 1992, representaba el 15,01%). Por el contrario, sigue siendo el nivel provincial el que ámbito contractual de referencia para más de la mitad de la población trabajadora cubierta por convenio colectivo, de modo que en 2010, los convenios colectivos de ámbito provincial afectaban al 53,7% de dichos trabajadores, cifra ésta que se mantienen con una mínima variación a la baja respecto del acumulado histórico (1985: 53,57%; 1992: 54,78%). Respecto al índice de cobertura de la negociación colectiva a nivel estatal, esta se mantiene en torno a un cuarto de la población trabajadora afectada por convenio colectivo, representando en 2010 el ámbito o unidad de negociación que tenía como referencia el 28,2% de los trabajadores afectados por convenio (cifra que viene a reflejar el mantenimiento de los índices porcentuales de la negociación de ámbito estatal: en 1985 cubría al 24,73%, mientras que en 1992 lo hacía para el 25,12%)[31].

[31] En este sentido, vid. Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, op. cit., pág. 79.

Gráfico 3: TASA DE COBERTURA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS POR ÁMBITO FUNCIONAL Y TERRITORIAL –PERÍODO 1985-2010




Fuente: Elaboración propia sobre los datos de los Anuarios Estadísticos sobre negociación colectiva. MTSS y MTAS.

De cuanto precede, son varios los indicadores presentes en la estructura de la negociación colectiva analizada en este período que han de resaltarse. Así, de un lado, la negociación colectiva que cuenta con un mayor peso cuantitativo -referido al número de convenios suscritos-, es la de ámbito de empresa. A ella le sigue la negociación sectorial provincial, y queda a una gran distancia los convenios colectivos sectoriales estatales y autonómicos. Por más que tales índices hayan tenido ciertas variaciones a lo largo de estas tres décadas de vigencia del marco legal de la negociación colectiva, nuestra negociación colectiva se caracteriza, desde la perspectiva de la estructura contractual, por ser muy descentralizada, ya que se materializa mayoritariamente en los niveles de empresa y de sector provincial. De otro lado, tales unidades contractuales, aunque con muy distinto peso -invirtiéndose la relevancia de una y otra-, también se conforman como las preponderantes si de lo que se trata es de analizar los niveles de afectación de trabajadores, ya que representan casi las dos terceras partes del número de trabajadores cubiertos por las previsiones de un convenio colectivo. En tercer lugar, se aprecia un relevante "minifundismo negocial"[32], en tanto que hay un elevado número de convenios colectivos de empresa, siendo éstos realizados para empresas con plantillas de reducido

[32] Así, Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, op. cit., pág. 80.

tamaño puesto que el número de trabajadores cubiertos con ellos es poco significativo, lo cual nos debe llevar a destacar que la negociación colectiva sí que llega al tejido productivo típico de nuestro sistema productivo. Y, por último, se aprecia cómo nuestra negociación colectiva, además de ser descentralizada, presenta un elevado nivel de desarticulación y desvertebración si se analiza el nivel de desarrollo de la misma y de los contenidos en ella reflejados.

En fin, coincido con un solvente sector de la doctrina científica[33] que destaca que esta crítica sobre el anquilosamiento de nuestro sistema de negociación colectiva que se apreciaba en el marco temporal que transcurre desde 1994 hasta el inicio de la segunda década del actual siglo –y coincidente con la nueva gran reforma del sistema legal de negociación colectiva español-, resulta ser un tanto desmedido a la misma vez que simplificador. Como destacamos con anterioridad, las dificultades y la lentitud con la que se desarrollan los cambios en los procesos negociales y, por ende, sobre el propio modelo de negociación colectiva, no debe llevar a concluir sin más que ello se convierte en una debilidad, materializada en una patología, sin visos de solución posible. Los cambios ni se producen de forma inmediata, ni podemos esperar que se hagan con igual alcance en todos los sectores. Hay que valorar en este punto el hecho de que la intervención en los procesos negociales de sujetos colectivos negociadores que cuentan con un poder contractual concreto, respecto del cual son extremadamente celosos, provoca que la recepción de las directrices para un cambio de tendencia –para una organización y estructuración del sistema negocial- no sea ni uniforme, ni mucho menos ajena a movimientos de contestación y de rechazo. Y más, si a ello contribuye un marco legal que, cuanto menos, lo posibilita –si no es que lo incentiva-. Por ello que considero la necesidad de valorarse en este punto, tanto la actitud de los sujetos negociadores implicados, como el marco legal sobre el que ellos actúan, así como por la dificultad intrínseca que tiene la tan ansiada coordinación de la negociación colectiva como sistema -ante la cantidad de unidades contractuales y la complejidad de su articulación funcional-, para comprender que los cambios se producen y producirán en esta materia con más sosiego del que los actuales tiempos están dispuestos a asumir, produciéndose en todo caso una evidente asimetría en materia de evolución de la estructura negocial en función del sector o de los sectores ante los que nos encontremos[34].

[33] Vid., entre otros, Navarro Nieto, F.: *"La estructura de la negociación colectiva"*, op. cit., pág. 257.

[34] Para un estudio solvente sobre las diversas tendencias sectoriales en la ordenación de la estructura de la negociación colectiva, vid. Navarro Nieto, F.: *"La estructura de la negociación colectiva"*, op. cit., págs. 262 y ss.

## 3. LÍNEAS FUNDAMENTALES DE LAS REFORMAS DE 2011 Y 2012 EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA REFORMA ESTRUCTURAL DEL SISTEMA, PERO ¿UN CAMBIO DE MODELO?

Para poder comprender las causas y los objetivos de política-jurídica que se definieron en las reformas legislativas de 2011 y 2012, y que incidieron sobremanera en el marco legal de la negociación colectiva en España, hay que destacar el debate académico que se produjo, en primer término, en el seno de la doctrina científica económica, acerca de la incidencia que la estructura contractual puede tener en el comportamiento macroeconómico de un estado, para, en segundo lugar, ver cómo algunos de los principales posicionamientos de tales estudios se asumieron por parte de las instituciones y organismos internacionales que, de un modo u otro, han definido las políticas económicas de los países que, como es el caso de España, se han visto afectados por la gran crisis económica iniciada en 2007-2008.

En este sentido, hay que destacar la relevancia que se le ha ido concediendo por parte de la doctrina económica a las diferentes variables (ámbitos de los convenios y acuerdos colectivos, tasas de cobertura, vigencia temporal, eficacia jurídica y personal, fórmulas convencionales sobre indexación salarial, etc.) que se encuentran ligadas a la estructura de la negociación colectiva de un determinado sistema de relaciones laborales, advirtiendo que ello tiene una especial influencia sobre el comportamiento macroeconómico[35].

Así, en función al grado de centralización mayor o menor de la estructura contractual se considera, al menos desde la perspectiva teórica, que ello puede repercutir, entre otros aspectos, en la eficiencia de los procesos de internalización de las externalidades, además de las propias tasas de empleo.

Teniendo ello en consideración, y en tanto que se contaba en España con modelo de estructura de la negociación colectiva que presentaba, como hemos tenido ocasión de reseñar en cuanto nos precede, unas características muy definidas en los años previos al inicio de la crisis económica iniciada en 2008 y que con tanta virulencia ha golpeado y golpea aún a nuestra sociedad, no resulta difícil comprender como un sector de la doctrina económica y jurídico-laboral, apoyada por grupos de presión con un marcado perfil ideológico, y

[35] Destacando esta perspectiva y remitiéndonos, en este punto, al trabajo en el que se recoge los planteamientos y estudios más relevantes de la doctrina económica sobre esta cuestión, vid. Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., págs. 134 y ss. Igualmente dentro de la doctrina iuslaboralista, vid. Mercader Uguina, I.: "Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica de la estructura de la negociación colectiva", en Estudios Financieros. Revista Trabajo y Seguridad Social, 362-2013, págs. 18 y ss.

todo ello revestido por los posicionamientos que en materia económica se definían con meridiana claridad por parte de las instituciones internacionales y europeas (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, OCDE, Banco Central Europeo…), postulara la necesidad de acometer un proceso de reformas legislativas que modificara el curso de desarrollo de la mencionada estructura contractual.

Las presiones que se produjeron sobre España y los resultados que las mismas han tenido en la materia que aquí nos importa son de sobra conocidos. La estructura de la negociación colectiva se analizaba como uno de los elementos clave sobre los que debía actuarse, y ello se aceptaba, no sin ciertos recelos, por los propios agentes económicos y sociales, los cuales, si bien partían de que tal intervención debía realizarse como un proceso planteado y gestionado desde la propia acción autónoma de las partes implicadas en las relaciones laborales, sin embargo, se comienza a admitir la idea de una intervención heterónoma en la materia aunque modulada por un previo pacto bilateral que, de un lado, legitimara tal actuación legislativa, y, de otro, trasladara el sentir y posicionamiento de los sujetos colectivos en una cuestión tan sensible como la estructura, articulación y coordinación de la negociación colectiva. De igual modo, también se asume por aquellos el protagonismo que debe otorgarse en el marco negocial a las unidades contractuales de empresa, avalando así la tendencia iniciada con la reforma laboral de 1994 de la que fueron contestatarios de manera muy señera.

Tanto en las "Declaraciones para el Diálogo Social" de 2004 y 2008, como en los "Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva" de 2005 y 2007, y, especialmente, en el "Acuerdo Bipartito sobre Criterios Básicos para la Reforma de la Negociación Colectiva" que formaba parte del "Acuerdo Social y Económico" de 2 de febrero de 2011, así como en el "Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012", se reconocía sin ambages que la negociación colectiva española cuenta con importantes problemas de estructura y de vertebración, que requiere la necesaria racionalización y estructuración más adecuada *"de los convenios colectivos, potenciando asimismo la negociación colectiva en el ámbito de la empresa"*, adscribiéndose en este proceso un papel esencial a los acuerdos y convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, o, en su defecto, de ámbito autonómico como instrumentos privilegiados para la vertebración de la negociación colectiva.

Por todos es conocida la deriva formal y material que tuvieron estos planteamientos, y cómo repercutieron en los contenidos finales de las normas reformistas del marco normativo de la negociación colectiva. Y ello no tanto en relación a la realizada por el RDL 7/2011, que si bien se adopta de manera unilateral, sin embargo, desde una perspectiva material, la norma asume buena parte de los posicionamientos adoptados durante el fallido proceso de

negociación, y que hacía en gran medida suyos los contenidos del pacto no escrito ni formalizado por las partes[36]. Ello permite entender el porqué de que los interlocutores sociales suscribieran con posterioridad dos acuerdos -"II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014", y el "V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos colectivos laborales"- que integran la lógica que define a la reforma laboral de 2011, y cómo los mismos se vehiculizaban como barrera frente a la nueva reforma laboral que se planteaba con el cambio de gobierno y la llamada -más formal que real- al diálogo social.

Por más que se asumieron por los agentes sociales compromisos definidos en materia de contención salarial, de adecuación de la estructura contractual a los requerimientos empresariales y de reforzamiento de los procedimientos autónomos de resolución de conflictos laborales, el Ejecutivo ni los consideró suficientes y ni creíbles, y menos aceptó las llamadas de aquellos a que tales compromisos se asumían de manera cierta, a fin de poner de relieve que la gestión de la negociación colectiva debería hacerse en todo caso con la intervención activa de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, desaconsejándose, de este modo, cualquier voluntad de reforma legal adoptada de manera unilateral. Se afronta así una nueva reforma del sistema de negociación colectiva sin aceptarse vinculación alguna a cuanto se había legislado ni acordado de manera explícita e implícita hasta el momento.

Teniendo presente tal contexto, las reformas laborales de 2011 (RDL 7/2011) y de 2012 (RDL 3/2012 y la posterior Ley 3/2012) tienen como una de las principales líneas de acción político-jurídica la de abordar la revisión de una de las instituciones clave del modelo de relaciones laborales español: la negociación colectiva y su marco regulador. El mismo se había mantenido prácticamente inalterado desde que se aprobó el ET en 1980, aunque no es del todo correcto afirmar sin alguna puntualización que no se hubiera incidido sobre éste a lo largo de todo este período. La reforma laboral de 1994 sí que había afectado con un importante alcance sobre el régimen legal de la negociación colectiva –especialmente con las previsiones sobre descuelgue –salarial- convencional y la concurrencia, además de la apertura de un espacio negocial expreso para los acuerdos colectivos de empresa-, aunque, en todo caso, no con la entidad modificadora que ambos procesos de reforma han conllevado[37].

---

[36] Así, vid. Cruz Villalón, J.: *"Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012"*, en AA.VV. (Prados de Reyes, F.J., coord.): *Reformas estructurales y negociación colectiva. XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2012, págs. 27 y ss.

[37] Se destaca que estas han sido las dos primeras ocasiones en las que la reforma laboral se orienta directa y expresamente hacia el Título III ET y, por tanto, al régimen de negociación

Ambas reformas se han caracterizado por haber incidido sobre la totalidad de los ejes centrales del sistema legal de negociación colectiva español: legitimación negocial, proceso de negociación colectiva, contenidos negociales, eficacia jurídica de los convenios y acuerdos colectivos, estructura y reglas de concurrencia. Y, si bien la afectación sobre todos ellos tiene un diverso calado y entidad, en todo caso se puede afirmar que la misma se trata de una reforma estructural del mencionado sistema contractual colectivo, lo cual nos lleva a remarcar que queda fuera de toda duda el que la misma conllevará una especial repercusión sobre el devenir de la negociación colectiva en España.

En cuanto a los contenidos reformados que de un modo u otro inciden sobre el sistema de negociación colectiva, destacándose con carácter previo que los mismos han sido muy numerosos y diversos en cuanto a su alcance y materialización normativa, los mismos podríamos estructurarlos en los siguientes bloques de materias[38]:

1. La preferencia aplicativa de los convenios colectivos de empresa.
2. La reordenación de los mecanismos de descuelgue de las condiciones laborales previstas en convenios colectivos, ampliando e impulsando los mismos.
3. La revisión del alcance de la ultraactividad de los convenios colectivos y del sistema de cobertura de vacíos ante la pérdida de vigencia de aquellos.
4. Perfeccionamiento de las reglas de legitimación negocial del convenio colectivo.
5. Revisión de los contenidos que pueden ser objeto de negociación en los convenios colectivos e impulso de una diferente forma de relación entre la ley y el convenio colectivo.

De todos ellos, en cuanto a lo que en este estudio nos atañe, nos debemos centrar en el análisis de aquellos bloques que de forma directa o indirecta tiene una especial incidencia en cuanto al diseño y materialización de la estructura contractual colectiva en el sistema de relaciones laborales español.

---

colectiva. En este sentido, vid. Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", op. cit., pág. 29.

[38] En este punto seguimos la estructura de análisis que adopta el profesor Cruz Villalón respecto de los bloques de contenidos que respecto del régimen legal del sistema de negociación colectiva han sido objeto de reforma legislativa en 2011 y 2012. Así, vid. Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", op. cit., págs. 36 y ss.

### 3.1. La preferencia aplicativa de los convenios colectivos de empresa y las nuevas reglas de ordenación del sistema de unidades contractuales

Primero la reforma laboral de 2011, y después la llevada a cabo en 2012, ambas responden a una línea de política legislativa que plantea la necesidad de un cambio en el desarrollo de los procesos de negociación colectiva en cuanto a las unidades y ámbitos en los que los mismos se materializan. A tal fin se reformulan las reglas que hasta el momento venían prevista sobre la articulación y solución de conflictos aplicativos en los supuestos de concurrencia entre convenios colectivos con distintos ámbitos de aplicación.

Dentro de esta línea se integrarían tres grupos de previsiones legales, con técnicas jurídicas diversas, y que inciden con desigual alcance y contenido sobre la ordenación del sistema de unidades contractuales y el principio de libre elección de las mismas que se establece como eje axial de nuestro sistema de negociación colectiva. En tal sentido, aun cuando no es objeto de este estudio el análisis detallado de todos los aspectos que se desprenden de la nueva y en muchos casos complicada regulación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, sí que entendemos necesario resaltar aquellos vectores que, a nuestro juicio, pueden jugar de manera directa e indirecta en favor de un mayor desarrollo de la negociación colectiva a nivel de empresa.

En primer lugar, nos encontramos la previsión que establece la preferencia aplicativa de los convenios colectivos de ámbito de empresa frente a cualquier convenio colectivo (art. 84.2 ET). Desde el punto de vista técnico jurídico, la misma se articula como norma de orden público laboral, esto es, con carácter de derecho necesario absoluto, excluyendo así cualquier previsión convencional que limite el alcance de tal preferencia en favor de las unidades contractuales de ámbito de empresa (art. 84.2.3º ET).

El legislador define además qué unidades contractuales habría que incluir dentro de tal preferencia, destacando así que también se gozarán de esta prioridad aplicativa los convenios colectivos de grupos de empresa, así como los convenios de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el art. 87.1 ET (art. 84.2.2ª ET). Nada dice, por el contrario, respecto de otras posibles unidades negociales que por su naturaleza y funcionalidad podrían incorporarse a esta preferencia aplicativa, como son los convenios colectivos de empresa para un grupo de trabajadores con un perfil profesional específico –los conocidos como convenios franja-, así como los convenios colectivos de centro de trabajo. A este respecto, a mi juicio, juega en contra de aceptar la extensión de esta regla a los convenios colectivos negociados en tales unidades el que el legislador, cuando así lo ha entendido preciso, ha concretado que dentro de dicha preferencia se ha de entender también

comprendidas las unidades contractuales de los grupos de empresa y de las uniones de empresas, y nada ha indicado sobre estas otras unidades de negociación. En segundo lugar, por cuanto que si tal extensión se aceptara, se estaría permitiendo que hubiere diferentes marcos jurídicos reguladores de las condiciones de trabajo en una misma empresa que tuviere dos o más centros de trabajo con convenio colectivo propio, e incluso, que uno o más de dichos centros se rigiera por un convenio colectivo sectorial –del ámbito que fuere-, y otro u otros centros de la misma empresa tuvieren un convenio colectivo propio con diferentes previsiones sobre las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de sus plantillas. Y, en fin, que dado que tal previsión legal restringe, de un lado, el principio de autonomía colectiva de los sujetos a la hora de seleccionar la unidad de negociación colectiva en la que se pretende negociar, así como, de otro, también afecta sobremanera al principio de autonormación de los sujetos colectivos representativos en ámbitos interprofesionales y sectoriales, estatales y autonómicos, para la ordenación del sistema de negociación colectiva, su estructuración, así como la determinación de las reglas de solución de los supuestos de concurrencia convencional conflictiva, nos lleva a desechar la viabilidad jurídica de una posición interpretativa que extienda la regla de prioridad de los convenios colectivos de empresa frente a las restantes unidades contractuales prevista en el art. 84.2 ET[39].

Cuando el legislador define este espacio de negociación colectiva privilegiado en cuanto a su prioridad de aplicación frente a otros, sin embargo, no lo hace de manera omnicomprensiva respecto de las posibles materias a tratar por tal unidad de negociación, por cuanto que, como se sabe, se prevé respecto de un listado tasado de materias. Ello nos lleva a plantearnos una serie de reflexiones: en primer lugar, el que el legislador, en este punto modifica la técnica legal utilizada hasta el momento, postulándose aquí como una norma de derecho imperativo relativo, por lo que no se impide en este caso que la negociación colectiva a nivel interprofesional y sectorial pueda ampliar dicho listado de materias.

[39] En similares términos, vid. Casas Baamonde, M.E.: *"La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa"*, en AA.VV.: *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*. Observatorio de la Negociación Colectiva. Lefebvre-CCOO, Madrid, 2016.

En el mismo sentido, también se ha pronunciado los Tribunales de Justicia, así vid. STSJ Madrid de 18 de mayo de 2015.

Con un posicionamiento diferente, vid. Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", op. cit., pág. 37.

En segundo lugar, las materias seleccionadas por la norma se conforman como todas aquellas que pueden valorarse como que afectan a los elementos esenciales o clave de las relaciones laborales y, por ende, afecta a los que se interpretan como esenciales dentro del equilibrio de los pactos suscritos entre las partes, desestabilizándose así la propia lógica contractual que define a la negociación colectiva alcanzada en los niveles superiores al de empresa.

En tercer lugar, ello no impide que a través de la negociación colectiva sectorial, y a fin de preservar el equilibrio entre los sacrificios mutuos que las partes plasman en todo acuerdo, se pueda establecer diferentes regímenes jurídicos sobre las materias acordadas, de forma que en el supuesto que se produjese la aplicación de la regla legal de preferencia aplicativa de un convenio colectivo de empresa, en tal caso se aplicase un régimen jurídico diferenciado y más gravoso al objeto de con ello compensar la "huida" de la empresa hacia un convenio propio con condiciones laborales menos beneficiosas y garantistas para los trabajadores.

En cuarto lugar, no cabe duda que la configuración de esta regla de preferencia aplicativa viene a tener una finalidad similar a la del mecanismo del descuelgue previsto en el art. 82.3 ET, en tanto que ambas tiene una lógica ligada a la adaptabilidad o de flexibilidad interna que posibilite un tratamiento singular que permita en la empresa aplicar una regulación convencional propia, separada o distinta de la prevista en el convenio colectivo sectorial, afectando a materias centrales de las relaciones jurídico laborales, aunque si bien el alcance material de uno y otro mecanismo es diferente. En cualquier caso, lo que aquí importa es que ambos pueden actuar de mecanismos de incentivación hacia la permanencia en el tiempo de unidades negociales de empresa, puesto que, si bien aparecen o pueden aparecer para solventar necesidades puntuales de la empresa, sin embargo, ello puede provocar que a raíz de tal experiencia se consolide como tal la unidad contractual.

En quinto lugar, y ligado a lo anterior, es oportuno resaltar que los convenios colectivos de empresa que nacen bajo el paraguas incentivador de la previsión legal del art. 84.2 ET, pueden reducir el espacio de desarrollo de otra de las manifestaciones legales que conllevan un impulso decidido a la negociación a nivel de empresa. Nos referimos con ello a los acuerdos colectivos de empresa, los cuales comparten también lógica con los convenios colectivos de empresa a los que se les reconoce prioridad aplicativa respecto de algunas materias. En buena lógica habría que entender que con el desarrollo de estas nuevas unidades contractuales se reduce el margen de operatividad práctica de los acuerdos colectivos de empresa que, por definición, tiene el objetivo de regular materias puntuales de las relaciones laborales. Y, además, dado que la prioridad se reconoce sólo para los convenios colectivos de empresa, se privilegia aún más por el legislador esta vía de adaptación de las

condiciones de trabajo, frente a otras vías como la de los acuerdos colectivos de empresa, ya que ellos no gozan del privilegio de la prioridad aplicativa prevista en el mencionado art. 84.2 ET.

Por último, no hay que olvidar que el favor legislativo que se materializa con esta previsión tiene un efecto de largo alcance, en tanto que la limitación de contenidos que conlleva el listado cerrado para el que se reconoce la prioridad ha de ser vista como una limitación temporal, puesto que tal limitación se produce durante el período de vigencia del convenio sectorial, de forma que en el momento de la renovación del convenio colectivo sectorial se podrá producir la aplicación e incorporación del total de los contenidos previsto en el convenio colectivo de empresa.

Como segundo de los grupos de previsiones legales que inciden sobre la ordenación del sistema de unidades contractuales, habría que destacar el referido al debilitamiento del papel y del alcance de los acuerdos colectivos interprofesionales y sectoriales sobre la estructuración de la negociación colectiva. Si bien, la reforma laboral de 2011 pretendía, sin lugar a dudas, otorgar centralidad a tales acuerdos, convirtiéndolos en la piedra angular para el gobierno de la estructura de la negociación colectiva, sin embargo, la reforma laboral de 2012, sin modificar nada de esta previsión, sí que la limitó de manera importante cuando vino a prever la comentada prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa. En consecuencia, el margen de acción para el gobierno de las relaciones interconvencionales dentro de uno o varios sectores de actividad que les resta a los mencionados acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales es el de el de definir las reglas de concurrencia entre los propios convenios colectivos sectoriales, así como con los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresas y de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, y siempre que tales reglas no afecten a las materias previstas en el referido art. 84.2 ET. Con la nueva redacción del art. 83.2 ET, interpretado de manera conjunta con las previsiones del art. 84, párrafos 2º, 3º y 4º, se puede afirmar que hay, de un lado, un afianzamiento de la labor de gobierno de la estructura convencional para con las unidades contractuales interprofesionales y sectoriales estatales y de comunidad autónoma; en segundo término, no se establece entre los ámbitos estatal y de comunidad autónoma ningún criterio expreso de preferencia ni jerarquización; en tercer lugar, los convenios colectivos de empresa –siempre que se atengan a las materias previstas en el art. 84.2 ET- quedan en una situación legal de intangibilidad respecto de las mencionadas reglas de gobierno de la estructura convencional; y, en cuarto lugar, los convenios sectoriales provinciales quedan, con la nueva regulación en la materia, relegados a una posición casi testimonial en esta labor de ordenación de la actividad negocial.

Como último conjunto de previsiones legales que inciden sobre la ordenación del sistema de unidades contractuales, nos encontramos con aquellas que de un modo u otro afectan a la permanencia y desarrollo de los convenios colectivos sectoriales provinciales. En este sentido, y enlazando con lo dicho antes, la preferencia aplicativa de los convenios colectivos sectoriales no menciona a los convenios cuyo ámbito negocial territorial es el provincial, lo que conlleva que en este punto tenga prioridad los convenios sectoriales estatales y de comunidad autónoma, salvo, claro está, que estos mismo prevean lo contrario en las reglas sobre estructuración negocial –lo cual, por otra parte, es poco probable-.

En segundo término, los convenios colectivos sectoriales provinciales son objetivo expreso dentro de la acción legislativa para la expansión de los convenios colectivos de empresa, en el sentido de que los destaca como unidad contractual que se posterga en su aplicación frente a los convenios de empresa –y ello lo hace la norma cuando alude de manera específica a los convenios de "ámbito inferior", además de los convenios colectivos sectoriales estatales y autonómicos-.

Analizadas de manera conjunta ambas previsiones, se puede comprender que hay una decidida voluntad del legislador de arrinconar la actividad negocial de ámbito provincial, quedando limitado, por arriba, por los convenios sectoriales estatales y autonómicos y, por abajo, por los convenios colectivos de empresa. Ello, además, si se extrapola a la realidad de la negociación colectiva española, en la que los convenios colectivos sectoriales provinciales son el nivel contractual más determinante en el sistema de relaciones laborales, por su peso numérico y su alcance en materia de cobertura de trabajadores, se comprende cuál es uno de los objetivos principales de los procesos de reforma legal de la presente década.

El nuevo modelo de sistema de negociación colectiva española se pergeña así, desde la letra de la ley, sobre dos núcleos: los niveles contractuales de empresa y sectorial estatal y/o autonómico. Otra cosa será lo que suceda en el plano de la práctica diaria contractual colectiva, puesto que tal definición de la estructura negocial se ha de casar con otra multiplicidad de factores que inciden sobre aquélla y que hará que el proceso de adaptación a esta nueva realidad legal sea largo, no exento de dificultades y sin que se haya dicho aún la última palabra sobre la posible reversión de tales opciones de política legislativa.

Sobre esto último, interesa destacar una reciente previsión legislativa que vendría a contraponerse a la prioridad aplicativa de la negociación colectiva de empresa cuando exista y regule las materias a las que se refiere el art. 84.2 ET. En concreto, nos referimos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre,

de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9/11/2017), en la que en sus arts. 122, 149 y 202, se establece una serie de referencias expresas a los convenios colectivos sectoriales que, a nuestro juicio, podría interpretarse como una posible nueva línea de política jurídica que, aunque por vía indirecta –ya que se trata de una norma de Derecho Administrativo-, viniera a revertir aquella actuación legislativa en materia de estructura de la negociación colectiva. El hecho de que en diferentes preceptos de esta norma se establezca la obligación del adjudicatario de un contrato del sector público de cumplir con las previsiones establecidas en el convenio colectivo sectorial de aplicación, además de excluir ofertas que sean anómalamente bajas por vulnerar tales convenios colectivos, y, en fin, la obligación de establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares una condición especial de ejecución entre las que se enumera el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales, no es más que una viva muestra de, por un lado, una manifiesta línea de política del derecho que recupera la vertiente garantista de los derechos de los trabajadores que preside la lógica convencional colectiva a nivel sectorial, y, de otro, la distinta realidad parlamentaria en la que se encuentra el grupo político que impuso la reforma laboral de 2012. Desconocemos si ello quedará como un mero amago legislativo en pos de una contrarreforma laboral en materia de estructura contractual, o es la primera de las piedras sobre la que se sustentará aquella[40].

### 3.2. Los mecanismos de descuelgue de las condiciones laborales previstas en convenios colectivos

Como segundo de los bloques normativos que las reformas de 2011 y 2012 se pueden analizar con un definido perfil de impulso de la negociación colectiva a nivel de empresa, se encuentra la regulación legal que se realiza del conocido como el descuelgue de las condiciones laborales previstas en los convenios colectivos.

Diversos son los elementos que más descuellan en este nuevo marco normativo: de un lado, el que se haya reformulado esta institución, de forma

[40] Para un análisis detallado de tales previsiones y sus avatares en la tramitación parlamentaria, vid. Rojo Torrecilla, E.: "¿El inicio de la contrarreforma laboral? La prioridad de los convenios sectoriales en la Ley de Contratos del Sector Público (frente a la de los convenios de empresa en la Ley del Estatuto de los Trabajadores", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/10/el-inicio-de-la-contrarreforma-laboral.html (consultado el 24 de octubre de 2017).

Es interesante resaltar que el posicionamiento de los Tribunales de Justicia en esta materia ha discurrido, hasta el momento, en sentido contrario a las nuevas previsiones legales recogidas en la comentada Ley 9/2017. En tal sentido, vid. STSJ Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, de 7 de junio de 2017 (Roj. 6070/2017).

que se ha desglosado en dos vertientes procedimentales en función de si el convenio que será afectado por el descuelgue es de carácter estatutario (art. 82.3 ET) o extraestatutario (art. 41 ET). En segundo lugar, el que el mismo se pueda materializar con la sola iniciativa de la empresa y sin la necesidad de contar con el acuerdo de la representación de los trabajadores. En tercer lugar, se abren los procesos de descuelgue ya no sólo frente a los convenios sectoriales sino también respecto al propio convenios de empresa. En cuarto lugar, se amplía la lista de materias que pueden ser objeto de descuelgue, además de configurarse a la misma como lista de carácter cerrado o tasada. En quinto lugar, se amplían las causas justificativas, eliminando la caracterización que con anterioridad venía definida como instrumento para situaciones traumáticas ligadas a dificultades para la continuidad y viabilidad de la empresa, de forma que a partir de la nueva redacción dada se configura como una vía normalizada para la adaptación de las condiciones de trabajo a los requerimientos de competitividad y productividad empresarial. Y, en fin, el procedimiento para la materialización del descuelgue se configura en cuatro fases que, si bien las tres primeras se pueden interpretar como diferentes dimensiones en las que se ejerce la autonomía normativa colectiva, es en la última de las fases incorporadas al texto de la norma la que se puede calificar como de intervencionista en grado extremo, estableciendo un arbitraje obligatorio público.

A la vista de cómo se ha diseñado e impulsado legalmente este mecanismo, no podemos más que resaltar el nuevo giro de tuerca que esta intervención normativa viene a articular con el principal objetivo de impulsar la unidad contractual de empresa. Más allá de constituirse en un instrumento de la tan ansiada adaptabilidad de la norma –sea del origen que sea-, y de que se opte por alcanzar tal objetivo aun relegando el papel a la negociación colectiva que debería haberse reconocido en todo caso, lo que aquí nos importa es poner de relieve el nuevo impulso que con ello se da a la unidad contractual de empresa.

Si se hace una lectura conjunta de las previsiones referidas a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, al descuelgue de las condiciones laborales previstas en los convenios colectivos, de la apertura de negociaciones en cualquier momento aun durante la vigencia del convenio colectivo y los muy numerosos supuestos de acuerdos colectivos de empresa, se puede llegar a la conclusión de que el dirigismo legal en materia de estructura de la negociación colectiva y el favor a la unidad contractual de empresa alcanza cotas que, en cierto modo, deben hacer reflexionar sobre la más que probable afectación del derecho constitucional a la negociación colectiva. Otro tanto se puede decir de los límites y decidida relegación que, como hemos visto, se hace por la norma respecto del papel de la negociación

colectiva sectorial en nuestro sistema de relaciones laborales, eliminando así, entre otros aspectos, la uniformidad de las condiciones de trabajo, y posibilitando, por tanto, la competencia –desleal- sin medida ni límite vía devaluación de tales condiciones, en fin, la vía de normalización jurídica del *"dumping social"*.

### 3.3. Contenidos objeto de negociación e impulso de una diferente forma de relación entre la ley y el convenio colectivo

Por último, nos interesa en este punto reflexionar acerca de la revisión que hace el legislador reformista sobre los contenidos que pueden ser objeto de negociación en los convenios colectivos y, con ello, el impulso que se produce de una diferente forma de relación entre la ley y el convenio colectivo.

Si bien, en esta materia podría pensarse que la reforma de 2012 se presenta con un cariz de mayor respeto y preservación de la libertad de negociación de los sujetos colectivos frente a lo que fue el texto de la reforma de 2011, en el que, en unos casos, se incentivaba la negociación de concretas materias y, en otros, se establecía un deber de negociación –que no de acuerdo- sobre otras condiciones de trabajo. No obstante, cuando se hace una lectura detenida de los nuevos contenidos normativos, se observa cómo surgen muy variadas y numerosas previsiones en las que se establece un régimen legal de carácter imperativo y absoluto, cercenando espacios de negociación a las partes colectivas.

Tal planteamiento de política legislativa ha de tener indudables repercusiones, entre otras dimensiones posibles, en materia de estructura negocial. Con la reducción de espacios para la negociación, y el paralelo incremento del papel de la ley en la determinación del régimen jurídico de las condiciones de trabajo, actuando éstas como norma de orden público laboral, se desecha la hasta el momento tendencia al recurso a la técnica jurídica de la suplementariedad o supletoriedad, y con ello a la puesta en sospecha de la actividad negocial como instrumento de contrarreforma frente a las previsiones legales y los objetivos en las mismas definidos[41].

La retracción de la acción negocial colectiva que provoca tal filosofía de la relación ley-convenio colectivo, a la misma vez que la consolidación de la apertura de los espacios de negociación a las unidades "micro", bien a través de los acuerdos colectivos de empresa, bien a través de los convenios colectivos de empresa, se han de interpretar como movimientos legislativos que se inscriben en un decidido perfil de preservación del principio de rendimiento a lo largo de todo el marco jurídico laboral.

[41] Así, vid. Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", op. cit., pág. 60.

Sin ningún tipo de reparo, el legislador opta por tomar como vía para la consecución de sus objetivos la transformación del marco negocial colectivo, afectando a los elementos clave del mismo, y, en última instancia, entrando en una zona en la que no es descabellado preguntarse si se atenta contra el derecho constitucional a la negociación colectiva.

## 4. DEL MARCO LEGAL A LA PRÁCTICA CONVENCIONAL: ANÁLISIS DEL ESTADO DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL EN ESPAÑA Y EN ANDALUCÍA

Llegados a este punto, consideramos que es importante analizar el impacto que las reformas laborales de 2011 y 2012 han podido tener sobre la estructura de la negociación colectiva, centrando, en tal sentido, nuestro análisis en el nivel estatal, así como en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Antes de acometer esta labor, sí que es preciso hacer una serie de puntualizaciones sobre las limitaciones que presentan las fuentes estadísticas procedentes de las encuestas y registros oficiales de la Administración Laboral –estatal y autonómica- y los datos en las mismas reflejados, lo cual, de un modo u otro, tendrá su reflejo sobre las conclusiones que se puedan desprender del análisis que realicemos sobre la estructura de la negociación colectiva.

En este sentido, como bien se ha destacado por la doctrina iuslaboralista que se ha enfrentado antes que nosotros a esta labor[42], tales fuentes presentan relevantes lagunas y carencias que provocan una no despreciable inseguridad ante los resultados finales que se pueden extraer de su estudio. Y así, en primer lugar se ha de indicar que la fuente básica de información es una agregación de diferentes datos estadísticos de convenios colectivos registrados, los cuales se proporcionan por las personas que se designan en los procesos de negociación para realizar las labores de presentación del convenio ante la autoridad laboral para su registro, depósito y publicación. Además, tales informaciones no se contrastan ni cruzan con otras que dispongan diferentes organismos públicos con competencias en el ámbito laboral y de la Seguridad Social.

[42] Así, en tal sentido, entre otros, vid. Cruz Villalón, J.: *"Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo"*, en AA.VV.: Estructura de la negociación colectiva. XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid, 2015, pág. 43; Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., pág. 152.

Todo ello conlleva que, a pesar de la importancia de una fuente estadística como la indicada, que no tiene su parangón en muchos países de nuestro entorno, sin embargo adolece de determinadas limitaciones que provocan la inexactitud de algunas de sus variables, bien por presentar datos que no se corresponden con la realidad del tejido productivo –diferencias con los trabajadores del sector de actividad o de la plantilla de las empresas-, o bien por carecer de información sobre extremos básicos como la vigencia convencional en prórroga o en situación de ultraactividad, etc. En este sentido, es interesante tener presente que, entre otros aspectos, en materia del número de trabajadores afectados por un convenio colectivo, si se analizan los datos oficiales recogidos en las estadísticas, no se aprecia las variaciones de población trabajadora vinculada a un sector de actividad, lo que puede llevarnos a pensar que se ha extrapolado a la actualidad los datos de las hojas estadísticas precedentes, afectando así al dato de la cobertura de los convenios. Otro tanto se puede decir respecto de las situaciones de descuelgue convencional y cómo ello afecta a las tasas iniciales de cobertura, tema sobre el que las estadísticas nada precisan ni cuentan con mecanismos que corrijan tal disfunción. O, en fin, también tendríamos la situación del posible cómputo repetido de colectivos de trabajadores de una empresa a los que se les aplican para la regulación de diversas materias de sus relaciones laborales, diferentes convenios colectivos en virtud de una eventual articulación convencional que se produjere para dicho ámbito.

Igualmente, dentro de la valoración que se pueda realizar sobre la estructura de la negociación colectiva, es preciso advertir cómo una parte no desdeñable de la misma se materializa a través de los procesos negociales de carácter informal que no acceden a las estadísticas oficiales, no computándose ni contabilizándose, lo cual, sin lugar a dudas, provoca una distorsión de las conclusiones finales que se puedan alcanzar. En este sentido, a nuestro juicio, la no "presencia oficial" de los acuerdos colectivos de empresa y de la negociación colectiva informal o extraestatutaria, con la importancia que en algunos casos tienen ya no solo a nivel normativo –con las reiteradas llamadas a los acuerdos colectivos de empresa para regular concretas materias- sino también en el plano de la práctica negociadora en el ámbito de empresa, supone una limitación de las estadísticas oficiales que debería solventarse en todo caso.

Por último, también hay que advertir que los datos estadísticos no adquieren la condición de definitivos hasta transcurridos dos años desde la fecha de la que se estiman, por lo que su toma en consideración para el análisis de situaciones tales como los que aquí nos concitan, sobre los efectos y resultados que las reformas laborales de 2011 y 2012 están provocando sobre la estructura de la negociación colectiva española, se ha de valorar de manera prudente en cuanto a que, de un lado, el arco temporal de datos definitivos se

reduce a algo más de dos años desde la entrada en vigor de la reforma, y, de otro, ya hemos destacado que los cambios en materia de estructura contractual son lentos, siendo esta una materia que se singulariza por lo refractaria que es a los cambios, por lo que en cualquier caso las consecuencias del nuevo marco legal deben calibrarse con prudencia.

Teniendo en consideración las advertencias y salvedades que anteceden, nuestro análisis se realizará sobre tres aspectos que consideramos básicos para poder identificar cuáles son las líneas de tendencia sobre los que se están desarrollando los procesos de negociación colectiva y se han materializado los acuerdos y convenios colectivos subsiguientes: los niveles en los que se desarrolla la negociación colectiva, las tasas de cobertura de la misma y los índices de inaplicaciones y descuelgues convencionales.

## 4.1. La negociación colectiva en España: estado de situación de la estructura contractual en el período 2012-2017

### *4.1.1. Niveles en los que se desarrolla la negociación colectiva*

En cuanto al primero de los mencionados aspectos, nos hemos de referir a una de las dimensiones clave para definir la estructura contractual de un sistema de relaciones laborales: los niveles en los que se materializan los acuerdos y convenios colectivos, así como el índice de prevalencia en cada uno de ellos.

En tal sentido, se ha recordar que en el período anterior a las mencionadas reformas laborales de 2011 y 2012, los porcentajes de la negociación colectiva a nivel de empresa representaban un peso que rondaba el 75% del total (en 2010 suponía el 74,5%), en tanto que la negociación realizada en ámbitos superiores al de empresa, de manera acumulada, representaba el 25% del total de los convenios colectivos suscritos en dicho período. Y, dentro de estos últimos, la negociación colectiva a nivel sectorial provincial alcanzaba un 19%, quedando con un reducido porcentaje los convenios de ámbito autonómico (1'6%) y de ámbito estatal (1'8%).

Pues bien, si se realiza un análisis cuantitativo de los convenios firmados en el período de referencia de este estudio -2011 a 2017- (tabla 2 y gráfico 4), se pueden extraer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el número total de convenios colectivos firmados a lo largo de este período no muestra una línea de tendencia uniforme (Tabla 2), puesto que se produce un incremento en el número de convenios firmados en los años 2012 y 2013 (1.580 y 2.501, respectivamente), para después iniciarse un bienio de disminución (2014: 1.859 - 2015: 1.606) y de nuevo un incremento leve en 2016 que, al parecer, puede consolidarse en el año en curso 2017.

Tabla 2: CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS EN EL PERÍODO 2010 A 2017

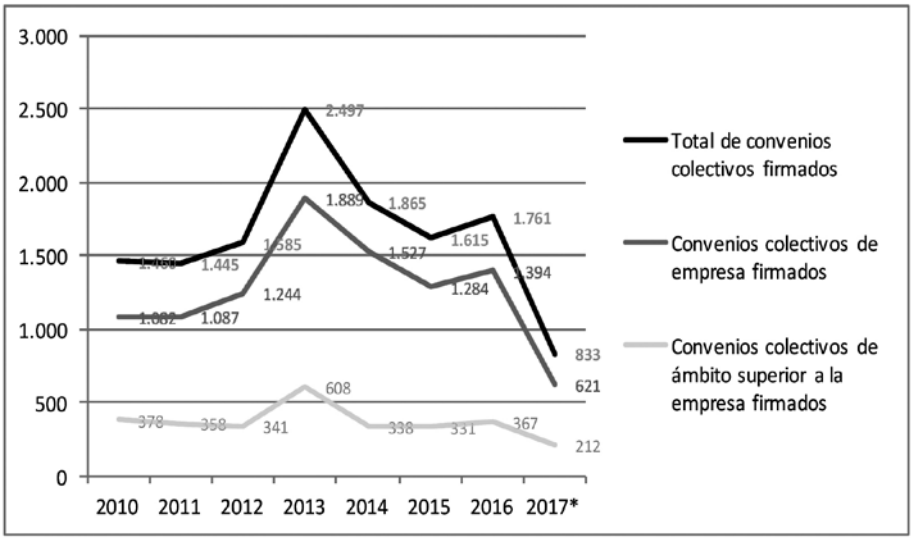
| CONVENIOS FIRMADOS SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **Año** | **Convenios colectivos** | | | | |
| | **Total** | **Empresa** | **Porcentaje sobre el total de convenios** | **Ámbito superior a la empresa** | **Porcentaje sobre el total de convenios** |
| **2010** | 1.460 | 1.082 | 74,11 % | 378 | 25,89 % |
| **2011** | 1.445 | 1.087 | 75,22 % | 358 | 24,78 % |
| **2012** | 1.580 | 1.239 | 78,41 % | 341 | 21,59 % |
| **2013** | 2.501 | 1.896 | 75,81 % | 605 | 24,19 % |
| **2014** | 1.859 | 1.522 | 81,87 % | 337 | 18,13 % |
| **2015** | 1.606 | 1.277 | 79,51 % | 329 | 20,49 % |
| **2016** | 1.761 | 1.394 | 79,16 % | 367 | 20,84 % |
| **2017* (Hasta 30 septiembre)** | 833 | 621 | 74,55 % | 212 | 25,45 % |

* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

En este sentido, porcentualmente, si tomamos el número de convenios firmados en 2010 como la cifra base –esto es, los 1.460 convenios firmados ese año representaría el 100 por cien-, se detecta una disminución en el número de convenios firmados del 2’1% en 2011, iniciándose a partir de ese año un bienio de incrementos muy notables -2012: 8,2% y 2013: 71,3%-, para de nuevo entrar en una fase bianual de ralentización de las tasas de incremento del número de convenios firmados -2014: 27,3% y 2015:10%-, relanzándose en fin nuevamente las tasas de firma de convenios en 2016 -20,6%-.

Gráfica 4: NÚMERO DE CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS EN EL PERÍODO 2010 A 2017




* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

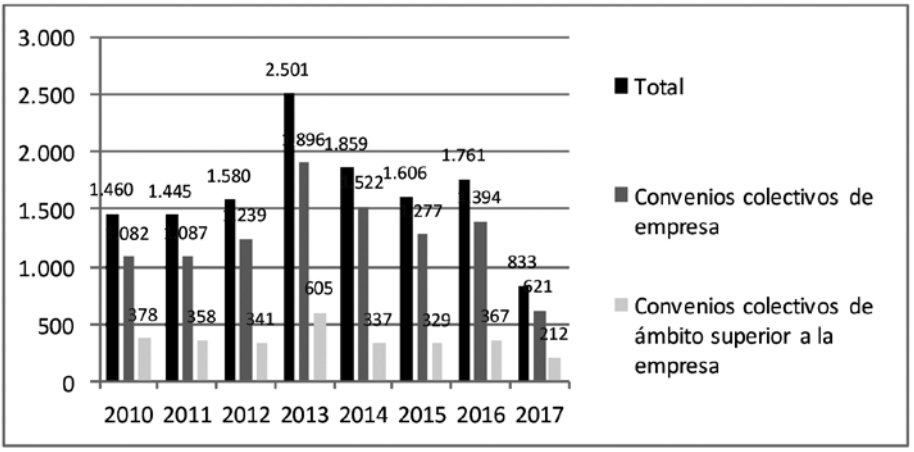
Si desagregamos estos datos según el nivel funcional (gráfico 5) en el que se alcanzan tales acuerdos, se puede afirmar que sigue siendo el ámbito de empresa el nivel en el que se produce las tres cuartas partes de la negociación colectiva realizada en España, reflejándose una tendencia creciente de aumento en su peso respecto de la totalidad anual de convenios colectivos firmados. En este sentido, en una comparativa entre el año previo al inicio del período de reformas legislativas en materia de negociación colectiva, 2010, en el que la negociación colectiva de empresa representaba el 74,11% del total, y el año 2016, en el que la misma representaba el 79,16% de ese total, se produce un incremento de algo más de un 5%, apreciándose picos de incremento en este marco temporal de hasta 7,7 puntos porcentuales en el año 2014.

En cuanto a los convenios firmados en el ámbito superior a la empresa, los convenios colectivos sectoriales provinciales en el inicio del período analizado -2010-2017- representaban el 19,1% de la negociación colectiva en 2010, cifra que se mantiene en 2011 (19%), y que comienza un declive significativo en los siguientes años desde el 16,3% en 2012, hasta el 11,9% en 2015 o el 12% en 2016. Por el contrario, se aprecia un incremento significativo de la negociación colectiva de ámbito autonómico, pasando del 1,7% de 2010, hasta el 4,3% de 2015 o 4,46% en 2016. Por último, en relación

a la negociación colectiva sectorial estatal, la misma se mantiene en un cifras similares a lo largo de este período, representando cerca del 2% del total de la negociación colectiva (2010: 1'8% - 2016: 1,7%).

Estos datos, sin embargo, hay que relativizarlos en cuanto a su alcance, por cuanto que a partir de 2012 se comenzó a aplicar una diferente clasificación estadística en virtud de la cual se pasó a considerar como convenios autonómicos los convenios de comunidades autónomas uniprovinciales que hasta el momento se venían catalogando y computando como convenios colectivos provinciales.

Gráfica 5: NÚMERO DE CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL EN EL PERÍODO 2010 A 2017




Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

Otro de los aspectos a analizar es el de la evolución de las nuevas unidades de negociación colectiva (tabla 3 y gráfico 6), en la que se aprecia un incremento sostenido del peso de la misma en relación al total anual de convenios suscritos, localizándose un aumento relevante en los años 2014 y 2015 en los que las nuevas unidades representan el 32,7% y 33,9% del total anual de convenios colectivos firmados. Estas cifras disminuyen en 2016 en 7 puntos, aunque ello debe de valorarse de manera relativa por cuanto esta cifra puede variar hasta que dichos datos se hagan definitivos.

Dentro de las nuevas unidades de negociación destaca sobremanera las materializadas en el nivel de empresa, representando en el año 2016 el 94,9% del total de nuevas unidades de negociación colectiva. Estas cifras vienen

a mantenerse en cifras similares a lo largo de todo el período de estudio, situándose en una media del 95% del total de convenios firmados en nuevas unidades. Es interesante destacar como desde el inicio de la fase histórica analizada se aprecia en este ámbito funcional un aumento del 91.9% en la comparativa entre los años 2012 y 2013, manteniéndose en cifras similares en 2014, y reduciéndose en 2015 en cuanto su número, aunque no en porcentaje sobre el total anual de convenios colectivos firmado en el año, pues supone el 96,2% de ese total. Tanto en este último año como en el siguiente, sí que se observa un lento retroceso de tal fenómeno, pues frente al máximo histórico alcanzado en 2014, donde se alcanzó 576 convenios, en 2016 el número de unidades nuevas creadas en el ámbito de empresa se situó en 462.

En cuanto a las nuevas unidades de negociación realizadas en el ámbito superior a la empresa, las mismas se sitúan en torno a un 5% del total de nuevas unidades, no produciéndose variaciones relevantes en cuanto a su peso sobre el total a lo largo del período 2012 a 2017.

Tabla 3: CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS POR NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN EN EL PERÍODO 2010 A 2017 Y TRABAJADORES AFECTADOS

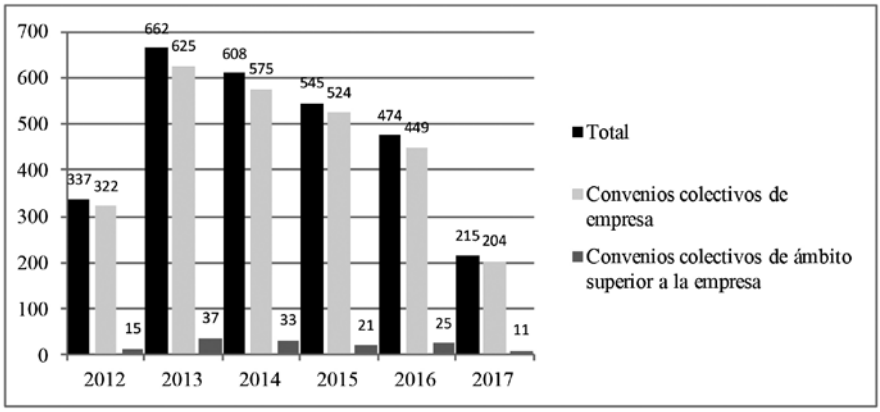
| **CONVENIOS FIRMADOS POR NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y TRABAJADORES AFECTADOS, SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL** | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | **CONVENIOS** | | | **TRABAJADORES** | | |
| **AÑO** | **Total/ Porcentaje sobre total anual** | **Empresa/ Porcentaje sobre total nuevos** | **Ámbito superior a la empresa/ Porcentaje sobre total nuevos** | **Total** | **Empresa** | **Ámbito superior a la empresa** |
| **2012** | 333 (21,1%) | 318 (95,5%) | 15 (4,5%) | 72.420 | 46.383 | 26.037 |
| **2013** | 647 (25,9%) | 610 (94,3%) | 37 (5,7%) | 270.280 | 55.303 | 214.977 |
| **2014** | 608 (32,7%) | 576 (94,7%) | 31 (5,3%) | 144.691 | 48.696 | 95.995 |
| **2015** | 548 (33,9%) | 527 (96,2%) | 21 (3,8%) | 391.741 | 32.675 | 359.066 |
| **2016** | 487 (26,9%) | 462 (94,9%) | 25 (5,1%) | 116.285 | 48.741 | 67.544 |
| **2017*** | 215 (25,8%) | 204 (94,9%) | 11 (5,1%) | 72.535 | 17.791 | 54.744 |

* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

De manera conjunta, a la vista de los datos anuales (gráfica 5), se observa en todo caso que tras lo que podríamos denominar como una "fiebre negociadora" en nuevas unidades en los años 2013 y 2014, lo que podría encontrar su explicación en el favor legislativo para que tales situaciones negociales se produjeren –en especial, a nivel de empresa-, sin embargo, los siguientes años ponen de manifiesto que tal fenómeno va perdiendo empuje, volviéndose a la situación inicial de 2013 en cuanto a lo que representa estos nuevos procesos negociadores y los subsiguientes convenios firmados respecto del total de convenios suscritos en todo el año.

Gráfico 6: CONVENIOS FIRMADOS POR NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÍODO 2012 A 2017




Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

*4.1.2.Número de convenios y tasas de cobertura de la negociación colectiva*

En cuanto a la segunda de las magnitudes que consideramos de importancia analizar, a fin de valorar adecuadamente cuál es la incidencia y prevalencia que la negociación colectiva tiene en función del ámbito funcional en el que la misma se produce, hay que partir de que la evolución del número de convenios colectivos y de trabajadores cubiertos por ellos se ha situado en una línea descendente a partir de 2008, rompiendo así lo que había sido un incremento constante de tales datos desde 1995.

Como se puede apreciar en la tabla 4, los convenios registrados en 2008 fueron 5.987, cifra que se reduce a partir del año siguiente -2009- en algo menos del 5% (5.689 convenios registrados), y que se mantiene en un

continuado descenso hasta el año 2013 en el que se registran un total de 4.589 convenios colectivos (un 23,4% menos de convenios que los registrados en 2008). Esta tendencia se rompe a partir de 2014, volviéndose a cifras similares a las registradas en los años 2009 y 2010: 2014, con 5.185 convenios colectivos registrados; 2015, con 5.642 convenios registrados.

Si se analiza, por otro lado, el número de empresas y de trabajadores afectados por tales convenios colectivos, iguales consideraciones se pueden realizar. El año 2008 marca el nivel más alto de la serie histórica de tales valores, sufriéndose a partir de ese año una tendencia a la disminución de ambos parámetros, que alcanza hasta el año 2013, y en el que se inicia un pequeño repunte de las empresas y trabajadores afectados por convenios colectivos, que se mantiene en 2014, y que, de nuevo, vuelve a disminuir en 2015. Es significativo el mencionado descenso, por cuanto si comparamos los dos datos más distanciados en tal serie histórica, el año 2008 frente al año 2012, los descensos alcanzan hasta un 26,62% respecto de las empresas afectadas, y un 15,62% respecto de los trabajadores afectados.

Otro tanto se puede afirmar si se valoran los datos anuales referidos a los trabajadores cubiertos según el ámbito funcional de los convenios colectivos. Así, los convenios colectivos de empresa registrados comienzan a disminuir a partir de 2008, alcanzando esta situación hasta 2013, apreciándose una disminución de 16,17% en cuanto a los convenios de empresa registrados, y un 31,25% de trabajadores cubiertos por tales convenios. En cambio, algunas diferencias se aprecian en cuanto a los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, puesto que los mismos mantienen una tendencia al crecimiento hasta el año 2008 –incluido-, en cuanto al número de convenios registrados y los trabajadores que los mismos cubren, año a partir del cual comienza a una reducción continuada de ambos parámetros, no apreciándose cambio alguno en tal tendencia hasta el momento presente. Así, en una comparativa entre al año 2008 y el año 2015 –último con datos definitivos-, se produce una reducción del 20,65% en materia de convenios colectivos registrados con ámbito superior a la empresa, y de un 12,77% respecto de los trabajadores cubiertos por tales convenios.

Tabla 4: CONVENIOS, EMPRESAS, TRABAJADORES AFECTADOS, SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL, POR AÑO DE EFECTOS ECONÓMICOS Y PERÍODO DE REGISTRO

| | TOTAL CONVENIOS | | | CONVENIOS DE EMPRESA | | CONVENIOS DE ÁMBITO SUPERIOR A LA EMPRESA | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Año de efectos económicos** | Convenios | Empresas (miles) | Trabajadores (miles) | Convenios | Trabajadores (miles) | Convenios | Trabajadores (miles) |
| **2000** | 5.252 | 1.198,3 | 9.230,4 | 3.849 | 1.083,3 | 1.403 | 8.147,1 |
| **2001** | 5.421 | 1.293,2 | 9.496,0 | 4.021 | 1.039,5 | 1.400 | 8.456,5 |
| **2002** | 5.462 | 1.302,3 | 9.696,5 | 4.086 | 1.025,9 | 1.376 | 8.670,6 |
| **2003** | 5.522 | 1.281,4 | 9.995,0 | 4.147 | 1.074,2 | 1.375 | 8.920,9 |
| **2004** | 5.474 | 1.282,4 | 10.193,5 | 4.093 | 1.014,7 | 1.381 | 9.178,9 |
| **2005** | 5.776 | 1.314,0 | 10.755,7 | 4.353 | 1.159,7 | 1.423 | 9.596,0 |
| **2006** | 5.887 | 1.457,0 | 11.119,3 | 4.459 | 1.224,4 | 1.428 | 9.894,9 |
| **2007** | 6.016 | 1.413,7 | 11.606,5 | 4.598 | 1.261,1 | 1.418 | 10.345,4 |
| **2008** | 5.987 | 1.605,2 | 11.968,1 | 4.539 | 1.215,3 | 1.448 | 10.752,9 |
| **2009** | 5.689 | 1.520,5 | 11.557,8 | 4.323 | 1.114,6 | 1.366 | 10.443,2 |
| **2010** | 5.067 | 1.481,1 | 10.794,3 | 3.802 | 923,2 | 1.265 | 9.871,1 |
| **2011** | 4.585 | 1.170,9 | 10.662,8 | 3.422 | 929,0 | 1.163 | 9.733,8 |
| **2012** | 4.376 | 1.162,0 | 10.099,0 | 3.234 | 925,7 | 1.142 | 9.173,3 |
| **2013** | 4.589 | 1.312,9 | 10.265,4 | 3.395 | 932,7 | 1.194 | 9.332,7 |
| **2014** | 5.185 | 1.436,9 | 10.304,7 | 4.004 | 867,2 | 1.181 | 9.437,5 |
| **2015** | 5.642 | 1.201,9 | 10.227,3 | 4.493 | 846,9 | 1.149 | 9.380,3 |
| **2016 (*)** | 4.782 | 1.209,6 | 10.013,7 | 3.752 | 706,2 | 1.030 | 9.307,5 |
| **2017 (*)** | 2.828 | 846,4 | 6.346,5 | 2.146 | 413,7 | 682 | 5.932,8 |

* Datos provisionales. Para el año 2017 los datos corresponden al período del 1 de enero a 30 de septiembre de 2017-

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

En cuanto a la incidencia que los convenios colectivos tienen respecto de la población trabajadora, esto es, respecto del número de trabajadores que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de un convenio colectivo y ello en contraste con el ámbito funcional y territorial definido en el mismo (véase la

tabla 5 y el gráfico 7), ya destacamos con anterioridad que la negociación a nivel de empresa, aun siendo la que cuenta con mayor número de convenios suscritos, sin embargo, viene a ser el convenio de referencia para un porcentaje no elevado de trabajadores, manteniéndose la tendencia a la reducción de su nivel de afectación: en 1985 alcanzaba el 17,32%; en 2006 lo era para el 12,1%; en 2013 lo fue para el 10,7% de trabajadores; y, en fin, en 2015 lo ha sido para el 11,2% del total de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva.

Por el contrario, sigue siendo el nivel provincial el que ámbito contractual colectivo de referencia para un sector importante de la población trabajadora cubierta por convenio colectivo, de modo que en 2010, los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial afectaban al 53,7% de dichos trabajadores, cifra ésta que se ha mantenido con una mínima variación a la baja en 2011 -51%-, y que a partir de 2012 sufre un importante retroceso de hasta 15 puntos porcentuales –en 2015 suponía el convenio de referencia para el 35,3% de la población trabajadora cubierta por un convenio colectivo.

Respecto al índice de cobertura de la negociación colectiva a nivel estatal, esta se ha mantenido en torno a un cuarto de la población trabajadora afectada por convenio colectivo durante el período 1985 (24,73%) hasta 2010 (28,2%), incrementándose sus tasas de cobertura de manera continuada en los años siguientes, lo cual le ha llevado a situarse en tasas similares a la negociación sectorial provincial. De este modo, la negociación sectorial estatal representa en 2015 el ámbito o unidad de negociación que tenía como referencia el 32,2% de los trabajadores afectados por convenio colectivo.

Por último, es llamativo también el incremento de los niveles de cobertura que han experimentado los convenios colectivos autonómicos, pasando de un 9,7% de trabajadores cubiertos en 2006, a alcanzar la tasa del 21,1% de trabajadores en 2015.

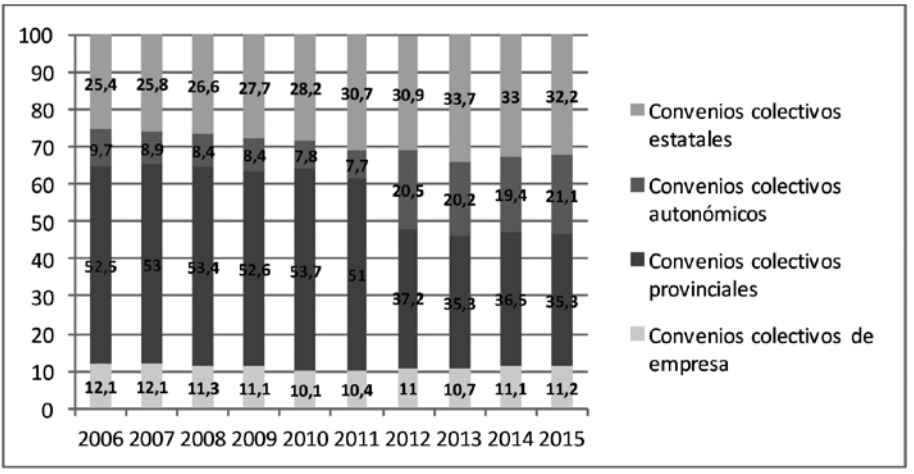
Estos datos, como se destacó, hay que relativizarlos en su alcance dado el cambio que a partir de 2012 se comenzó a aplicar en la clasificación estadística de los convenios colectivos, de modo que se pasaron a considerar como convenios autonómicos los convenios de comunidades autónomas uniprovinciales que hasta el momento se venían catalogando y computando como convenios colectivos provinciales.

Tabla 5: PORCENTAJE DE TRABAJADORES AFECTADOS SEGÚN EL ÁMBITO FUNCIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO

| AÑO | Convenios colectivos de empresa | Convenios colectivos provinciales | Convenios colectivos autonómicos | Convenios colectivos estatales |
|---|---|---|---|---|
| **2006** | 12,1 | 52,5 | 9,7 | 25,4 |
| **2007** | 12,1 | 53 | 8,9 | 25,8 |
| **2008** | 11,3 | 53,4 | 8,4 | 26,6 |
| **2009** | 11,1 | 52,6 | 8,4 | 27,7 |
| **2010** | 10,1 | 53,7 | 7,8 | 28,2 |
| **2011** | 10,4 | 51 | 7,7 | 30,7 |
| **2012** | 11 | 37,2 | 20,5 | 30,9 |
| **2013** | 10,7 | 35,3 | 20,2 | 33,7 |
| **2014** | 11,1 | 36,5 | 19,4 | 33 |
| **2015** | 11,2 | 35,3 | 21,1 | 32,2 |

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

Gráfico 7: CONVENIO COLECTIVO POR ÁMBITO FUNCIONAL Y TASAS DE COBERTURA




Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

A la vista de estos datos, se puede afirmar que no se aprecia un cambio sustancial de las tasas de cobertura que representa cada uno de los grandes niveles funcionales de la negociación colectiva en el período posterior a las

reformas laborales de 2011 y, especialmente, de 2012, en comparación con los años anteriores a las mismas, más allá de una creciente relevancia de los convenios sectoriales estatales y autonómicos y el retroceso de los convenios colectivos sectoriales provinciales.

*4.1.3. Inaplicaciones y descuelgues convencionales*

En relación a los procesos de inaplicaciones y descuelgues de convenios colectivos, se aprecia cómo el grueso de las mismas se concentra en los años 2013 y 2014, alcanzando de manera conjunta un total de 4.585 inaplicaciones. Esta cifra supone algo más de 252 procesos de descuelgues convencionales respecto de los restantes años que hemos tomado en consideración: 2012 a 2017. Esto es, de la suma total de inaplicaciones que se han computado en todos los años analizados, que asciende a 8.918 inaplicaciones y descuelgues, en dos años (2013 y 2014) se han realizado más procesos de inaplicación de convenios colectivos que la suma de los cuatros años restantes que conforman la serie histórica analizada.

Respecto a las inaplicaciones de convenios, si se analizan los datos oficiales referidos a tales procesos de descuelgue convencional se pueden destacar los siguientes aspectos (Tablas 6 y 7 – Gráficos 8 y 9). En primer lugar, se observa un relevante descenso en el número de inaplicaciones de convenios colectivos, pasando de los 2.512 casos registrados en 2013, hasta los 1.326 de 2016, o los 822 de 2017, aunque este dato es aún provisional y a fecha de 30 de septiembre. Pero en cualquier caso, lo que sí se pone de manifiesto es el descenso constante en cuanto al uso de este mecanismo, habiéndose producido una reducción de un 47'3% entre las inaplicaciones registradas en 2013 y las realizadas en 2016.

En segundo lugar, respecto del número de trabajadores afectados por las inaplicaciones de convenios colectivos, también se aprecia un importante descenso de tal tasa, pasándose de los 159.550 afectados en 2013, a los 30.064 de 2016, lo cual supone una reducción porcentual de un 79,8%.

En tercer lugar, en cuanto al sector de actividad en el que se producen, es el sector servicios en el que se mayoritariamente se concretan los mismos, manteniéndose esta tendencia a lo largo del período analizado (2013-2017) con similares porcentajes (en torno al 75% de las inaplicaciones totales). Al mismo le sigue el sector de industria con un porcentaje que ronda el 15%, y los sectores de la construcción y agrario con porcentajes medios en este período del 8% y 3%, respectivamente.

En cuarto lugar, las inaplicaciones se producen en su práctica mayoría en empresas con una plantilla comprendida entre 1 a 49 trabajadores, representando las mismas en torno al 80% de los procesos de descuelgue

convencional. Le sigue las empresa de entre 50 a 249 trabajadores, con porcentajes que rondan el 13%, y a mayor distancia se encuentran las empresas de 250 o más trabajadores en las cuales se producen en torno a un 3'5% de las inaplicaciones, aunque se detecta aquí un importante repunte (hasta el 5,6%) en 2016.

Por último, en cuanto al ámbito funcional del convenio inaplicado, la gran mayoría de los convenios afectados por los mecanismos de descuelgue son los de ámbito superior a la empresa, manteniéndose a lo largo de este período en porcentajes que rondan el 98%. Asimismo, en contraste con el descenso que, como destacamos, se observa en el número de inaplicaciones convencionales anuales, se detecta un constante proceso de crecimiento de tales tasas de inaplicaciones de convenios de ámbito superior a la empresa desde 2013, alcanzando en la comparativa entre el 2013 y 2016 los 4,4 puntos porcentuales; y, por el contrario, se produce la tendencia inversa en relación a la inaplicaciones de los convenios de empresa, en las que hay un descenso en los años mencionados 2013-2016 de 3,4 puntos.

Tabla 6: INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES POR AÑO DE DEPÓSITO, SECTOR DE ACTIVIDAD, TAMAÑO DE LA EMPRESA Y ÁMBITO FUNCIONAL

| | **2013** | **2014** | **2015** | **2016** | **2017*** |
|---|---|---|---|---|---|
| **SECTOR DE ACTIVIDAD** | | | | | |
| **TOTAL INAPLICACIONES** | **2.512** | **2.073** | **1.437** | **1.326** | **822** |
| Agrario | 54 (2,2%) | 64 (3,1%) | 40 (2,8%) | 47 (3,6%) | 11 (1,3%) |
| Industria | 393 (15,6%) | 298 (14,4%) | 205(14,2%) | 163 (12,3%) | 132 (16,1%) |
| Construcción | 108 (4,3%) | 139 (6,7%) | 116 (8,1%) | 132 (9,9%) | 58 (7,1%) |
| Servicios | 1.957 (77,9%) | 1.572 (75,8%) | 1.076 (74,9%) | 984 (74,2%) | 621 (75,5%) |
| **TAMAÑO DE LA EMPRESA** | | | | | |
| **TOTAL INAPLICACIONES** | **2.512** | **2.073** | **1.437** | **1.326** | **822** |
| 1-49 trabajadores | 1.965 (78,2%) | 1.690 (81,5%) | 1.176 (81,8%) | 1.074 (81%) | 700 (85,1%) |
| 50-249 trabajadores | 313 (12,5%) | 274 (13,2%) | 184 (12,8%) | 147 (11,1%) | 81 (9,9%) |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 250 o más trabajadores | 189 (7,5%) | 68 (3,3%) | 50 (3,5%) | 74 (5,6%) | 18 (2,2%) |
| No consta | 45 (1,8%) | 41 (2%) | 27 (1,9%) | 31 (2,3%) | 23 (2,8%) |
| **ÁMBITO FUNCIONAL DEL CONVENIO INAPLICADO** | | | | | |
| **TOTAL INAPLICACIONES** | **2.512** | **2.073** | **1.437** | **1.326** | **822** |
| Convenio de empresa | 128 (5,1%) | 64 (3,1%) | 42 (2,9%) | 23 (1,7%) | 27 (3,3%) |
| Convenio/s de otro ámbito | 2.358 (93,9%) | 2.009 (96,9%) | 1.395 (97,1%) | 1.303 (98,3%) | 795 (96,7%) |
| No consta | 26 (1%) | - | - | - | - |

* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

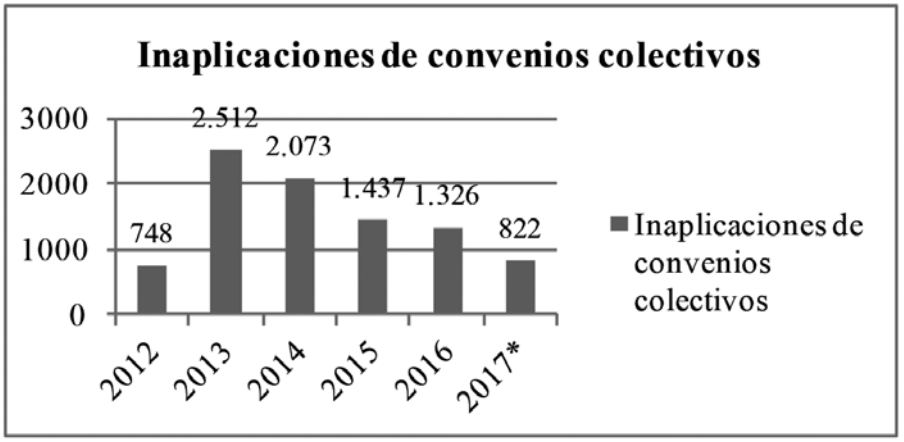
Tabla 7: INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES POR AÑO DE DEPÓSITO

| Año de depósito | Inaplicaciones de convenios | Trabajadores afectados |
|---|---|---|
| **2013** | 2.512 | 159.550 |
| **2014** | 2.073 | 66.203 |
| **2015** | 1.437 | 43.173 |
| **2016** | 1.326 | 32.064 |
| **2017*** | 822 | 16.464 |

* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

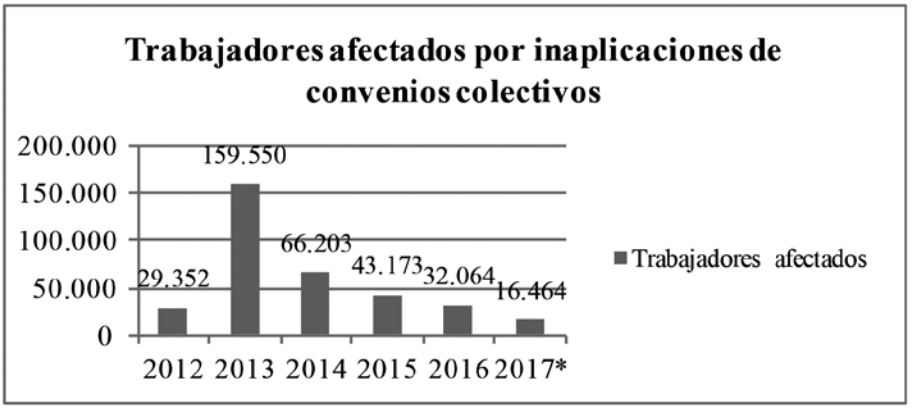
Gráfico 8: INAPLICACIONES DE CONVENIOS POR AÑO DE DEPÓSITO




* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

Gráfico 9: TRABAJADORES AFECTADOS POR INAPLICACIONES DE CONVENIOS




* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

A la vista de ello, en materia de estructura de la negociación colectiva tales mecanismos de inaplicación de convenios colectivos conllevan, a nuestro juicio, la consolidación de la tendencia al recurso a los mismos como fórmula alternativa a los procesos formales de negociación colectiva en el ámbito de empresa. Por más que la misma se configure legalmente como un mecanismo de carácter temporal y causalizado, sin embargo, tiene como contrapartida que el recurso a estos cuenta con menos limitaciones en materia de legitimación negociadora. Es más, como se ha advertido[43], un porcentaje muy elevado de tales acuerdos de inaplicación son suscritos por comisiones negociadoras integradas por representaciones *ad hoc*, lo cual, si de un lado ello manifiesta que se producen en unidades en las que se carece de representación legal de los trabajadores, de otro, nos debe llevar a afirmar que el expediente legal de apertura de legitimación negocial en los procesos de negociación de las inaplicaciones a representaciones *ad hoc* ha abierto una vía más de facilitación e incentivación a la negociación colectiva a nivel de empresa, explotando al máximo tales potencialidades los empresarios y, con ello, produciéndose una palpable descentralización de la negociación colectiva. El interrogante queda, en fin, en que si la aparición de tales acuerdos de descuelgue tendrá un carácter temporal, o si, por el contrario, será el germen de una nueva unidad de negociación colectiva a nivel de empresa[44].

### 4.2. La negociación colectiva en Andalucía: análisis de la estructura negocial en el período 2012-2017

En cuanto al análisis de la estructura de la negociación colectiva en Andalucía, y siguiendo la misma estructura utilizada con anterioridad, habría que examinar de igual modo los niveles en los que se desarrolla la negociación colectiva, las tasas de cobertura de la misma y los supuestos de inaplicación de convenios colectivos acaecidos en este período en Andalucía.

En relación a los niveles en los que se materializa la negociación colectiva, las conclusiones que se pueden extraer a la vista de los datos sobre convenios colectivos suscritos en el período 2012-2017 (Tablas 8 y 9), no distan prácticamente nada de las que se realizaron en al análisis precedente sobre la negociación colectiva en España.

En primer lugar, la tendencia general en la evolución del número de convenios colectivos registrados es la de su estancamiento tras una evidente recuperación a partir de 2013. Por el contrario, sí que se produce un aumento

[43] Vid. Cruz Villalón, J.: *"Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo"*, op. cit., pág. 54; Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., pág. 163.

[44] En este mismo sentido, Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., pág. 165.

del número de convenios colectivos acordados en nuevas unidades de negociación, alcanzando cotas de hasta el 75% de crecimiento en el año 2013 en comparación con los suscritos en 2012. Esta tendencia se mantiene en 2014 -aunque no con la entidad señalada para 2013-, donde se incrementa la tasa de negociación en nuevas unidades en un 23%. Y, a partir de aquí, se observa unos "picos de sierra" en tales tasas en los años siguientes, con una disminución en 2015 de un 23%, y un incremento de un 7,2% en 2016.

En segundo lugar, la negociación colectiva en nuevas unidades se materializa en la práctica totalidad de las situaciones en el nivel de empresa o inferior, solo contándose con un caso en el año 2016 en el que se ha producido en el ámbito negocial sectorial. No cabe duda que en buena lógica esta situación debe venir motivada por el hecho de haberse incentivado y priorizado legislativamente el nivel de empresa, optándose así por crear un espacio segregado de regulación convencional que da pie a una adaptación/devaluación de las condiciones laborales.

En tercer lugar, si centramos nuestro análisis de manera desagregada en orden al ámbito funcional en el que los convenios colectivos se materializan, es el ámbito de empresa en el que se produce de forma mayoritaria manteniéndose a lo largo de este período, y de forma consolidada a partir de 2014, en tasas que rondan el 85%. En este sentido, en una comparativa entre los años 2012 y el 2014, si bien el número total de convenios se incrementa en 2014 en un 39,8%, la negociación colectiva de empresa tiene una subida de un 41,2%, y la negociación sectorial se incrementa en un 33,7%. Esta tendencia se mantiene en los años siguientes, aunque, en todo caso, hay que resaltar el retroceso dentro la estructura contractual de los convenios colectivos sectoriales, sufriendo una pérdida de hasta 2,4 puntos (2014: 17,4% - 2016: 15%).

Por último, la relevancia de los convenios colectivos sectoriales de ámbito interprovincial es prácticamente testimonial, siendo, en consecuencia, los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial los que representan la negociación a nivel sectorial.

En cuanto a evolución del número de convenios y de empresas y trabajadores cubiertos por la negociación colectiva, se aprecia una tendencia al incremento de todas estas variables en los diferentes años del período analizado, si bien, es el año 2014 el que cuenta con mejores tasas en todos estos aspectos, y a partir de él hay un mínimo retroceso de las mismas, manteniéndose en cifras similares en los años 2015, 2016 y 2017 –aunque aquí hay que resaltar que se trata de cifras parciales y no definitivas-.

Por lo que afecta a las tasas de cobertura de la negociación colectiva, de nuevo se reproduce aquí la situación destacada en esta materia cuando se analizó la negociación colectiva a nivel estatal. Aun cuando es mayoritaria

en número la negociación colectiva de empresa –recordemos que se sitúa en cotas de un 85% del total-, sin embargo, los trabajadores afectados por tales convenios colectivos no representan más de un 5% del total de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva. En este sentido, hay que resaltar el hecho de que a pesar del retroceso a partir de 2015 en el número total de convenios colectivos sectoriales –más significativo que el producido para los de empresa-, sin embargo, ello no se produce de manera paralela en relación a las tasas de cobertura. Así, la negociación colectiva de sector se sitúa en una tasa mantenida a lo largo de estos años de algo más de un 94%, quedando la negociación de empresa como marco normativo de referencia para un 5% de la población trabajadora andaluza cubierta por convenio colectivo.

Tabla 8: CONVENIOS COLECTIVOS ORIGINARIOS, REVISADOS Y NUEVOS, EMPRESAS, TRABAJADORES AFECTADOS, POR AÑO DE EFECTOS ECONÓMICOS Y PERÍODO DE REGISTRO

| **Año** | **2012** | **2013** | **2014** | **2015** | **2016** | **2017*** |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Trabajadores** | 883.019 | 933.179 | 1.116.340 | 1.114.357 | 1.010.085 | 807.725 |
| **Empresas** | 156.070 | 170.209 | 203.414 | 194.529 | 194.559 | 163.870 |
| **Convenios originarios** | 195 | 232 | 293 | 213 | 258 | 174 |
| **Convenios revisados** | 310 | 390 | 421 | 472 | 388 | 449 |
| **Nuevos convenios** | 48 (todos de empresa) | 84 (todos de empresa) | 104 (todos de empresa) | 84 (todos de empresa) | 90 (89 de empresa/1 de sector) | 54 |

* Datos provisionales hasta el 30 de septiembre de 2017.

Fuente: Elaboración propia sobre las Memorias anuales del CARL y los Informes estadísticos de la Negociación Colectiva en Andalucía de los períodos analizados.

Tabla 9: CONVENIOS COLECTIVOS TOTALES, TRABAJADORES AFECTADOS, SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL, POR AÑO DE EFECTOS ECONÓMICOS Y PERÍODO DE REGISTRO

| Año | Convenios colectivos revisados y originarios | Convenios de sector | | Convenios de empresa | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | Total | Trabajadores | Total | Trabajadores |
| **2012** | 505 | 92 (18,3%) | 828.246 (93,8%) | 413 (81,7%) | 54.773 (6,2%) |
| **2013** | 623 | 112 (17,9%) | 879.055 (94,2%) | 511 (82,1%) | 54.124 (5,8%) |
| **2014** | 706 | 123 (17,4%) | 1.067.261 (95,6%) | 583 (86,6%) | 94.080 (4,4%) |
| **2015** | 685 | 108 (15,8%) | 1.050.502 (94,3%) | 577 (84,2%) | 63.854 (5,7%) |
| **2016** | 646 | 97 (15%) | 952.870 (94,3%) | 549 (85%) | 57.215 (5,7%) |
| **2017*** | 623 | 82 (13,2%) | 753.622 (93,3%) | 541 (86,8%) | 54.103 (6,7%) |

* Datos provisionales hasta el 30 de septiembre de 2017.

Fuente: Elaboración propia sobre las Memorias anuales del CARL y los Informes estadísticos de la Negociación Colectiva en Andalucía de los períodos analizados.

Por último, en materia de inaplicaciones de convenios colectivos (Tabla 10), en 2013 se produjo un incremento en los supuestos de descuelgue de convenio de un 181,8% en comparación con los realizados en el año precedente. Obviamente, la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 conllevó el que se recurriera de manera normalizada a este mecanismo que, en su gran mayoría, determinaba la inaplicación de convenios colectivos de sector (el 97,8% de los supuestos afectaban a estos ámbitos convencionales). Tales tasas de incremento se moderan si realizamos una comparativa entre el año 2012 y los años siguientes, siendo el año 2013 el que destaca en este sentido. Por el contrario, lo que sí se observa es que este mecanismo de inaplicación convencional tiene poca o casi nula incidencia respecto de los convenios colectivos de empresa, suponiendo algo menos del 1% de los casos de descuelgue producidos en la negociación colectiva andaluza (2014: 1%; 2015: 0'4%; 2016: 0,4%).

En lo que concierne a los trabajadores afectados por los procesos de inaplicación de convenios colectivos, se detecta un importante descenso de su número, alcanzando hasta una reducción del 42% de trabajadores afectados en una comparativa entre los años 2014 y 2016.

De otro lado, las inaplicaciones se producen en algo más de 9 de cada diez casos (95,3% en 2016) en empresas con una plantilla inferior a 50 trabajadores, y dentro de esta magnitud, son las microempresas –con una plantilla inferior

a 11 trabajadores- en las que se producen la mayor parte de los procesos de descuelgue convencional- Esta situación nos puede llevar a plantearnos que si dado que se tratan de unidades que carecen o, con toda probabilidad, puedan carecer de órganos de representación legal de los trabajadores, el recurso a los procesos de inaplicación viene a articularse como instrumento alternativo para la constitución de unidades nuevas de negociación en las que se carece de sujetos legitimados para negociar convenios colectivos estatutarios, solventándose así la problemática que se está produciendo en los últimos años sobre la cuestión de los convenios colectivos de empresa negociados por representaciones que carecen de legitimación para ello[45].

En fin, lo que sí se aprecia con las reducciones en los últimos años de los casos de inaplicación de convenios en Andalucía y el paralelo incremento de las nuevas unidades negociales en nuestra Comunidad Autónoma, es que parece estar produciéndose un trasvase en el recurso al expediente de inaplicación convencional en beneficio de la negociación de un convenio colectivo propio.

Tabla 10: INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES AFECTADOS POR AÑO DE DEPÓSITO

| Año | Total de inaplicaciones de convenios colectivos | Trabajadores afectados |
|---|---|---|
| **2012** | 248 (afectación 95,6% sector/4,4% empresa) | No constan datos oficiales |
| **2013** | 699 (afectación 97,8% sector/2,2% empresa) | No constan datos oficiales |
| **2014** | 597 (afectación 99% sector/1% empresa) | 10.725 (92% en empresas de menos 50 trabajadores) |
| **2015** | 473 (afectación: 99,6% sector/0,4% empresa) | 7.410 (93% en empresas de menos 50 trabajadores) |
| **2016** | 464 (afectación: 99,6% sector/0,4% empresa) | 6.222 (95,3% en empresas de menos 50 trabajadores) |

Fuente: Elaboración propia sobre las Memorias anuales del CARL y los Informes estadísticos de la Negociación Colectiva en Andalucía de los períodos analizados.

[45] En este sentido, vid., entre otras, las SsTS -Sala de lo Social- de 7 de marzo de 2012 (Rec. 37/2011), de 28 de septiembre de 2015 (Rec. 277/2014), o de 23 de febrero de 2017, (Rec.146/2016).

Para un análisis de esta problemática, vid. Mercader Uguina, J.R.: "Zonas sísmicas en materia de negociación colectiva e interpretación judicial: ultraactividad, descuelgues y convenio de empresa", Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF, 393/2015, págs. 37 y ss.

# EL IMPACTO DE LAS NORMAS DE CONCURRENCIA TRAS LAS REFORMAS LEGALES

ESTHER CARRIZOSA PRIETO
*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. LAS REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL AL CAMBIO DE MODELO DE NEGOCIACIÓN
2. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA REGULACIÓN LEGAL. LAS REGLAS CONVENCIONALES SOBRE ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. LAS REGLAS ESTATUTARIAS SOBRE CONCURRENCIA DE CONVENIOS. LA PROHIBICIÓN DE AFECTACIÓN ENTRE CONVENIOS Y SUS EXCEPCIONES
   3.1. LA PREFERENCIA DE LOS CONVENIOS DE EMPRESA EN DETERMINADAS MATERIAS
   3.2. LA PREFERENCIA RELATIVA DE LOS CONVENIOS AUTONÓMICOS
4. LA INCIDENCIA DE OTRAS INSTITUCIONES ESTATUTARIAS SOBRE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS
   4.1. LA LIMITACIÓN DE LA ULTRAACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS
   4.2. LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO
5. UN SUPUESTO ESPECIAL. LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS
6. CONCLUSIONES

## 1. LAS REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL AL CAMBIO DE MODELO DE NEGOCIACIÓN

La articulación de la negociación colectiva y, especialmente, el reparto de materias entre los convenios colectivos de distinto ámbito, se ha configurado tradicionalmente como una materia propia de la autonomía colectiva en la que, sólo excepcionalmente y con carácter residual, ha intervenido el Estado. Así, hasta fechas relativamente recientes, la intervención normativa estatal en materia de articulación convencional se ha realizado de forma excepcional e indirecta. Excepcional, porque existen pocas reglas al respecto en la regulación estatutaria (sustancialmente arts. 83 y 84 del ET); indirecta, porque dichas medidas, configuradas siempre con carácter subsidiario, perseguían dos objetivos fundamentales: reconocer, en primer lugar, la plena competencia de la autonomía colectiva a la hora de articular reglas para evitar la concurrencia conflictiva (este es el sentido del art. 83.2 ET); garantizar, en segundo lugar, la prevalencia del convenio colectivo negociado con anterioridad en el caso de concurrencia conflictiva (art. 84 ET).

No obstante, las reformas laborales de 2011 y 2012, aludiendo a la necesidad de flexibilizar la regulación de las condiciones de trabajo, han introducido cambios importantes que pretenden incidir en la estructura del sistema negociador[1]. Especialmente incisivo, al menos en el ámbito de las declaraciones formales, fue el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE. núm. 139 de 11 de Junio) que intenta hacer frente, así lo reconoce expresamente en su Exposición de Motivos, a las disfunciones acumuladas por el sistema de negociación colectiva durante sus 30 años de existencia, especialmente a la rigidez y estatismo con que los convenios regulan las materias laborales y las dificultades del sistema para adecuar las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y productivas que afectan a las organizaciones empresariales (EM Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio). Conforme a estas declaraciones, dicha norma fijaba entre sus principales objetivos: a) favorecer una mejor ordenación del sistema en aras de conseguir una regulación convencional cercana a la empresa y adaptada a la situación de cada sector de actividad; b) introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en el proceso y en los contenidos de la negociación con la finalidad de adaptarlos a la situación económica concurrente[2].

[1] Sala Franco, T., "La revisión del modelo legal de negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 134.

[2] Sobre las implicaciones de la Reforma de 2011, Cruz Villalón, J., "Texto y contexto de

En línea con estas consideraciones, la segunda norma de relevancia, la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE. núm. 162, de 7 de julio de 2012), anunciaba que la crisis económica evidenciaba la "*insostenibilidad del modelo laboral español, que padece problemas estructurales que deben ser atajados con una reforma de envergadura*" (E. M. de Ley 3/2012, de 6 de julio). Así, y aunque la disposición tenía como objetivo efectuar una reforma genérica del mercado de trabajo, incide en la negociación colectiva al considerar que la reforma efectuada en 2011 no había obtenido los efectos esperados[3]. Efectivamente, el objetivo primordial de esta reforma consistía en afrontar la grave situación económica y de empleo que afectaba a nuestro país y, la solución, en buscar un punto de equilibrio entre flexibilidad interna y externa en todas las facetas e instituciones del mercado de trabajo y del empleo: contratación, condiciones de trabajo y extinción de la relación laboral[4].

En el ámbito de la negociación colectiva, las exigencias de flexibilidad afectaron profundamente algunas de sus instituciones nucleares[5]. Así, una primera medida, de gran trascendencia y con impacto considerable en la estructura de la negociación, consistió en otorgar prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa. En este punto la reforma de 2012 fue más incisiva que la efectuada en 2011 en cuanto esta última, aunque reconocía esta prioridad en las materias idóneas para gestionar la flexibilidad en las organizaciones productivas, garantizaba la facultad de matizarla e incluso excluirla mediante convenios estatales o autonómicos. La nueva regulación no ofrece esa opción a los representantes de los trabajadores y convierte la preferencia aplicativa en obligatoria en virtud de norma legal y todo ello en aras de "*facilitar la negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores*" (E.

---

la Reforma de la negociación colectiva 2011"; Escudero Rodríguez, R., Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011", ambos en García Perrote, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dir.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 19 y ss. y 47 y ss., respectivamente; González Ortega, S., "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Temas Laborales*, núm. 115/2012, pp. 91 y ss.

[3] González Ortega, S. (2012), "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes…", op. cit. pp. 85 y ss.

[4] Carrizosa Prieto, E., "Mecanismos de flexibilidad interna en las organizaciones productivas: La reforma de la clasificación profesional y de la movilidad funcional", en VV.AA., *Las reformas del derecho del trabajo en el Contexto de la crisis económica. La reforma Laboral de 2012,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 505 y ss.

[5] Mercader Uguina, J. R., "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa como nuevo centro de gravedad", en García Perrote, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dir.), Reforma Laboral 2012, Valladolid, Lex Nova, pp. 357 y ss.

M. del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)[6].

Una segunda medida, también con incidencia en la estructura negocial, consistió en ampliar considerablemente las posibilidades de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, puesto que con la reforma del 2011 se seguía circunscribiendo a los salarios y la nueva regulación la extendió a un amplio elenco de condiciones de trabajo (jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites previstos en el art. 39 ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social), al tiempo que introdujo mecanismos para desbloquear la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para inaplicar las condiciones previstas en convenio colectivo.

La tercera y última medida de impacto se dirige a modificar aspectos de la aplicación del convenio en el tiempo con el fin de procurar una adaptación del contenido de la negociación a las circunstancias económicas y organizativas. Así, con objeto de evitar una "petrificación" de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y de evitar la demora del acuerdo, la regulación limita la ultraactividad a un año, de forma que, transcurrido dicho plazo sin acuerdo, se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que resulte de aplicación.

Estas consideraciones evidencian que las últimas reformas laborales han introducido importantes novedades en las reglas que ordenan la articulación y concurrencia de convenios colectivos, pero también que a través de ellas se han sentado las bases necesarias para modificar drásticamente la propia estructura del modelo. Es evidente que el sistema consagrado por la normativa anterior a 2011 se caracterizaba por la prevalencia del convenio colectivo sectorial, preferencia que, con ocasión de las reformas introducidas en 1994, recaía fundamentalmente sobre el convenio colectivo provincial. Las nuevas reglas, sin embargo, otorgan un espacio mucho más amplio al convenio colectivo de empresa, pero también restauran la prevalencia del convenio colectivo sectorial estatal, en menor medida del autonómico, sobre el sectorial provincial[7]. Esta primera afirmación, que nos sirve para presentar y abrir el debate sobre las reglas de concurrencia, contrasta con la evolución de la negociación colectiva en España, pero, sobre todo, en Andalucía, pues no parece que las reformas hayan tenido un impacto considerable, al menos de momento, en el sistema de negociación.

---

[6] Mercader Uguina, J. R., "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa…", op. cit. p. 371.

[7] González Ortega, S. (2012), "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes…", op. cit. p. 92.

TABLA 1. IMPACTO DE LAS REFORMAS EN EL ÁMBITO FUNCIONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS. ANDALUCÍA

| | Ámbito Sectorial | | | Ámbito Empresarial | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Año** | **CC** | **Emp.** | **Trab.** | **CC** | **Emp.** | **Trab.** |
| **2009** | 156 | 218.402 | 1.321.144 | 659 | 659 | 93.121 |
| **2012** | 92 | 133.562 | 828.246 | 413 | 413 | 54.773 |
| **2016** | 97 | 194,010 | 952.870 | 549 | 549 | 57.215 |

Fuente: Elaboración propia, a raíz de datos extraídos del CARL

## 2. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA REGULACIÓN LEGAL. LAS REGLAS CONVENCIONALES SOBRE ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La concurrencia entre convenios colectivos puede ser pacífica si constituye el resultado de una articulación de convenios colectivos, las normas se complementan o no son contradictorias, pero también puede ser conflictiva cuando no es posible su aplicación conjunta. Son estos últimos supuestos los que reciben atención por parte del legislador y a los que atiende la regulación contenida en el art. 84.1 ET; regulación que, efectivamente, exige que haya coincidencia total o parcial en el ámbito de aplicación de varios convenios, que dichos convenios sean de ámbitos distintos, aunque coincidentes, y que exista incompatibilidad entre las regulaciones, de forma que, necesariamente, haya que elegir entre alguna de ellas.

No se puede considerar conflictiva, sin embargo, y así lo pone de manifiesto la legislación y la jurisprudencia, la sucesión de convenios colectivos con el mismo ámbito de aplicación, caso en que el convenio posterior sucede al anterior tal como establecen los arts. 82.4 ET y 86.4 ET; los convenios de distinto ámbito en el que el de ámbito superior establece condiciones mínimas y el de ámbito inferior introduce mejoras (STS de 29 de enero de 1997. RJ. 1997/909, FD. 3º; STS de 10 de octubre de 2000. RJ. 2000/9423, FD. 2º); los convenios de ámbito inferior que complementan determinados aspectos de la regulación de convenio de ámbito superior; los convenios de ámbito superior que se declaran, con carácter general, de aplicación subsidiaria a los de ámbito inferior (STS de 1 de octubre de 1998. RJ. 1998/7801, FD. 4º); y, por último, aquellos otros supuestos en que los convenios concurrentes regulan materias completamente diversas por lo que no se produce, al igual que en los supuestos mencionados, concurrencia conflictiva.

El art 83 ET, además de reconocer libertad a los agentes sociales para fijar las unidades de negociación, posibilitando con ello los supuestos de concurrencia, habilita a la propia autonomía colectiva para articular y ordenar el sistema de negociación e incluso para establecer reglas que solucionen la concurrencia conflictiva entre convenios (art. 83. 1 y 2 ET). Se reconocen, por tanto, dos facultades distintas, aunque complementarias: a) establecer reglas para estructurar la negociación colectiva, precisamente con objeto de evitar conflictos en la aplicación de las normas convencionales, b) fijar reglas que resuelvan los supuestos de concurrencia conflictiva cuando estos se produzcan.

Con carácter general, podríamos sostener, lo dijimos al principio, que las reglas estatutarias sobre concurrencia son disponibles para la propia autonomía colectiva en virtud del art. 83 ET. Sin embargo, el Estatuto contiene varias previsiones específicas que obligan a matizar esta afirmación: la reserva de materias efectuadas en favor del convenio de empresa (art. 84.2 ET), la prohibición de regular una serie de materias por parte de los convenios del ámbito autonómico (art. 84.4 ET) y, como consecuencia de lo anterior, una reserva relativa de materias para el convenio colectivo sectorial nacional. La primera regla es indisponible para la autonomía colectiva y la segunda completamente disponible, por lo que a través de los acuerdos señalados en el art. 83.2 ET se podría ampliar o reducir las materias que integran la "prohibición autonómica", e incluso, suprimir por completo esta prohibición.

De otro lado, es necesario destacar que son varios los instrumentos convencionales que menciona la regulación legal para canalizar este tipo de actuaciones. En primer lugar, los acuerdos interprofesionales firmados por las organizaciones más representativas a nivel estatal o de comunidad autónoma, alusiones a la representatividad que hay que completarlas con la regulación de los art. 6 y 7 de la LOLS y con la D A. 6 ET. En consecuencia, se trataría, en representación de los trabajadores, de las organizaciones sindicales que hayan obtenido en el ámbito estatal el 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas y aquellas otras que acrediten en el ámbito autonómico, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal (arts. 6 y 7 LOLS); en representación de los empresario, de las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal y aquellas que en el ámbito autonómico cuenten con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores (DA 6 ET).

En segundo lugar, a través de convenios o acuerdos colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico, firmados por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales legitimadas de acuerdo con la regulación estatutaria, previsión normativa introducida por la reforma de 2011 y que pretende fomentar la articulación ordenada de la negociación colectiva, dando entrada al convenio colectivo sectorial, quizá el más adecuado para cumplir con esta función. Resta destacar que para la determinación de los sujetos negociadores, y como consecuencia lógica de la existencia de una regulación específica, la regulación remite a las previsiones normativas contenidas en el art. 87 ET, que legitima para los convenios sectoriales, del lado de los trabajadores, a los sindicatos más representativos a nivel estatal, a los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma y a los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio; por el lado de los empresarios, a las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios siempre que den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como a aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados. En caso de que no existiesen organizaciones empresariales con suficiente representatividad, estarán legitimadas las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores.

Es importante insistir en que la redacción actual restringe estos instrumentos a los acuerdos interprofesionales o a los acuerdos sectoriales de ámbito estatal o autonómico, en contraposición a la generalidad que caracterizaba la regulación anterior que se refería a acuerdos interprofesionales (en principio intersectoriales) o convenios colectivos sin mencionar su ámbito, por lo que siempre que estuvieran negociados por los sujetos habilitados expresamente por la regulación legal (organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas en el ámbito estatal y autonómico) podían realizar, independientemente del ámbito funcional, las funciones descritas. En contraposición, la mención a los sujetos negociadores se amplia, pues si anteriormente solo se mencionaba a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas a nivel nacional y autonómico, obligando en consecuencia a que, independientemente del ámbito funcional, siempre fueran estos los sujetos negociadores, ahora se permite que los convenios colectivos sectoriales se adopten por los sujetos legitimados para negociar en dicho ámbito, de acuerdo con el art. 87 ET.

A estos efectos, y una vez analizado el panorama negociador existente, podemos afirmar que los agentes sociales no han establecido normas aplicables con carácter general (y obligatorio) a todas y cada una de las unidades de negociación, por lo que carecemos en la actualidad de un sistema coherente y ordenado por la propia autonomía colectiva[8]. Ciertamente, las aportaciones efectuadas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, parecen haber frenado la fragmentación y la falta de coordinación que afectaban al sistema. Así, desde el ámbito intersectorial, aunque muy lejos de instaurar un sistema ordenado y estructurado, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016, 2017 (BOE núm. 147/2015 de 20 de junio), contiene importantes apreciaciones sobre los contenidos de la negociación colectiva en el ámbito empresarial, especialmente en lo que hace a las condiciones de trabajo más proclives a la flexibilización, esto es, ordenación del tiempo de trabajo, movilidad funcional y salarios, así como otras circunstancias directamente relacionadas con las organizaciones productivas, ordenación del teletrabajo y absentismo (Capítulo IV. Instrumentos de flexibilidad negociada. Condiciones de trabajo). La norma, en plena sintonía con la regulación estatutaria, reconoce que el ámbito propio para negociar estas materias es el empresarial bien a través de convenios colectivos o de acuerdos de empresa, estableciendo la obligación de la autonomía colectiva de impulsar la negociación en este ámbito. Más allá de estas previsiones, y exceptuando la materia de prevención de riesgos laborales (Capítulo II), son pocas las reglas dirigidas específicamente a articular la negociación colectiva en sus distintos ámbitos[9].

Algo más precisos se presentan los Convenios Colectivos Sectoriales de ámbito nacional, pues aquellos que entran a regular la concurrencia entre las distintas unidades de negociación sí que establecen reglas claras y absolutas para ordenar el proceso negociador. Las regulaciones pueden ser muy variadas, desde las más simples que se limitan a destacar las materias reservadas

[8] González Ortega, S., y Carrizosa Prieto, E., (2013): "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro", en Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 384.

[9] Si excluimos las alusiones efectuadas en materia de Seguridad y Salud en el trabajo y aquellas reglas que se limitan a reiterar normas estatutarias, el Acuerdo contiene tres previsiones específicas respecto de la negociación colectiva sectorial, alguna de ellas reservadas al ámbito estatal: establecer criterios y prioridades aplicables a la formación sectorial en todo el territorio nacional; otras, asignadas sin especificar el ámbito geográfico: abordar los criterios relativos a los contenidos de los Planes de Igualdad referidos a su ámbito, evaluación, seguimiento, administración y resolución de las discrepancias; y, por último, otra en la se hace un llamamiento al convenio colectivo sectorial provincial, instrumentos que, por su proximidad a la empresa, deben fijar las reglas generales sobre la flexibilidad del tiempo de trabajo.

al CC Sectorial (así, por ejemplo, sucede con el CC Nacional del Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas 2016-2018, BOE núm. 55/2017 de 6 de marzo, art. 1): contratación, modalidades contractuales, períodos de prueba, clasificación profesional, estructura salarial, salarios bases sectoriales y su incremento, jornada máxima y su regulación básica, formación profesional, régimen disciplinario, régimen de representación colectiva; hasta aquellas más complejas que, además de contener un numeroso elenco de materias, delimitando de forma precisa las posibilidades regulatorias del convenio colectivo de empresa, dificultan ostensiblemente, llegando incluso a no reconocer, obviar o prohibir, la negociación colectiva sectorial en ámbitos inferiores, esto es, autonómicos y provinciales (art. 6 y 7 del VII CC. Estatal del Sector del Corcho 2017-2019, BOE núm. 251/2018, de 18 de octubre; art 4 del CC de Grandes Almacenes, BOE núm. 242/2017, de 7 de octubre). No obstante, existen convenios que hacen lo contrario, restringe a los mínimos legales las materias de los CC de Empresa, declarándose supletorio respeto de todos aquellos aspectos que no regule el CC Sectorial Autonómico (art. 1 del VI CC de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, BOE 197/2013, de 17 de agosto), otorgando, en consecuencia, todo el poder negociador al convenio colectivo autonómico.

Con independencia de los reproches de constitucionalidad que merezcan estas regulaciones, lo cierto es que la presencia de CC Sectoriales Autonómicos no es muy destacable, resaltando con carácter general en aquellas Comunidades Autónomas que son uniprovinciales. Las razones de estas reticencias a la negociación colectiva autonómica pueden ser muy diversas, y aunque la marginación efectuada por los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal puede ser una causa, esta circunstancia no explicaría el número de CC autonómicos vigentes en Madrid (47), Cataluña (43), Murcia (38), Navarra (29) y Asturias (29), datos que podrían indicar que existe aún, en determinadas Comunidades Autónomas, una cierta predilección por la negociación colectiva sectorial provincial, como se refleja en el caso de Castilla León, Andalucía y Castilla la Mancha.

TABLA 2: CONVENIOS COLECTIVOS APLICABLES EN 2017 POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

| | CC SECTORIALES | | | CC EMPRESARIALES | |
|---|---|---|---|---|---|
| | Estatales | Autonómicos | Provinciales | CC Empresa (Total) | CC Empresa radicadas en la CA |
| Andalucía | 120 | 5 | 159 | 1398 | 1.013 |
| Aragón | 120 | 5 | 51 | 538 | 218 |
| Asturias | 119 | 27 | 0 | 443 | 144 |
| Baleares | 118 | 16 | 0 | 380 | 97 |
| Canarias | 119 | 1 | 26 | 618 | 333 |
| Cantabria | 119 | 27 | 0 | 436 | 155 |
| Castilla la Mancha | 120 | 3 | 76 | 568 | 252 |
| Castilla León | 120 | 8 | 167 | 704 | 378 |
| Cataluña | 120 | 43 | 87 | 1129 | 718 |
| Extremadura | 119 | 4 | 29 | 418 | 153 |
| Galicia | 120 | 11 | 75 | 781 | 464 |
| La Rioja | 118 | 15 | 0 | 319 | 69 |
| Madrid | 121 | 47 | 0 | 949 | 481 |
| Murcia | 120 | 38 | 0 | 377 | 85 |
| Navarra | 119 | 29 | 0 | 515 | 238 |
| País Vasco | 118 | 4 | 67 | 1092 | 750 |
| Valencia | 119 | 19 | 94 | 880 | 499 |

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos del Mapa de Negociación Colectiva, MESS (04/11/2017).

La predilección por las unidades de negociación provinciales, a pesar de las reformas efectuadas, no es extraña en una situación de tránsito entre modelos de negociación como en la que nos encontramos. Las previsiones legales no pueden impedir que el vacío dejado por la negociación colectiva autonómica sea cubierto por lo convenios colectivos en el nivel provincial. Precisamente esto es lo que parece estar ocurriendo en la Comunidad Autónoma Andaluza, en la que la que, a la escasez de convenios colectivos autonómicos en los grandes sectores de actividad, se debe unir que muchos de los existentes se limitan a regular pocas materias, declarando que estas son contenido mínimo a mejorar por los convenios colectivos inferiores. Así sucede, por ejemplo, con el art. 1 del Convenio Colectivo Autonómico para las Empresas dedicadas a la Gestión del Servicio del Taxi de Andalucía 2016-2018, que regula, la jornada máxima,

la estructura salarial, medidas de protección social, servicios y licencias, seguridad e higiene y clasificación profesional. No obstante, existen otros supuestos en los que, dadas las características de la actividad, no se facilita la negociación en ámbito inferiores, declarando supletoria la normativa legal, o antes que esta, el convenio colectivo sectorial nacional (art. 6 del I Convenio Colectivo Regional para las Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía.; art. 5 del III Convenio Colectivo Autonómico de Trabajo para las Empresas y Trabajadores/as de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia), o únicamente el convenio sectorial nacional (art. 2 I Convenio Colectivo de Ámbito Autonómico de Andalucía para el Sector de Aparcamientos y Garajes 2011-2014).

TABLA 3: CONVENIOS COLECTIVOS AUTONÓMICOS APLICABLES EN ANDALUCÍA

| Convenio | Publicación | Estado |
|---|---|---|
| I CC Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA 210 de 22/10/2008 | BOJA 210 22/10/2008 | Denunciado. Prórroga hasta nuevo Convenio. |
| I CC para el Sector de Aparcamientos y Garajes 2011-2014. | BOJA 16 31/10//2011 | Vigente. No Denunciado. |
| CC para el Sector de Auto-taxi de la Comunidad Autónoma Andaluza 2014-2016 | BOJA 41 03/03/2014 | Vigente. No Denunciado |
| Convenio Colectivo Autonómico para las Empresas dedicadas a la Gestión del Servicio del Taxi de Andalucía 2016-2018. | BOJA 126 04/07/2017 | Vigente. No denunciado |
| CC Sectorial de Estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante control horario 2008-2010. | BOJA 193 26/9/2008 | Denunciado. Prórroga hasta nuevo Convenio |
| CC de Grúas Móviles Autopropulsadas, para los años 2008-2011. | BOJA 147 24/7/2008 | Denunciado. Prórroga hasta nuevo Convenio |
| I CC para Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía. | BOJA 205 19/10/2011 | Vigente. No Denunciado |
| Convenio Colectivo para las Empresas y Trabajadores/as de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia. | BOJA 205 19/10/2011 | Denunciado. Prórroga hasta nuevo Convenio |
| Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas | BOJA 92 09/05/2008 | Vigente. No Denunciado |

Fuente: Elaboración propia en base a los datos suministrados por el CARL

## 3. LAS REGLAS ESTATUTARIAS SOBRE CONCURRENCIA DE CONVENIOS. LA PROHIBICIÓN DE AFECTACIÓN ENTRE CONVENIOS Y SUS EXCEPCIONES

Iniciamos este estudio advirtiendo que la ordenación de la negociación colectiva y el reparto de materias entre los distintos ámbitos de negociación constituye una materia propia de la autonomía colectiva en la que solo excepcionalmente debe intervenir el legislador. La intervención legislativa, canalizada fundamentalmente en el art. 83 y 84 del ET, se manifiesta en una regla general que prohíbe la afectación entre convenios de distinto ámbito y en dos excepciones: la excepción autonómica y la excepción empresarial.

Efectivamente, en relación a los supuestos de concurrencia conflictiva, el art. 84.1 ET prohíbe que un convenio colectivo sea afectado durante su vigencia por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. Esto significa que el primer convenio aplicable a una determinada unidad de negociación no ve desplazada su regulación por la establecida en un convenio colectivo negociado posteriormente. Es decir, el nuevo convenio colectivo no desplaza ni sustituye a la regulación anterior, que es la que, en principio, ostenta preferencia aplicativa de acuerdo con la norma legal[10]. Sin embargo, esta regla no exige que el nuevo convenio haya de anularse o que carezca de validez, sino que no se va aplicar durante el periodo de vigencia del convenio colectivo que se encuentra en vigor; queda afectado, en consecuencia, por una "*inaplicación temporal, total o parcial*" (STS de 31 de octubre de 2003. RJ. 2004/589 FD. 3º II; STS de 24 de abril de 2006. RJ. 2006/4708, FD. 7º). En todo caso, hemos de insistir en que lo que prohíbe la regla general es la aplicación y no el propio procedimiento de negociación, por lo que nada impide que se negocie un convenio colectivo y se aguarde a que decaiga la vigencia del convenio anterior para que pueda entrar en vigor, e incluso que se negocie y se aplique un convenio colectivo posterior siempre que su regulación se centre en materias no negociadas por el convenio colectivo anterior (STS de 31 de octubre de 2003. RJ. 2004/589 FD. 3º II).

La regla de la prioridad temporal establecida en el art. 84.1 ET se perfila como una regla general de carácter subsidiario que sólo rige en cuanto la negociación colectiva no establezca criterios distintos para resolver los supuestos de concurrencia conflictiva. Expresamente prevé la regulación legal, lo hemos comentado ya, la posibilidad de que se establezca pactos por los que se excluya la aplicación de esa regla a través de los acuerdos regulados en el art. 82.3 ET, es decir, mediante acuerdos marcos interprofesionales y con-

[10] El sentido de la regla y sus distintas correcciones, en González Ortega, S., y Carrizosa Prieto, E., (2013): "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión …", op. cit. pp. 377 y ss.

venios colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico. Al margen de estos acuerdos específicos, también lo hemos visto ya, la autonomía colectiva puede desplazar fácilmente la aplicación del art. 84.1 ET estableciendo reglas para ordenar y articular la negociación a través de criterios de complementariedad, subsidiariedad, supletoriedad, etc. (STS de 29 de enero de 1997. RJ. 1997/909, FD. 3º; STS de 10 de octubre de 2000. RJ. 2000/9423, FD. 2º).

No obstante, y a pesar de lo dicho, la propia regulación legal (arts. 84.2 y 3 ET) admite expresamente la posibilidad de que concurran convenios colectivos de distinto ámbito eludiendo la aplicación de la norma general. Esto significa que convenios colectivos de distinto ámbito y posteriores en el tiempo van a desplazar y a sustituir la regulación del convenio colectivo vigente. Son las "excepciones a la prohibición de concurrencia de convenios".

### 3.1. La preferencia de los convenios de empresa en determinadas materias

La primera excepción a la prohibición de concurrencia entre convenios, también la más evidente, es la que afecta a los convenios colectivos de empresa. De conformidad con el art. 84. 2 ET, los convenios colectivos de empresa podrán afectar y, en consecuencia, desplazar la regulación contenida en otros convenios colectivos aplicables, aún de carácter sectorial, en un elenco determinado de materias relacionadas íntimamente con la flexibilidad interna en el sistema de relaciones laborales. La norma permite, por tanto, la negociación y posterior aplicación de la regulación convencional empresarial en cualquier momento de la vigencia del convenio colectivo sectorial, con dos limitaciones: un listado de materias y ciertas indicaciones sobre las facultades reguladoras que se pueden desplegar en cada una de ellas.

Desde esta perspectiva, la regulación realizada por el convenio colectivo de empresa puede consistir en dos posibilidades. La primera sería regular (de forma completamente libre y, en consecuencia, desmarcándose de la regulación colectiva sectorial) la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; el abono o la compensación de las horas extraordinarias; la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y distribución del tiempo de trabajo; el régimen de trabajo a turnos; la planificación anual de las vacaciones y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. La segunda, algo más limitada, le facultaría para adaptar al ámbito de la empresa las regulaciones sectoriales existentes respecto del sistema de clasificación profesional y de las modalidades de contratación laboral.

Por lo que respecta al listado de materias, especialmente si consideramos que la finalidad de la norma es garantizar la prevalencia de la regulación convencional empresarial sobre la sectorial y que no cabe acuerdo en contrario

para excluir ni minorar dicha prevalencia, debe ser objeto de una lectura restrictiva, de forma que lo que no se mencione expresamente en la regulación estatutaria no debe gozar de esa prioridad aplicativa. Así, por ejemplo, el hecho de que el precepto mencione expresamente la cuantía del salario base y de los complementos salariales excluiría, en principio, la estructura salarial, materia que continuaría regulándose por el convenio colectivo vigente. Las mismas consideraciones deben hacerse de otras materias como la jornada laboral, institución que no aparece mencionada en el art. 84.2 ET al referirse este únicamente al horario y a la distribución irregular del tiempo de trabajo; y así sucesivamente con cada una de las materias que se mencionan.

La misma lectura restrictiva ha de practicarse de las posibilidades reguladoras que acoge el art. 84.2 ET, permitiéndose una regulación libre, únicamente enmarcada por la regulación estatutaria y el resto de legislación específica, respecto de la cuantía del salario base y de los complementos salariales, del abono o compensación de las horas extraordinarias, de la retribución específica del trabajo a turnos, del horario y la distribución del tiempo de trabajo, del régimen de trabajo a turnos, de la planificación anual de las vacaciones y de las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; o una regulación restringida, consistente únicamente en adaptar la regulación existente en el convenio colectivo sectorial, respecto del sistema de clasificación profesional y de los aspectos relacionados con las modalidades de contratación laboral.

Esta lectura restrictiva, tanto de las materias como de las posibilidades reguladoras del convenio empresarial, implicaría considerar que cualquier exceso, esto es, la regulación de materias no mencionadas expresamente en el art. 84.2 ET o una nueva ordenación de las instituciones respecto de las que solo se permite adaptación, deba sancionarse con la aplicación de la regla del art. 84.1 ET[11], y, en consecuencia, la aplicación del convenio colectivo que se encuentre en vigor, máxime si consideramos que existen procedimientos específicos para modificar la regulación convencional sectorial de determinadas condiciones de trabajo. El art. 82.3 ET, lo veremos con detenimiento más adelante, permite inaplicar el contenido de un convenio colectivo estatutario (sectorial o de empresa) y sustituirlo por un acuerdo de empresa con una regulación completamente diversa, siempre que se trate de alguna de las siguientes condiciones de trabajo: jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art.

[11] Mercader Uguina, J. R., "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa…", op. cit. p. 373.

39 ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Las implicaciones que tiene la aplicación de este procedimiento, inaplicación de un convenio colectivo estatutario y sustitución por un acuerdo de empresa que puede contener regulación más gravosa o menos favorable, exigen requisitos y limitaciones incisivas y rigurosas que serían eludidas si se facilita la regulación de esas materias a través del art. 84. 2 ET.

Siguiendo con las características más destacadas de la excepción que estamos considerando, no podemos dejar de señalar que la prevalencia de la regulación contenida en el convenio colectivo de empresa tiene carácter imperativo. Ello implica, por un lado, que la regulación convencional empresarial, siempre que recaiga sobre las materias y se realice en los sentidos mencionados, prevalecerá sobre la regulación del convenio de ámbito superior en todo caso, esto es, independientemente de que este se encuentre vigente o no. Se establece así una excepción que desplaza la regla del art. 84.1 ET y la sustituye por una especie de criterio de especialidad en el que se presume *iure et de iure* que la negociación de determinadas materias realizada en el ámbito empresarial es mucho más apropiada que la regulación sectorial. Por otro, el carácter imperativo de la regla impide, al contrario de lo que ocurría con la regulación inmediatamente anterior, que la autonomía colectiva pueda alterar, modificar o suprimir esa preferencia a través de los acuerdos mencionados en el art. 83.2 ET. Es, por tanto, una regla indisponible para la propia autonomía colectiva[12].

La introducción de esta regla y especialmente el carácter indisponible que ostenta frente a la autonomía colectiva, podría cambiar por completo el sistema de negociación colectiva en el ordenamiento jurídico español, puesto que de la prevalencia de los convenios provinciales se pasa a un sistema de negociación articulado en el ámbito nacional (o autonómico, si así se desea), en el que la distribución de materias que se efectúe debe respetar, en todo caso, las encomendadas al ámbito empresarial. Y ello, además de propiciar un cambio considerable en la estructura de la negociación, puede provocar distorsiones importantes en otras instituciones de nuestro sistema de relaciones laborales (representación de los trabajadores, legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios, procedimiento negociador, etc.), especialmente si consideramos las características que presenta nuestro tejido productivo.

Efectivamente, una ligera mirada a los datos facilitados por la Dirección General de la Política de la Pequeña y Mediana Empresa (Ministerio de

[12] Mercader Uguina, J. R., "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa…", op. cit. p. 372. No obstante, existen otros autores que consideran que el elenco de materias si sería susceptible de ampliación (González Ortega, S., "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes…", op. cit. p. 96).

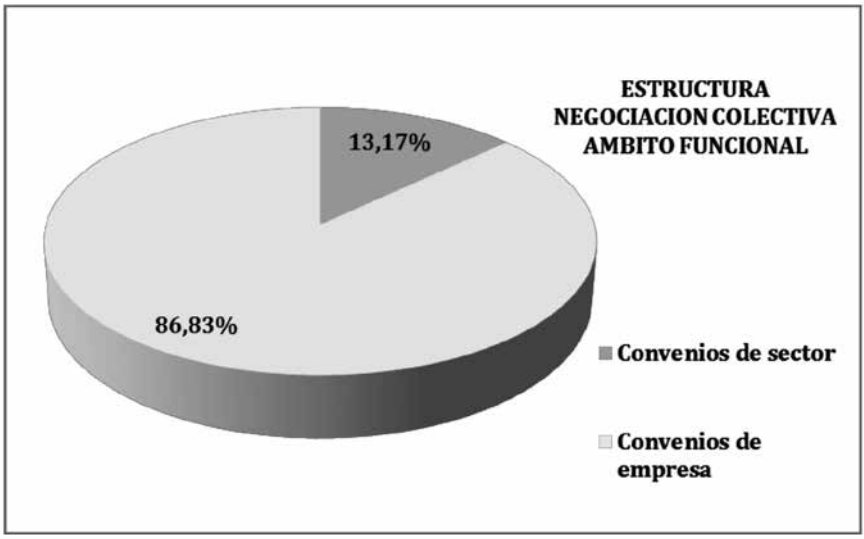
Industria, Turismo y Comercio), España cuenta a fecha de septiembre de 2017 con un total de 2.869.652 empresas. Algo más del 54% del total, esto es, 1.553.516 están inscritas como autónomos, por lo que carecen de trabajadores asalariados. Casi el 40%, esto es, 1.138.401, se constituyen como microempresas lo que significa que sus plantillas oscilan entre 1 y 9 asalariados. Por último, únicamente algo más del 6% del total (entre pequeñas, 149.301, medianas, 23950, y grandes empresas, 4484), cuentan con más de 10 trabajadores, por lo que son susceptibles de contar con representación unitaria y, precisamente por ello, con sujetos legitimados para negociar convenios colectivos en el ámbito empresarial[13]. En el ámbito andaluz la situación es, si cabe, aun peor. De acuerdo con los datos suministrados por el INE (Directorio Central de Empresas) en Andalucía constan inscritas 501.745 empresas en 2016, de las cuáles, 482.624 son microempresa (casi el 96.2 %); 16.577 (algo más del 3.3 %), se constituyen como pequeña empresa; 2051 (alrededor del 0.4 %) como mediana empresa y, únicamente, 493 como gran empresa, lo que apenas llega a un 0.1%.

En consecuencia, la preferencia aplicativa del convenio de empresa se va a enfrentar con tres problemas fundamentales: a) la falta de sujetos legitimados para negociar, pues el tamaño de las empresas provoca que no existan representantes de los trabajadores capacitados para ello; b) como consecuencia directa de lo anterior, la debilidad y la limitación de la propia autonomía colectiva pues, al ser un ámbito que carecer de determinación y de cultura negocial, la preferencia de la negociación en el ámbito empresarial, perjudicaría a los trabajadores y al propio poder sindical; y, c) la indeterminación de la naturaleza jurídica y de los efectos del instrumento normativo que se negocie en estas condiciones, en caso de que dicha negociación se produzca. Todos estos inconvenientes no hacen sino poner de manifiesto la complejidad y los riesgos que conlleva fomentar la negociación colectiva en un ámbito que parece carecer de reglas y garantías para desarrollar adecuadamente el procedimiento negociador.

No es de extrañar, por tanto, que la regla sobre la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa no haya tenido un impacto significativo en el tejido productivo andaluz pues, aunque el número de convenios de empresa supera en valores absolutos el número de convenios del sector (Gráfico 1), lo cierto es que la mayoría de los trabajadores (93.3%) están protegidos por convenios colectivos sectoriales, como se puede comprobar en el Gráfico 2.

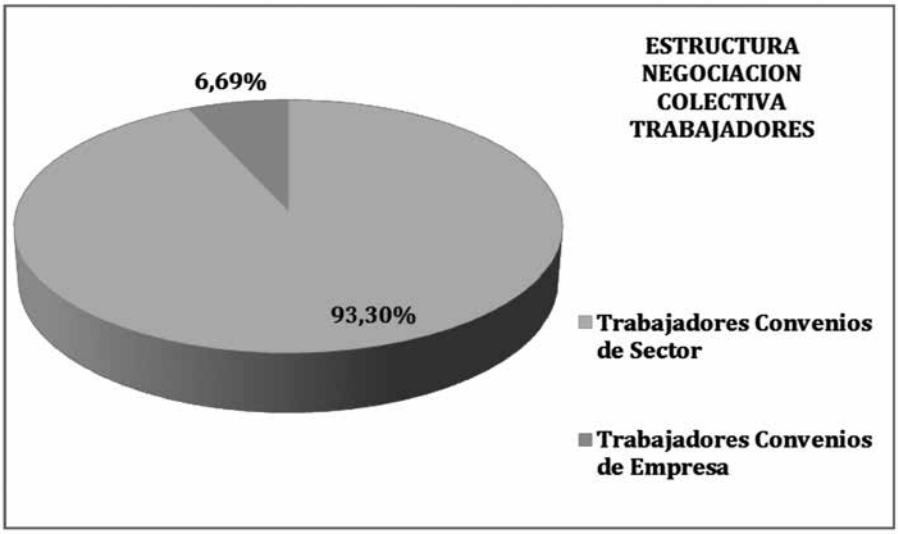
[13] Dirección General de la Política de la Pequeña y Mediana Empresa (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), Cifras PYME. Datos septiembre 2017. Documento disponible en Internet: http://www.ipyme.org//Publicaciones/Cifras-PYME-septiembre-2017.pdf

GRÁFICO 1. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA. ÁMBITO FUNCIONAL




Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

GRÁFICO 2. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA. TRABAJADORES AFECTADOS




Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

Así, tal como ocurre en el ámbito nacional, son los convenios sectoriales los que ofrecen una mayor protección si atendemos al número de trabajadores afectados.

En cuanto a la distribución de convenios por provincia, puede consultarse la siguiente tabla:

TABLA 4. DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA

| | Convenios | Empresas | Trabajadores |
|---|---|---|---|
| Almería | 42 | 42 | 4.982 |
| Cádiz | 106 | 106 | 7.282 |
| Córdoba | 64 | 64 | 8.219 |
| Granada | 55 | 55 | 2.494 |
| Huelva | 33 | 33 | 3.330 |
| Jaén | 39 | 39 | 5.976 |
| Málaga | 115 | 115 | 9.463 |
| Sevilla | 64 | 64 | 7.093 |
| Interprovincial | 23 | 23 | 5264 |

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos del CARL (04/11/2017)

### 3.2. La preferencia relativa de los convenios autonómicos

La segunda excepción importante a la regla de prohibición de concurrencia se regula de forma conjunta en los arts. 84.3 y 4 del ET. De conformidad con ellos, los sindicatos y asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los arts. 87 y 88 ET podrán, en el ámbito autonómico, negociar convenios o acuerdos que afecten a convenios de ámbito sectorial nacional siempre que se den dos circunstancias distintas; de un lado, que dicha posibilidad no se haya excluido o prohibido en los acuerdos o pactos previstos en el art. 83.2 ET; de otro, que la decisión de afectar un convenio colectivo superior se respalde por la mayoría de la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. Precisa el art. 84.4 ET que, con carácter general y salvo que se indique lo contrario, (a través de los acuerdos o convenios del art. 83.2 ET), los convenios autonómicos

no podrán regular las siguientes materias: periodo de prueba, modalidades de contratación, clasificación profesional, jornada máxima anual de trabajo, régimen disciplinario, normas mínimas en prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

La regulación anterior era algo más extensa y generosa, pues la habilitación legal se extendía a la generalidad de los convenios colectivos supraempresariales, incluyendo los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial[14]. En ese contexto, en que un convenio provincial podía desmarcarse del convenio colectivo superior, la aplicación conjunta del art. 84.1 ET y del antiguo art. 84.2 ET sólo impedía la afectación de los convenios colectivos de ámbito superior por los convenios de empresa. Efectivamente, bajo el amparo de este marco normativo, se consolidó un sistema de negociación en el que el convenio provincial, además de ser el predominante, se desmarcaba en la generalidad de las materias de los convenios colectivos nacionales, siendo precisamente esta realidad la que pretende abordar la reforma de 2012 al favorecer un sistema de negociación articulada en dos grandes núcleos territoriales, estatal y autonómico, que se completa con el ámbito funcional por excelencia, el empresarial. El rechazo al nivel provincial, en cuanto nivel intermedio de negociación, se debe principalmente a su rigidez, aunque también a su heterogeneidad y a su reticencia a asumir directrices generales controlables, características que no se acompasan con situaciones de crisis económica que exigen flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo y adaptación a las necesidades de las organizaciones productivas.

No obstante, es necesario advertir que esta excepción a la prohibición de afectación, a diferencia de la establecida en el art. 84.2 ET, es plenamente disponible para la autonomía colectiva. La disponibilidad constituye una aportación de las últimas reformas pues, antes de 2011, el precepto consagraba la excepción con carácter absoluto y, en consecuencia, inmodificable mediante negociación colectiva (STS de 18 de diciembre de 2002. RJ. 2003/2344, FD. 8º). En la actualidad, los agentes sociales pueden establecer reglas distintas a través de los acuerdos o convenios mencionados en el art. 83.2 ET. Las posibilidades en este sentido son muy variadas, desde el establecimiento de la prohibición de afectación para los convenios colectivos autonómicos respecto de los convenios sectoriales nacionales (lo que vaciaría de contenido el art. 84.3 y 4 ET), pasando por la ampliación del listado de materias prohibidas a los convenios autonómicos, o, incluso, la supresión de dicha prohibición (art. 84.4 ET).

[14] Sala Franco, T., "La revisión del modelo legal de negociación colectiva…", op. cit. p. 139.

Cabría preguntarse si esta potestad ordenadora incluiría la posibilidad de extender nuevamente la excepción a la concurrencia para la negociación colectiva de ámbito provincial. La inexistencia de normas estatutarias que lo impidan debería llevar a admitir una ordenación de estas características, aunque lo cierto es que los propios agentes sociales parecen haber renunciado a esta posibilidad. El III AENC, a diferencia de su predecesor, no dedica ningún Capítulo a la estructura de la negociación colectiva, aunque, como ya hemos dicho, contiene el compromiso de los sujetos negociadores para vertebrar un sistema descentralizado en que prime el nivel empresarial en determinadas materias (jornada, funciones y salarios). Las alusiones a los convenios colectivos provinciales desaparecen casi por completo, aunque existen indicios de que la voluntad sigue siendo la de preservar esta unidad de negociación, no otra cosa podría significar el llamamiento de este nivel para fijar las reglas generales sobre la flexibilidad del tiempo de trabajo que deben aplicarse en las empresas[15].

En todo caso, la norma estatutaria, que, reiteramos, con las reformas introducidas solo rige en defecto de regulación convencional, permitiría establecer una serie de directrices sobre la estructura de la negociación que deben ser destacadas. Con carácter preferente recoge la prohibición de regular una serie de materias por parte de los convenios autonómicos (el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica), prohibición que puede leerse a la inversa para afirmar una reserva relativa de materias para los convenios sectoriales estatales.

Al igual que en otros ámbitos que hemos considerado, tampoco aquí parece que la modificación de las reglas legales haya incidido de forma inmediata en la estructura del sistema negociador. Ciertamente se ha restringido la regla que permitía al convenio sectorial de ámbito inferior afectar las materias del convenio nacional, pero eso no significa que esa posibilidad no exista, pues depende de las previsiones que, a estos efectos, realicen los convenios nacionales y autonómicos. En Andalucía, lo hemos dicho ya, rige un modelo que se caracteriza por la escasez de convenios colectivos autonómicos. Lo normal es que estos regulen pocas materias y con el carácter de mínimos mejorables por los convenios colectivos inferiores, fomentando con ello la negociación en niveles provinciales (Convenio Colectivo Autonómico para las Empresas dedicadas

[15] En la versión anterior, las partes se comprometían a preservar la negociación en el ámbito provincial pero también a favorecer que tales convenios potenciaran las medidas de flexibilidad necesarias para que las organizaciones productivas se adaptasen a las exigencias del mercado.

a la Gestión del Servicio del Taxi de Andalucía 2016-2018). No obstante, de lo vigentes, son más numerosos los que no facilitan la negociación en ámbito inferiores, declarando supletoria la normativa legal o el convenio colectivo sectorial nacional (art. 6 del I Convenio Colectivo Regional para las Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía.; art. 5 del III Convenio Colectivo Autonómico de Trabajo para las Empresas y Trabajadores/as de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia, art. 2 I Convenio Colectivo de Ámbito Autonómico de Andalucía para el Sector de Aparcamientos y Garajes 2011-2014).

A pesar de ello, un número tan bajo de convenios autonómicos impide extraer conclusiones más sólidas respecto de las reglas que se están aplicando a la negociación colectiva sectorial provincial desde el ámbito autonómico. No obstante, una somera mirada a los convenios colectivos existentes en Andalucía, nos permite realizar una serie afirmaciones.

En primer lugar, que, a pesar de las reformas legales, en el sistema de negociación colectiva andaluza sigue prevaleciendo el convenio colectivo sectorial provincial, tanto por el número de trabajadores afectados (Ver Gráfico 2), como por el número de convenios firmados en detrimento de otras unidades de negociación, fundamentalmente, la relativa al ámbito autonómico (Tabla 5 y 6). Esto último parece evidente si tenemos en cuenta que en la generalidad de las provincias andaluzas coinciden, en un gran porcentaje, convenios que regulan los mismos sectores de actividad lo que, además de indicar que son estos sectores los que aglutinan a un mayor porcentaje de trabajadores, podría trasladar una cierta conveniencia de regularlos, por su carácter común, a través de convenios autonómicos, garantizando con ello una cierta uniformidad en la regulación de las condiciones de trabajo.

TABLA 5. DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL CONVENIOS COLECTIVOS DE SECTOR

| | Convenios | Empresas | Trabajadores |
|---|---|---|---|
| Almería | 8 | 4.155 | 40.900 |
| Cádiz | 16 | 14.857 | 92.615 |
| Córdoba | 8 | 15.382 | 94.840 |
| Granada | 5 | 2.930 | 14.534 |
| Huelva | 6 | 4.306 | 34.350 |
| Jaén | 10 | 60.168 | 141.324 |
| Málaga | 11 | 51.117 | 165.387 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Sevilla | 17 | 10.396 | 169.372 |
| Interprovincial | 1 | 18 | 300 |

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos del CARL (04/11/2017)[16]

TABLA 6. CONVENIOS COLECTIVOS APLICABLES EN LA GENERALIDAD DE LAS PROVINCIAS

| Convenios Colectivos |
|---|
| Actividades agropecuarias (CAMPO) |
| Clínicas y hospitales Privados (Establecimientos de hospitalización y asistencia) |
| Comercio en general |
| Comercio textil, mercerías, paqueterías, quincallas. |
| Construcción y obras públicas |
| Derivados del cemento |
| Distribuidores de butano |
| Hostelería |
| Industrias siderometalúrgicas |
| Industrias y almacenes de la madera |
| Limpieza de edificios y locales |
| Obradores de pastelería, confitería y despachos |
| Oficinas y despachos |
| Panaderías |
| Pompas Fúnebres |
| Salas de exhibición cinematográfica |
| Transportes colectivos de viajeros |
| Transporte de mercancías larga distancia |

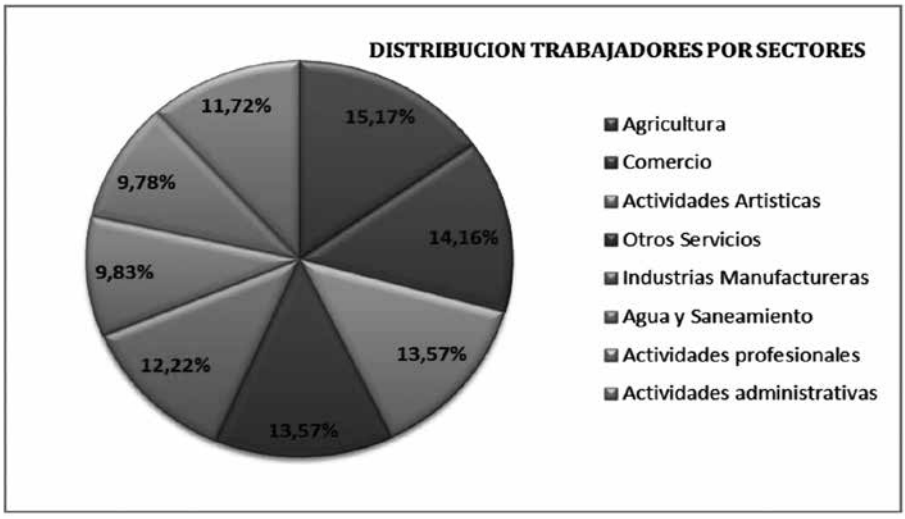
[16] Se toman en cuenta únicamente los convenios vigentes. El mapa de negociación se debe completar con 572 convenios en prórroga tácita, 195 convenios denunciados con ultraactividad indefinida, y 61 convenios denunciados con ultraactividad limitada. A ellos hemos unir un total de 40 convenios pendientes del control de legalidad.

| |
|---|
| Transportes regulares y discrecionales de viajeros de la provincia de Cádiz |
| Vid (industrias vinícolas) |
| Viticultura |

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos del CARL (04/11/2017)

En plena coincidencia con los datos anteriores, en el ámbito andaluz, destacan por el número de trabajadores protegidos, los convenios del sector Agricultura, que cubren al 15,17% del total, y los relativos al Comercio, que cubren al 14,16% del total.

GRÁFICO 3. DISTRIBUCIÓN DE TRABAJADORES POR SECTORES DE ACTIVIDAD




Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

En segundo lugar, por lo que respecta a las reglas de articulación de la autonomía colectiva, la mayoría de los convenios se mueven aún en el marco normativo anterior de forma que, ordenan la negociación del ámbito provincial erigiéndose en la norma principal y determinando la subsidiariedad de cualquier otra fuente normativa. Mayoritariamente aluden al Estatuto de los Trabajadores. Así ocurre en el caso de numerosos convenios de la provincia de Sevilla: Pompas fúnebres, Lavanderías industriales de uso no doméstico, Industrias de tintorerías, lavanderías, limpieza y planchado de ropa, Hospitalización, internamiento, consultas, asistencias y laboratorios de análisis clíni-

cos; también de Málaga: Comercio en general, Industrias siderometalúrgicas; y Jaén: Industrias siderometalúrgicas. Existen, no obstante, regulaciones que llaman a la regulación subsidiaria del convenio colectivo estatal. Esto sucede con el CC de Construcción y Obras Públicas (Sevilla, Jaén y Córdoba, y Málaga), Hostelería (Sevilla, Jaén y Granada), Derivados del cemento (Sevilla, Jaén y Granada), Industrias de transporte por carretera (Huelva y Córdoba). Usual es, así mismo, ordenar la subsidiariedad del convenio colectivo nacional y del Estatuto en su caso: Confitería, pastelería, bollería, repostería, churrería, chocolate y turrones (Sevilla); Madera (Sevilla), Transporte de mercancías por carretera (Sevilla, Málaga y Granada), CC del Comercio (Jaén); Industrias siderometalúrgicas (Granada y Córdoba), Derivados del cemento, yesos y cales (Córdoba).

Por último, con respecto a las reglas de concurrencia, debemos tener en cuenta que muchos de estos convenios cuentan con una trayectoria dilatada por lo que no incorporan las novedades introducidas por las reformas laborales. De hecho, muchas de estas regulaciones prohíben la negociación en otros ámbitos, especialmente la relativa al ámbito empresarial, permitiéndola únicamente si la regulación resulta más favorable (art. 4 del CC Confitería, pastelería, bollería, repostería, churrería, chocolate y turrones de Sevilla, art 5 y 6 del Clínicas y sanatorios privados de Málaga, art. 43 del CC del Comercio en general de Granada, art. 4 del CC de Derivados de Cemento de Granada, art. 8 del CC Construcción y Obras públicas de Córdoba. Significativa es la regulación del art. 5 del CC de la Estiba y desestiba Puerto de Algeciras-La Línea (Cádiz), que prohíbe cualquier tipo de negociación en ámbitos inferiores.

No obstante, existen otros que están plenamente actualizados y aluden y respetan la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa establecida por el art. 84.2 ET. Se pueden encuadrar en esta línea el CC de Derivados de Cemento de Sevilla, art 3 del CC de la Hostelería de Málaga y de Jaén, art. 11 del CC de Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares de Málaga; art. 10 del CC Sector del Amarre y Desamarre de Buques en el Puerto de la Bahía de Algeciras. Otros, encuadrables en la misma línea, prevén aplicar su regulación únicamente a aquellas empresas que no cuentan con convenio colectivo (Art. 1 del CC de la Industria Siderometalúrgica de Jaén y Córdoba, art. 2 del CC de Oficinas y Despachos de Jaén, art. 1 del CC de Producción de plantas vivas y su venta de Jaén, art. 1 del CC de Empresas distribuidoras de energía eléctrica de Córdoba), otorgando con ello un espacio importante al convenio colectivo empresarial.

## 4. LA INCIDENCIA DE OTRAS INSTITUCIONES ESTATUTARIAS SOBRE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS

Además de las consideradas, existen en el Estatuto otras reglas que, si bien no se destinan a regular directamente la concurrencia de convenios, sí que pueden incidir indirectamente en esta institución. Las más significativas, por el impacto que pueden producir en la materia, son las establecidas en el art. 86.3 ET y 82.3 ET, aunque la función y efectos que cada una produce son completamente diversos, como veremos en seguida.

### 4.1. La limitación de la ultraactividad de los convenios colectivos

La aplicación del convenio colectivo una vez denunciado, como pacto entre partes que es, se regula por las previsiones que hayan efectuado los sujetos negociadores, y así lo reconoce el art. 86.3 ET al establecer que "*la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio*". No obstante, y como es habitual, el legislador establece una serie de reglas que sólo resultan aplicables si las partes no han previsto otra cosa. Así, en defecto de pacto, se prorroga la aplicación (con carácter extraordinario y en virtud de mandato legal) del convenio colectivo denunciado hasta que se negocie el nuevo, exceptuando únicamente las cláusulas de paz laboral (no todo el contenido obligacional), que decaen con la denuncia del convenio.

Este mecanismo, que permite conservar los derechos y obligaciones generados por los convenios pendientes de renovar durante el periodo que transcurre desde que se denuncian hasta que se acuerda y entra en vigor el siguiente, es lo que se conoce como ultraactividad. La institución ha sido objeto de una especial atención legislativa en los últimos años con objeto de limitarla y posibilitar que la regulación convencional de las condiciones de trabajo se adapte a las circunstancias económicas concurrentes. Las últimas reformas han insistido en potenciar y, en cierto sentido, forzar el proceso negociador a través de dos mecanismos distintos: de un lado, fomentando la posibilidad de usar mecanismos para salvar los obstáculos y controversias que surgen en ese proceso y, de otro, y como medida más incisiva, estableciendo un periodo o duración máxima para desarrollar el proceso negociador y llegar a un acuerdo[17].

[17] La incidencia de las distintas reformas puede consultarse en González Ortega, S., "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes…", op. cit. pp. 128 y ss. La situación actual en Martínez Romero, C., La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis particular de la ultraactividad, Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir.), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 587 y ss.

La previsión de utilizar mecanismos para salvar las controversias surgidas entre las partes en el proceso negociador no constituye una gran novedad (ya existía esa posibilidad sin necesidad de recogerla expresamente) ni puede considerarse una injerencia en la autonomía colectiva, puesto que los mencionados procedimientos se establecen en acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, articulados por la propia autonomía colectiva (art. 83 ET). De todos los mecanismos posibles, la regulación menciona expresamente y potencia con ello, el arbitraje, respecto del que se han de especificar los criterios y procedimientos y, muy especialmente, el carácter voluntario u obligatorio, inclinándose la regulación estatutaria, en defecto de pacto sobre esta cuestión, por el carácter obligatorio del arbitraje.

La segunda línea de actuación, algo más incisiva, ha consistido en establecer un periodo de tiempo máximo para alcanzar el acuerdo. La duración de este periodo ha variado sustancialmente. Inicialmente, y como consecuencia de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, el periodo máximo para la negociación del nuevo convenio debía establecerse como contenido mínimo y en función de la duración del convenio. De acuerdo con ello, y salvo pacto en contrario, el plazo de duración, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia, se estableció en ocho meses si la vigencia del convenio había sido inferior a dos años; o, en catorce meses si era superior (art. 85.3 ET). Con la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, el plazo para la negociación se fijó en un único periodo de dos años; cinco meses más tarde, con la Ley 3/2012, de 6 de julio, la duración quedó establecida definitivamente en un año, manteniéndose la posibilidad de que, a través de un pacto en contrario, se pueda continuar prorrogando el convenio. En consecuencia, sólo en el caso en que las partes no hayan pactado otra cosa (incluyendo lo contrario), cualquier convenio colectivo, independientemente de su duración, debe negociarse en el plazo máximo de un año desde que se produjo la denuncia. Transcurrido este plazo y salvo previsión expresa en sentido contrario, decae la ultraactividad y las relaciones laborales afectadas pasan a regularse, por el convenio colectivo de ámbito superior que resultare aplicable (art. 86.3 ET).

En cuanto a los efectos que puede provocar esta institución en la estructura y en las normas sobre concurrencia de convenios, debemos considerar que, durante el periodo de ultraactividad, no rigen las reglas que prohíben la afectación entre convenios y ello porque el convenio que resulta aplicable, aunque prorrogado con carácter extraordinario, se encuentra denunciado. Esto significa que durante el periodo de ultraactividad y hasta que se firme el nuevo convenio colectivo, la unidad de negociación queda desbloqueada, permitiéndose la negociación, y más correctamente, la aplicación de un

convenio colectivo de distinto ámbito[18]. Esta interpretación, que ha recibido respaldo jurisdiccional, se basa en diferenciar claramente entre la vigencia ordinaria pactada por los sujetos negociadores y la ultraactividad como institución que deriva de la norma legal. Entender lo contrario, aclara la jurisprudencia, llevaría a una "*petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes*" (STS de 2 de febrero de 2004. Rec. 3069//2002. FD. 3º).

Por otro lado, el precepto prevé que, transcurrido el plazo de un año y salvo previsión expresa en sentido contrario, decae la ultraactividad y las relaciones laborales afectadas pasan a regularse por el convenio colectivo de ámbito superior que resultare aplicable, si lo hubiere (art. 86.3 ET). Lo que no prevé la norma es qué sucede si en la unidad de negociación no existe convenio colectivo de ámbito superior que resulte aplicable, cuestión que queda sin resolver y para la que solo quedarían las posibilidades de adhesión o extensión en la medida en que resulten aplicables (art. 92 ET) y, en último término, la aplicación directa de la regulación estatutaria. La regla, que tiene como objetivo fundamental evitar vacíos de negociación y no solucionar supuestos de concurrencia, podría obstaculizar la negociación colectiva de empresa y la regla que le otorga preferencia aplicativa y ello porque, a pesar de que cada vez resulte más difícil negarse o simular un mínimo de actividad negociadora, lo cierto es que la regulación del art. 86.3 ET no asegura por completo que el proceso de negociación culmine con éxito, por lo que de haber reticencias sobre la negociación colectiva del convenio de empresa se podría dilatar intencionalmente el proceso negociador con objeto de garantizar la aplicación del convenio colectivo sectorial. No obstante, y a pesar de que se trata de un opción completamente viable y posible, de nuevo el ordenamiento ofrece vías para que el ámbito empresarial escape, al menos parcialmente, a la regulación sectorial, al regular, de forma complementaria al art. 84.2 ET, la inaplicación del convenio colectivo en el art. 83.2 ET.

### 4.2. La inaplicación del convenio colectivo

De forma paralela a la conformación de la regla de preferencia de los convenios colectivos de empresa, se ha venido forjando con las últimas reformas laborales un procedimiento de inaplicación de convenios colectivos que permite descolgarse de la normativa convencional sectorial o empresarial y sustituirla por lo pactado en un acuerdo de empresa (art. 82.3 ET). En consecuencia, la inaplicación del convenio colectivo constituiría una nueva

[18] En este sentido, ver las distintas correcciones a la regla de prohibición de afectación entre convenios colectivos (González Ortega, S., y Carrizosa Prieto, E., "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión …", op. cit. pp. 377 y ss.).

excepción a la prohibición de concurrencia entre convenios, si bien ahora se exige una serie de requisitos adicionales al proceso negociador que, desde nuestro punto de vista, no se justifican tanto por el hecho de que deje de aplicar la regulación convencional como por las materias y el sentido de los cambios que se pueden introducir en su regulación[19].

Efectivamente, el art. 82.3 ET permite la inaplicación de la regulación convencional, sectorial o empresarial, de determinadas condiciones de trabajo siempre que se den una serie de circunstancias y se siga el procedimiento establecido en la regulación legal. Son tres, por tanto, los requisitos sobre las que se articula la institución. Un presupuesto básico, imprescindible y necesario para activar el procedimiento; un listado exhaustivo y excluyente de materias cuya regulación se puede flexibilizar, y un procedimiento de negociación, que, en todo caso, ha de culminar con un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar conforme al art. 87.1 ET.

El presupuesto básico exige que concurran, así lo especifica el art. 82.3 ET, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, descendiendo la regulación a concretar, aunque con carácter ejemplificativo y, por tanto, no exhaustivo, cuándo concurren este tipo de causas. La definición que otorga la regulación es muy similar a la que contiene la regulación del despido colectivo (art. 51.1 ET), si bien se produce una divergencia importante en la determinación de las causas económicas, al requerir, para definir la situación de disminución persistente, que el nivel de ingresos ordinarios o ventas sea menor que el registrado en el mismo trimestre del año anterior durante dos trimestres consecutivos. La laxitud en la exigencia (dos trimestres consecutivos, frente a los tres que requiere el art. 51 ET) se justifica por la menor gravedad de las medidas a adoptar, el descuelgue, frente a otras medidas más incisivas: el despido o la suspensión colectiva de las relaciones laborales. Se puede afirmar, por tanto, que la propia regulación dibuja una graduación de la gravedad de las medidas (la inaplicación de regulaciones convencionales, la suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas económicas y, finalmente, el despido colectivo), que se proyecta sobre el orden natural de adopción de este tipo de decisiones y sobre las exigencias y requisitos que las justifican, más rigurosos a medida que aumenta su gravedad. Este es el sentido de la regulación que contiene el III AENC que, al establecer las directrices de la negociación en torno a la inaplicación de las condiciones de trabajo en

[19] Sobre las situaciones de concurrencia que se pueden dar en la inaplicación de convenios colectivos, Roldán Martínez, A., y Alarcón Castellanos, M. M., "El descuelgue y el concepto de convenio colectivo aplicable", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 176/2015 (BIB 2015/2101).

los convenios, exige que las cláusulas de inaplicación tengan como principal objetivo el mantenimiento del empleo y que se adopten para evitar expedientes de regulación de empleo, tantos temporales como extintivos (IV.3).

Por lo que hace al listado de materias respecto de las que se permite la inaplicación, llama la atención su relativa coincidencia con las mencionadas en el art. 84.2 ET. La cuantía salarial, que incluiría la cuantía del salario base y de la totalidad de los complementos salariales, así como los incrementos salariales, el horario, la distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos, constituyen materias que pueden ser objeto de negociación en la empresa, ostentado preferencia sobre el convenio colectivo sectorial y que, adicionalmente, debido a su inclusión en el art. 82.3 ET, también pueden protagonizar un supuesto de inaplicación convencional y ver sustituida su regulación por la que realice el acuerdo de empresa. No obstante, existe otro conjunto de materias que, aun pudiendo ser objeto de negociación en el ámbito empresarial, no gozarían de la prioridad aplicativa que garantiza el art. 84.2 ET: jornada de trabajo, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, encomienda de funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET, y, por último, mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Estas materias, a pesar de poder protagonizar un descuelgue conforme al art. 82.3 ET, no justificarían la prioridad aplicativa de la regulación convencional en el ámbito de la empresa.

Por último, y en lo que hace al procedimiento, ya hemos dicho que, en cuanto modificación sustancial de las condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario, la inaplicación del convenio requiere del acuerdo expreso entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar de acuerdo con el art. 87.1 ET. Los problemas que se planteaban respecto de las organizaciones empresariales que no cuentan con representación legal de los trabajadores, han quedado solventados al posibilitar que los trabajadores atribuyan su representación, o bien a una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o bien a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable.

Al igual que sucede en el art. 41 ET, se exige un periodo de consultas que puede terminar con acuerdo o sin acuerdo; ahora bien, a diferencia de aquel, si termina sin acuerdo no se podrá adoptar la decisión de descuelgue, en tanto que esta requiere, necesariamente, el consenso entre las partes. Esta es la razón de que la norma apueste con todos los mecanismos posibles a su alcance por la consecución de un acuerdo, mecanismos que se han descritos suficientemente

en otros trabajaos de investigación y que no requieren en estos momentos más profundidad en el análisis[20].

A los efectos que estamos considerando, lo más interesante de toda esta regulación es, sin duda, el propio mecanismo de inaplicación, su incidencia sobre las reglas de concurrencia y, en último término, su delimitación con el procedimiento de negociación del convenio colectivo de empresa. Indudablemente, el mecanismo de inaplicación supone una nueva excepción a las reglas de concurrencia, excepción que, a pesar de las diferencias, cumple la misma función y, en consecuencia, complementa la regulación establecida en el art. 84.2 ET[21]. Y la complementa claramente porque en el fondo supone una ampliación de las materias disponibles para la negociación en el ámbito empresarial (duración de la jornada laboral, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, etc.), si bien su posible disposición se sujeta a una serie de requisitos, entre ellos la existencia de presupuesto habilitante, la propia temporalidad y la existencia de un procedimiento específico.

La diferencia fundamental, en consecuencia, está en las materias y en el proceso negociador. El art. 85.2 ET se centra en la negociación de un convenio colectivo de empresa que habrá de observar únicamente los requisitos que a lo largo del Estatuto se establecen para ello; el segundo prevé la inaplicación temporal de la regulación contenida en un convenio colectivo vigente y su sustitución (también temporal) por la regulación de un acuerdo de empresa; en definitiva, un supuesto de modificación sustancial temporal de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario a través de un acuerdo de empresa (art. 41.6 ET). Si a ello añadimos que los sujetos negociadores de uno y otro caso pueden ser los mismos, tendremos que concluir que la importancia no está tanto en que se trata de una inaplicación del convenio, en tanto este queda sustituido por otro tipo de regulación convencional, sino en que, en el nuevo marco normativo, la inaplicación viene a complementar la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, provocando con ello una ampliación de las materias a negociar en este nivel y erigiéndose, por tanto, en un importante instrumento para adaptar las organizaciones productivas a las exigencias del mercado.

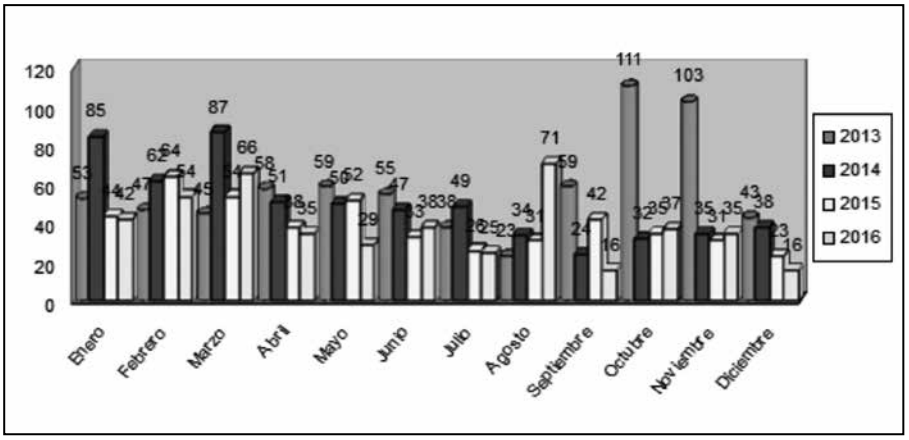
---

[20] Cruz Villalón, J. (2012), "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", en García Perrote, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012*, Valladolid, Lex Nova, pp. 394 y ss.; González Ortega, S., y Carrizosa Prieto, E., (2013): "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas…", op. cit., pp. 411 y ss.

[21] Sobre este tipo de acuerdos y su configuración jurídica, Fernández Avilés, J. A., "Los acuerdos de inaplicación del convenio colectivo", en Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 847 y ss.

Efectivamente, una mirada a los datos nos constata que el procedimiento ha sido ampliamente utilizado en el Sistema Andaluz de relaciones laborales, siendo Andalucía una de las comunidades que más inaplicaciones realizó en 2016 (el 32,48% de la totalidad, con un 21,01% de los trabajadores afectados), aunque, el número, al igual que sucede en el ámbito nacional, disminuye sensiblemente desde el año 2013. Así, los años 2016 y 2015, las aplicaciones son menores que en las anualidades 2013 y 2014[22].

GRÁFICO 4. EXPEDIENTES COMPARADOS POR MESES. EJERCICIOS 2013-2016

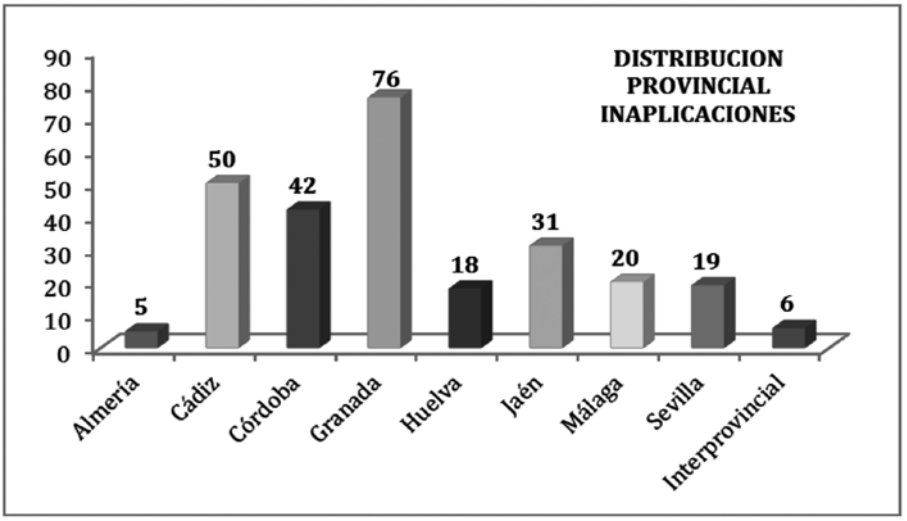



Fuente: Memoria 2016, CARL

Por su parte en 2017, hasta el 30 de septiembre, el número de inaplicaciones asciende a 267 expedientes, un número inferior, en un 29,98% al año 2016 (376 inaplicaciones) y un 30,46% inferior al año 2015 (384 inaplicaciones). Es importante señalar la distribución por provincias (Tabla 7), pero aún más la distribución por sectores de actividad. En cuanto al instrumento respecto del que se produce la inaplicación, mayoritariamente se aplican respecto de los convenios colectivos de Sector (un 98%), teniendo más incidencia en el Sector del comercio (al que afectan en 2017, 59 inaplicaciones), seguido del sector del Metal (al que afectan en 2017, 45 inaplicaciones).

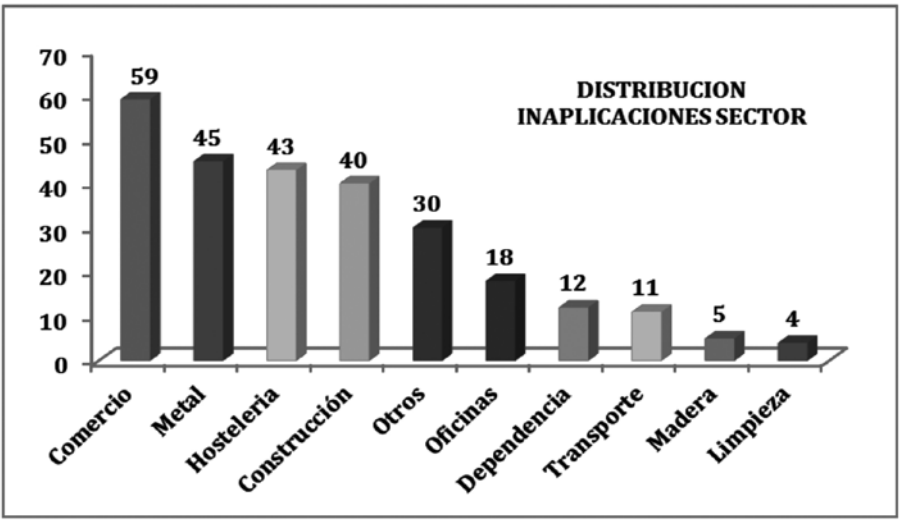
[22] En el año 2016 se presentaron ante la autoridad laboral un total de 464 expedientes de inaplicaciones de condiciones de trabajo de convenios colectivos vigentes. Los acuerdos afectaron a un total de 6.222 trabajadores (Memoria 2016, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp. 44 y ss. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=2375cc8f-0535-41fb-b93d-bfbc412d64a7&groupId=10128

GRÁFICO 5: DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL INAPLICACIONES




Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

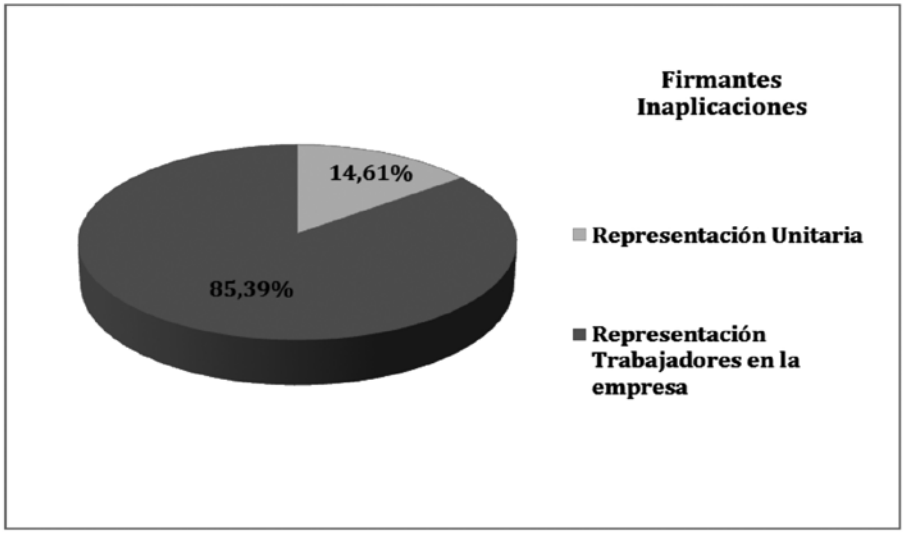
GRÁFICO 6. DISTRIBUCIÓN DE INAPLICACIONES EN EL SECTOR DE ACTIVIDAD




Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

Más interesante, a efectos de analizar el impacto en las normas de concurrencia de convenios es que las inaplicaciones producidas se producen, fundamentalmente, en empresas de menos de 6 trabajadores, 143 empresas, (53,55%), seguidas de las empresas de entre 11 y 49 trabajadores, 57 empresas, (22,47%). En las empresas de entre 11 y 49 trabajadores las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado el 35,08% con representación sindical o Delegado de Personal. El 70% del conjunto de inaplicaciones en empresas de entre 50 y 100 trabajadores han sido adoptados por representación unitaria o sindical, y el 100% de más de 250 trabajadores han sido adoptados por representación unitaria o sindical. Esto significa que un gran parte de las inaplicaciones, el 85,39% del total, esto es, 228 acuerdos, han sido adoptadas por una comisión de representantes ad hoc. Siendo minoritarias las adoptadas por la representación unitaria y sindical, órganos que han protagonizado 39 inaplicaciones de convenios, lo que supone el 14.61% del total[23].

GRÁFICO 7. FIRMANTES DE INAPLICACIONES




Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

Estos datos pueden tener una importante incidencia en la interpretación de las normas que venimos analizando, especialmente si tenemos en cuenta que las inaplicaciones respecto de convenios colectivos de empresa son casi inexistentes. Podrían indicar que la regla de prioridad aplicativa del convenio

[23] Datos extraídos de CEA, *Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017*. Documento disponible en Internet: http://www.cea.es/upload/documentos/2017/prl/Boletin_Sociolaboral_9_octubre_2017.pdf

colectivo empresarial no ha tenido gran incidencia en el tejido productivo andaluz, al menos desde el punto de vista cuantitativo, pues recordemos que este se compone, abrumadoramente, de microempresas que no cuentan con posibilidades expresamente reconocidas para articular la negociación colectiva estatutaria. Ello justificaría el alto porcentaje de inaplicaciones y que estas se produzcan fundamentalmente, para desvincularse de las subidas salariales.

## 5. UN SUPUESTO ESPECIAL. LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS

No podemos dar por terminado este enfoque general sobre la concurrencia de convenios sin aludir a una serie de prácticas, extendidas en nuestro sistema de relaciones laborales y que vienen a poner en jaque el conjunto de normas que hemos analizando. Nos referimos a las distintas prácticas de descentralización productiva existentes en nuestro tejido empresarial: contratas y subcontratas, empresas de trabajo temporal, etc. Aunque la generalidad de las manifestaciones de *outsourcing* plantea cuestiones interesantes en relación a la concurrencia de convenios colectivos[24], aludiremos únicamente a las empresas de gestión integral o empresas multiservicios por considerar que este fenómeno es suficientemente ejemplificativo de las cuestiones que se suscitan[25].

El principal rasgo característico de las empresas multiservicios es que son multifuncionales (tareas auxiliares de mantenimiento, vigilancia, limpieza, etc.), por lo que aquellas empresas que no tengan convenio colectivo propio, encuentran bastantes dificultades para identificar el convenio colectivo sectorial que resulta aplicable. Ante esta situación, muchas de ellas han optado por aplicar directamente la regulación mínima que contiene el Estatuto en materias o condiciones de trabajo tan importantes como salarios, jornada laboral, etc. Esta aplicación de mínimos ha provocado una rápida precarización de las condiciones de trabajo de los trabajadores que prestan servicios en su seno y una gran diferencia en las condiciones de trabajo entre trabajadores que desempeñan las mismas funciones en un mismo espacio productivo.

[24] Los problemas que ocasiona la negociación colectiva en los supuestos de descentralización productiva en Rodríguez Escanciano, S., "Problemática del derecho a la negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal y en las contratas y subcontratas", Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 971 y ss.

[25] Un análisis de las empresas multiservicios en el contexto de la descentralización productiva en Cavas Martínez, F. (2007), "Empresas de multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante", *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 2/2007 (BIB 2007/309).

La degradación de las condiciones de trabajo se ha convertido, por tanto, en un signo distintivo de las empresas multiservicios, y ello es así porque su proliferación se debe, sobre todo, a la reforma de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal, por la que se introdujo la obligación de aplicar a los trabajadores cedidos las mismas condiciones de trabajo (remuneración, duración de la jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos), que le corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto (art. 11 Ley 14/1994 en su redacción dada desde 2010)[26]. En virtud de esta reforma, el único espacio desprotegido y/o desregulado se encontraba en las contratas y subcontratas, institución que permite, con su regulación actual, aplicar salarios más bajos a los trabajadores, especialmente si se contrata o subcontrata a una empresa multiservicios[27].

Abordar la problemática que generan las empresas multiservicios en este ámbito exige valorar dos opciones distintas: la aplicación del convenio colectivo sectorial que resulte más adecuado o la creación de un ámbito funcional propio que regule en el ámbito nacional las características básicas de estas empresas. Esta última solución, que tendría como ventaja principal la existencia de un único convenio colectivo sectorial, parece ser la pretensión de la patronal que, en los últimos meses, ha constituido una nueva asociación, precisamente con objeto de hacer frente a los problemas que se generan por este tipo de empresas: Asociación de Empresas de Externalización de Servicios Auxiliares a la Producción. Sin embargo, no es la propuesta que cuenta con un mayor consenso. A estos efectos, se debe tener en cuenta que la mayoría de las actuaciones e indicaciones sobre las empresas multiservicios,

[26] Cavas Martínez, F., "Empresas de multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante…", op. cit. p. 4.

[27] Existe, no obstante, una Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del ET que pretende garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados. Se propone la siguiente redacción: "Se entenderá que el objeto de contratación o subcontratación supone la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga, por parte del contratista o subcontratista, la aportación de mano de obra que desarrolla funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades principales o nucleares. En estos casos, las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal. A estos efectos, se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales" (BOCG Congreso Diputados, Serie B, núm. 24/4 de 03/05/2017).

se inclinan por considerar la aplicación de un CC Sectorial ya existente, como veremos en seguida. Los autores que sostienen esta posición consideran que las empresas multiservicios no realizan una nueva actividad, sino que adoptan una nueva forma de realizar actividades ya reguladas por convenios colectivos sectoriales.

Efectivamente, la doctrina científica y judicial ha ido elaborando, a lo largo de estos años, distintas propuestas para identificar la regulación convencional aplicable a este tipo de empresas en caso de que carezcan de convenio colectivo propio[28]. Los planteamientos se pueden sintetizar en dos: el tradicional, que se basa en el principio de unidad de empresa, y que considera como solución más lógica aplicar un único convenio colectivo (bien el de la actividad principal de la empresa multiservicios o bien el de la empresa principal o cliente)[29]; el planteamiento alternativo, sostenido en el principio de especificidad, que estima que habrá tantos convenios colectivos aplicables como actividades a las que se dedica la empresa[30]. Es este segundo supuesto el que da más juego a las normas de concurrencia en cuanto implica la aplicación de múltiples convenios colectivos en la misma empresa, tantos como actividades distintas desarrolle. El convenio aplicable se identificaría según el ámbito territorial y funcional de cada contrata, esto es, según la actividad externalizada. El inconveniente fundamental es la multiplicidad de convenios en un mismo ámbito, la ventaja, que finalmente con esta técnica se consigue aplicar una regulación homogénea a los trabajadores en función de la actividad que realizan, quedando protegidos, independientemente de la empresa en que realicen sus funciones, por el mismo convenio sectorial[31].

En los últimos meses la propia negociación colectiva ha ido adoptando una serie de iniciativas con objeto de solucionar los problemas de regulación y mejorar las condiciones de trabajo de este colectivo. Para dejar claras las posibilidades de la regulación convencional en esta materia, hemos de partir de nuevo del AENC, que en el Capítulo II (Impulsar el empleo de calidad y con derechos), prevé que, "en un contexto de externalización creciente de las actividades por parte de las empresas […], los firmantes del presente Acuerdo

[28] Las distintas posiciones pueden verse en Esteve Segarra, A., "La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS 17 de marzo de 2015", *Revista de Información Laboral* núm. 9/2015 (BIB 2015/4879).

[29] Apuestan por aplicar el CC que corresponde a la actividad principal (SSTSJ Andalucía de 25 de mayo de 2006 (Rec. 942/06), de 30 de octubre de 2006 (Rec. 2143/06). Opta por aplicar el CC de la empresa principal, STSJ Andalucía de 25 de mayo de 2006 (Rec. 942/06).

[30] Se inclina por esta opción, SSTSJ Andalucía de 14 de marzo de 2007 (Rec. 3041/06), de 21 de Junio de 2012 (Rec. 3025/10).

[31] Esteve Segarra, A., "La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios…", op. cit. p. 7.

consideran necesario que la negociación colectiva contribuya a facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 42 del ET, lo que redundará en la seguridad del empleo y en el cumplimiento de las condiciones laborales establecidas legal y convencionalmente". […]. En este sentido, aclaran los sujetos firmantes, "las Organizaciones empresariales y sindicales compartimos que las nuevas modalidades de organización productiva y societaria, que en ocasiones revisten una notable complejidad, no deben suponer la inaplicación de la regulación convencional correspondiente, ni cesión ilegal de trabajadores". Dichas previsiones, sin embargo, no son suficientes para hacer frente al fenómeno de las empresas multiservicios. Se echan de menos recomendaciones más precisas para evitar los vacíos y garantizar la regulación convencional en los supuestos de descentralización productiva a través de este tipo de empresas.

Mucho más incisivos se muestran los convenios colectivos sectoriales que entre las múltiples actuaciones que pueden desarrollar, han optado por las siguientes: a) establecer "cláusulas de subrogación convencional obligatoria", consistentes en regular por vía convencional la subrogación obligatoria en caso de cambio de contratistas o subcontratistas en cualquiera de las actividades que se integran en el ámbito funcional (STJS Cataluña 20 de enero de 2017, R 6643/2016); b) introducir cláusulas de equiparación en las condiciones de trabajo entre los trabajadores de la contrata y los trabajadores de la empresa principal como obligación a observar necesariamente por las empresas que se encuentran dentro del ámbito funcional del convenio (SSTSJ Canarias de 20 enero de 2014)[32]; c) plasmando la prohibición, con más o menos rigor, de subcontratar a través de este tipo de empresas[33].

Las clausulas más usuales, cuando se introducen, se encuentran en los Convenios Colectivos de Hostelería o en los relativos a la limpieza de

[32] Así ocurre con el CC de Hostelería de las Palmas, CC de Baleares, CC de Hostelería de Tenerife, CC de Hostelería de Teruel. Aunque todos ellos exigen garantizar la aplicación del Convenio Sectorial en materia retributiva, interesa destacar la redacción del CC de Hostelería de las Palmas en el que dispone que la previsiones del CC "*se aplicarán a todas aquellas empresas que, en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional del convenio sectorial, debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que estos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento*" (art. 1).

[33] Estudios más amplios sobre las cláusulas convencionales existentes en nuestro país en UGT, Empresas multiservicios o cómo precarizar el empleo. Análisis de las empresas multiservicios 2016. Informe del Gabinete Técnico de FeSMC-UGT, 2016; Nieto Rojas, P., "La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios, *Revista de Información Laboral*, núm. 7/2017 (BIB 2017/12615).

edificios. Así, por ejemplo, el CC de Hostelería de Málaga establece que "a las actividades desarrolladas por las camareras de piso, personal del restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el convenio sectorial". Más numerosos son los convenios colectivos que, a través de regulaciones indirectas, reformulan el ámbito funcional del convenio, especificando que se aplicará a las empresas que realicen actividades propias de dicho sector, aunque no constituya su objetivo social principal y se realicen parcialmente. Con regulaciones de este tipo se pretende evitar la evasión de la regulación colectiva sectorial, obligando a respetar su regulación a todas las empresas que interactúen en dicho ámbito, independientemente del objeto social con que operen en el mercado (I CC Estatal de Limpieza de Edificios y Locales, BOE núm. 123, de 23 de mayo; II Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal, BOE núm. 145 de 19 de junio de 2017)[34].

Por último, en relación al respeto a la negociación colectiva sectorial por parte de estas empresas, hemos de comentar que en este ámbito no se han producido, con carácter general, avances significativos. De las regulaciones convencionales analizadas (Tabla 7), son realmente excepcionales aquellas que designan como derecho supletorio la regulación del convenio colectivo sectorial (art. 22 del CC de la Empresa Brocoli, S.L.), siendo mayoritarios los que acuden directamente al Estatuto de los Trabajadores, marginando con ello la regulación sectorial, incluso excluyéndola expresamente al no considerarla aplicable (art. 46 del I CC Interprovincial de Externa Team S.L.; D.A. Primera del CC de la Empresa Planiseg 2005, S.L; art. 44 del CC de Recursos Humanos y Gestión del Personal, 2009, S.L, etc.). Contrasta con estas regulaciones el CC de Jardinería Costa del Sol, pues al definir su ámbito funcional establece: "el presente convenio colectivo será de aplicación a los trabajadores que desarrollan su actividad profesional en Jardinería Costa del Sol, dedicada a las actividades de limpieza y jardinería, venta por menor de artículos de ferretería, albañilería y pequeños trabajos de construcción en general y toda clase de servicios integrales o específicos, a medida de clientes externos, incluidos en el objeto social de la empresa. Y todo ello, con exclusión

[34] Es significativa la regulación del II Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal. El art. 2, al definir el ámbito funcional, precisa que: "también estarán afectadas todas aquellas empresas que, en virtud de cualquier tipo de contrato, tengan varias actividades principales, de las cuales alguna esté incluida en el ámbito funcional de este Convenio, siendo de aplicación el mismo a los trabajadores que realicen estas actividades. Las empresas que por cualquier tipo de contrato desarrollen actividades del Sector de forma habitual (no ocasional o accesoria), se verán también afectadas por el ámbito funcional del presente Convenio, aunque ninguna de esas actividades fuera principal o prevalente".

de aquellas actividades que, por sus peculiaridades, estén reguladas por un convenio sectorial específico".

También, aunque siguen siendo excepcionales, existen en el ámbito nacional prácticas que van en otra dirección. En junio de 2017 se publicó un Convenio Colectivo del Grupo Adecco: Atlas Servicios Empresariales, SAU y Adecco Outsourcing, SAU (BOE núm. 158 de 4 de julio de 2017) con interesantes cláusula sobre el tema que estamos considerando: a) el compromiso expreso de observar la regulación sectorial de las condiciones de trabajo en cada una de las actividades que desempeña la empresa; b) la obligación de abordar y resolver los vacíos de cobertura a través de un encuadre sectorial de todas las actividades, lugares y centros de trabajo de la empresa; c) designar una Comisión Paritaria con importantes funciones: realizar el encuadre sectorial, un efectivo control en el cumplimiento del convenio, recibir toda la información necesaria para poder llegar a todos los centros de trabajo, y, velar por la defensa de los derechos de la plantilla.

En esta misma línea, se deben considerar otras previsiones, de naturaleza legal, que no se limitan a consagrar el principio de autonomía colectiva y el respeto por los niveles superiores de negociación, sino que establecen directamente excepciones al principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa en materias tan propias de dicho ámbito como la cuantía de la retribución. Así ocurre, por ejemplo, con la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (BOE núm. núm. 272, de 9 noviembre 2017), que establece como contenido propio de las cláusulas especiales, la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo (art. 122. Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares).

Todas estas iniciativas, junto con la propuesta de modificación del art. 42 ET en el sentido de garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, aplicando el convenio colectivo de la empresa principal o cualquier otro que le resultare aplicable, ponen de manifiesto que estamos muy cerca de solucionar los problemas que, en el ámbito de la negociación colectiva, provocan las empresas multiservicios. Esperemos que la solución aporte la homogeneidad necesaria para proteger adecuadamente al colectivo de trabajadores afectados.

TABLA 7. CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESAS MULTISERVICIOS EN ANDALUCIA

| CC EMPRESAS MULTISERVICIOS/ VIGENCIA | BOLETÍN | REGULACIÓN SUPLETORIA |
|---|---|---|
| BETICA DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L 2004- | BOJA 83/04 | ---------- |
| CLECE, S.A (EMPRESA PÚBLICA PUERTOS DE ANDALUCIA) 2007-2010 | BOJA 179/07 | Legislación general vigente que resulte de aplicación (art. 1.3). |
| EXTERNA TEAM, S.L. ANDALUCIA 2015-2018 | BOJA 42/16 | Normas generales vigentes. Exclusión expresa de CC Sectorial (art. 46). |
| GRUPO GARES (ANDALUCÍA) 2012-2013 | BOJA 47/2012 | Normas generales vigentes (Art. 42). |
| HALIA SERVEX S.L. (SEVILLA Y MALAGA) 2012-2016 | BOJA 96/2012 | ---------- |
| PLANISEG 2005 S.L. 2014-2015 | BOJA142/2014 | ET. Exclusión expresa de CC Sectorial (D.A 1). |
| DIMOBA SERVICIOS, S.L. 2006-2008 | BOPA 29/08/06 | ET. Exclusión expresa de CC Sectorial (D.A 1). |
| GLOBAL CONTROL AUXILIAR DE SERVICIOS, S.L 2015-2017 | BOPC 120/15 | Disposiciones generales en vigor (art. 47). |
| INTERACTIVA, S.L. 2011-2014 | BOPC 4/11 | ET (Art. 4) |
| LAS NIEVES SERVICIOS OUTSOURCING, S.L. 2015-2019 | BOPG 73/16 | ET (Art. 39) |
| BROCOLI S.L. 2014-2016 | BOPMA 148/14 | CC Nacional vigente y ET (art. 22) |
| CM SERVIEXTER S.L. 2014 | BOPMA 12/13 | ---------- |
| GREENTHIA SERVICIOS INTEGRALES S.L. | BOPMA 91/15 | ---------- |
| GRUPO BCM SERVICIOS AUXILIARES, S.L. 2015-2019 | BOPMA 241/15 | ---------- |
| GRUPOS END IBERIA, S.L. 2013-2018 | BOPMA 40/14 | Normas legales de carácter general (art. 47). |
| JARDINERIA COSTA DEL SOL | BOPMA 12/16 | ET. Exclusión expresa de CC Sectorial (D.A 1). |
| MARBELLA SERVICIOS Y CONTROLADORES 2014 | BOPMA 226/15 | ET y normas legales vigentes (art 36). |
| PIAMONTE SERVICIOS INTEGRALES, S.A. RECOGIDA DE CARRITOS AEROPUERTO DE MALAGA 2010 | BOPMA 193/11 | Disposiciones legales vigentes (art. 4) |

| | | |
|---|---|---|
| RECUSOS HUMANOS Y GESTION DEL PERSONAL 2009, SL 2014-2019 | BOPMA 115/17 | Normas legales de carácter general. Exclusión expresa de CC Sectorial (art 44). |
| SIMAN SERVICIOS INTEGRALES 2006 | BOPMA 236/07 | ---------- |
| VISERSA GESTION S.L. 2010 | BOPS 7/11 | ET y demás disposiciones generales de aplicación (art 37). |

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos de UGT, Análisis de las empresas multiservicios 2016 y del CARL.

## 6. CONCLUSIONES

Las intervenciones legislativas en las reglas de concurrencia se realizan con carácter limitado y excepcional, configurándose, con carácter general, como disponibles para la propia autonomía colectiva en virtud del art. 83 ET. No obstante, el Estatuto contiene varias previsiones específicas que inciden con distinta intensidad en la libertad negocial: la reserva de materias efectuadas en favor del convenio de empresa (art. 84.2 ET), la prohibición de regular una serie de materias por parte de los convenios del ámbito autonómico, y, como consecuencia, una reserva relativa de materias para el convenio colectivo sectorial nacional (art. 84.4 ET). La primera norma es indisponible para la autonomía negocial, la segunda es completamente disponible. De acuerdo con estos criterios, el art. 83 ET, además de reconocer libertad a los agentes sociales para fijar las unidades de negociación, habilita a la propia autonomía colectiva para articular y ordenar el sistema de negociación e incluso para establecer reglas que solucionen la concurrencia conflictiva entre convenios (art. 83. 1 y 2 ET). El desarrollo de estas actuaciones se puede articular a través de acuerdos interprofesionales y/o convenios colectivos sectoriales nacionales o autonómicos (en principio, no provinciales), negociados por los sujetos legitimados. Los agentes sociales no han establecido normas aplicables con carácter general a las distintas unidades de negociación, por lo que carecemos, tanto en el ámbito estatal como en el ámbito autonómico, de un sistema coherente y ordenado por la propia autonomía colectiva.

Las últimas reformas laborales, encauzadas a través del Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, además de introducir novedades en las reglas que ordenan la articulación y concurrencia de convenios colectivos, sientan las bases necesarias para modificar la propia estructura del modelo de negociación. Efectivamente, medidas como la prioridad aplicativa del CC de empresa en determinadas materias (art. 84.2 ET); la regulación expresa de la inaplicación del Convenio respecto de la generalidad de las materias que añaden flexibilidad al sistema productivo (art.

82.3 ET), la limitación de la ultraactividad de los convenios a un año (art. 86.3 ET) y la relativa restricción del convenio sectorial provincial para ordenar la negociación y desmarcarse de la regulación sectorial nacional (art. 84.3 ET), otorgan un espacio mucho más amplio al convenio colectivo de empresa, pero también restauran la prevalencia del convenio colectivo sectorial estatal, en menor medida del autonómico, sobre el sectorial provincial. Se intenta instaurar, en consecuencia, un sistema de negociación colectiva articulado en dos grandes núcleos territoriales, estatal y/o autonómico, que se complementan con el ámbito funcional por excelencia, el empresarial, desplazando con ello la negociación de los ámbitos provinciales.

A pesar de ser estas las intenciones, no parece que las reformas hayan tenido un impacto considerable en el sistema, al menos de momento. El modelo, cuatro años después, no ha experimentado cambios significativos, y se sigue configurando como un sistema caracterizado por la prevalencia del convenio colectivo sectorial, preferencia que sigue recayendo en muchos casos sobre el convenio colectivo provincial, destacadamente en Comunidades Autónomas como Andalucía (también Castilla León) en las que apenas existen convenios autonómicos y en la que los convenios colectivos provinciales proporcionan cobertura al 93,30 de los trabajadores. La predilección por las unidades de negociación provinciales, aunque pudiera responder a una situación de tránsito entre modelos de negociación, constata que las previsiones legales no pueden impedir que el vacío dejado por la negociación colectiva autonómica sea cubierto por lo convenios colectivos de este nivel. Precisamente esto es lo que sucede en la Comunidad Autónoma Andaluza, en la que, a la escasez de convenios colectivos autonómicos en los grandes sectores de actividad, se debe unir que muchos de ellos regulan pocas materias, declarando que estas son contenido mínimo a mejorar por los convenios colectivos inferiores.

La escasez de convenios colectivos autonómicos, junto con las reglas de supletoriedad, potencian y conservan la negociación en el ámbito provincial. Como se ha puesto de manifiesto en el estudio realizado, la negociación colectiva provincial no es sólo el instrumento que protege al mayor número de trabajadores en Andalucía, sino que se conforma, en la generalidad de las provincias andaluzas, por convenios colectivos que regulan los mismos sectores de actividad, aunque no con la uniformidad que sería deseable. Muchos de esos convenios provinciales no se adecuan a las nuevas reglas que articulan la negociación colectiva, significativamente al art. 84.3 ET, de forma que ordenan la negociación del ámbito provincial erigiéndose en la norma principal y determinando la subsidiariedad de cualquier otra fuente normativa. Es habitual también que algunos de ellos no incorporen la regla de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, permitiendo únicamente la regulación empresarial en cuanto resulte más favorable que la regulación

sectorial. No obstante, las regulaciones más modernas o bien aluden a dicha prioridad o bien se declaran supletorias del convenio colectivo empresarial, potenciando con ello este nivel de negociación.

El rechazo que parece existir respecto al convenio colectivo empresarial puede deberse a múltiples circunstancias, aunque consideramos fundamental las dificultades para encontrar sujetos negociadores en empresas de tamaño muy reducido que, por otro lado, son las mayoritarias en el tejido productivo andaluz (únicamente un 0.5% son empresas grandes o medianas). En consecuencia, la regla de la preferencia aplicativa del convenio de empresa, aunque pueda parecer que impulsa la negociación en este ámbito, encuentra múltiples obstáculos para conseguir este objetivo. La falta de sujetos legitimados en gran parte de las empresas, la debilidad de la autonomía colectiva en este ámbito y la indeterminación sobre la naturaleza y efectos jurídicos de los instrumentos negociados en estas circunstancias, evidencian la complejidad y los riesgos de fomentar un ámbito de negociación que, en realidad, carece de reglas y garantías. Estas circunstancias, que explicarían la razón de que la preferencia aplicativa del convenio de empresa no haya tenido un impacto significativo en el tejido productivo andaluz, justifican, sin embargo, el importante volumen de inaplicaciones en Andalucía y que afecten mayoritariamente a las empresas más pequeñas (53.55 % de microempresas y 22.47% pequeñas empresas), con las consecuencias que ello conlleva respecto de los sujetos negociadores.

Por último, por lo que respecta a la determinación del convenio colectivo que resulta aplicable a las empresas multiservicios, hemos de decir que hasta la fecha la situación sigue siento de absoluta incertidumbre pues se siguen barajando soluciones múltiples: desde la aplicación del convenio colectivo de la actividad principal, si esta existe, pasando por la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal mientras se realice la prestación de servicios o la aplicación del convenio colectivo sectorial que resulte aplicable en función de la actividad desarrollada por los distintos trabajadores, hasta la creación de un nuevo sector de actividad que acoja una regulación sectorial diferenciada para este tipo de empresas. De todas las opciones posibles, consideramos que la más adecuada es aquella que considera aplicable el convenio colectivo sectorial de la actividad que efectivamente realiza el trabajador, pues es la que garantiza, en mayor medida, la homogeneidad en la regulación de las condiciones de trabajo. Las propuestas de reforma del art. 42 ET podrían acabar con esta situación de incertidumbre al prever que "las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que

tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal".

En todo caso, desde una perspectiva general, que nos obliga a valorar el impacto de las reformas laborales en el modelo andaluz de negociación colectiva, considero que nos encontramos en una situación de tránsito que, aun no siendo difícil de comprender y de describir, presenta dificultades para definir sus propias líneas de evolución. Las consideraciones efectuadas, si algo ponen de manifiesto, es que los años transcurridos desde que entró en vigor la reforma laboral son insuficientes para valorar el impacto real de los cambios en el modelo de negociación colectiva implantado en la Comunidad Autónoma Andaluza. Aunque, en líneas generales, las modificaciones parecen haber incidido poco, lo cierto es que empiezan a detectarse regulaciones, especialmente en los convenios colectivos aprobados en el último año, que podrían indicar lo contrario. Habrá que esperar, en consecuencia, a un mayor desarrollo de la negociación colectiva para evaluar el impacto real.

## BIBLIOGRAFÍA

CARRIZOSA PRIETO, E. (2013), "Mecanismo de flexibilidad interna en el seno de las organizaciones productivas", en VV. AA., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007), "Empresas de multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante", *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 2/2007.

CRUZ VILLALÓN, J., (2011), "Texto y contexto de la Reforma de la negociación colectiva 2011", en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, Valladolid, Lex Nova.

CRUZ VILLALÓN, J. (2012), "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012*, Valladolid, Lex Nova.

ESTEVE SEGARRA, A. (2015), "La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS 17 de marzo de 2015", *Revista de Información Laboral* núm. 9/2015.

MERCADER UGUINA, J. R. (2011), "Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011", en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid, Lex Nova.

MERCADER UGUINA, J. R. (2012), "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa como nuevo centro de gravedad", en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), Reforma Laboral 2012, Valladolid, Lex Nova.

NIETO ROJAS, P. (2017), La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios, *Revista de Información Laboral*, núm. 7/2017. BIB 2017/12615.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., y CARRIZOSA PRIETO, E., (2013): "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro", en VV:AA, *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi, Pamplona.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2012), "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Temas Laborales*, núm. 115/2012.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A., y ALARCÓN CASTELLANOS, M. M. (2015), El "descuelgue" y el concepto de convenio colectivo aplicable, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 176/2015 (BIB 2015/2101).

SALA FRANCO, T., "La revisión del modelo legal de negociación colectiva", en MONEREO PÉREZ, J.L., y MORENO VIDA, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013.

**OTROS DOCUMENTOS DE INTERÉS**

III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016, 2017, (BOE núm. 147/2015 de 20 de junio).

Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA.

Memoria 2016, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

UGT (2016), Empresas multiservicios o cómo precarizar el empleo. Análisis de las empresas multiservicios 2016. Informe del Gabinete Técnico de FeSMC-UGT.

# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL A NIVEL DE EMPRESA: UN FENÓMENO EXTENDIDO
2. ¿POR QUÉ SURGE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL?
3. TIPOLOGÍA DE ACUERDOS INFORMALES
4. NATURALEZA DE LOS ACUERDOS INFORMALES
5. EFICACIA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INFORMALES
   5.1. EFICACIA CONTRACTUAL Y NO NORMATIVA DE ESTOS ACUERDOS
   5.2. EFICACIA GENERAL
6. ACUERDOS INFORMALES Y LIBERTAD SINDICAL
7. ACUERDOS INFORMALES Y RELACIÓN CON LAS RESTANTES FUENTES DE LA RELACIÓN LABORAL
8. CONCLUSIONES

## 1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL A NIVEL DE EMPRESA: UN FENÓMENO EXTENDIDO

Es cada vez más frecuente que las controversias entre los trabajadores y los empresarios se solventen no necesariamente a través de los cauces formalmente previstos para ello, sino que cumple un papel muy relevante especialmente a través de una dinámica continua de negociación que se manifiesta a través de vías dotadas de cierta informalidad.

En realidad, este fenómeno de negociación directa, informal, no sometida a demasiados requisitos formales es una práctica antigua[1]. Se diría que, en cierto modo, los modelos legales o "estatutarios" de negociación representan un deseo de encauzar y formalizar un fenómeno de negociación colectiva que preexiste al propio Estatuto de los Trabajadores y que se manifiesta de modo tan paralelo como concomitante al mismo. Y es que la negociación entre empresarios y representantes de los trabajadores no es un fenómeno de creación legal, sino, como mucho, de "reconocimiento" legal. Ha existido antes de la legislación actual –incluso cuando estaba de hecho prohibida- y se mantiene en parte dentro y en parte al margen de la Ley[2].

Podría incluso afirmarse que el canal más cotidiano para plasmar la solución a las desavenencias entre empresarios y representantes de los trabajadores, las respuestas a los desencuentros que surgen en el día a día de las relaciones de trabajo –tanto individuales como colectivas- es de carácter informal y, por lo tanto, no pretende un expreso acomodo en las instituciones negociales previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

Si quisiéramos contabilizar las experiencias de esta negociación colectiva, o incluso hallar una proporción de las mismas en comparación con las de negociación colectiva formal o "estatutaria", la misión sería desde luego de extraordinaria dificultad, y también de poca fiabilidad. Efectivamente, no existe –y por la propia naturaleza del fenómeno, mal podrían existir- registros o controles formales de los mismos, y la aproximación a su importancia sólo sería accesible a través de un muestreo estadístico. Como quiera que sea, se trata de una función aún por realizar. Pero a nadie sorprende que, tanto en

[1] En ello coincide J. García Murcia, *Los Acuerdos de empresa,* Madrid (CES), 1998, quien en pág. 53 concluye que : "… muchas de las referencias y alusiones que la legislación actual hace a los acuerdos colectivos de empresa no son más que el resultado de la tipificación y el reconocimiento legal de una modalidad de pacto que tiene sus raíces en los primeros estadios de la negociación colectiva (…) son el resultado, por decirlo más claramente, de la negociación atípica o informal, que ha venido desarrollándose de modo primordial en el ámbito de la empresa".

[2] J. García Murcia, *Los acuerdos….cit.* pág. 55, que constata cómo tuvo especial relevancia en el franquismo, ante la ausencia de vías institucionales, sobre todo antes de la Ley de negociación colectiva de 1958.

grandes como en medianas o pequeñas empresas, cada una por distintas razones, tengan todas un "libro de prácticas" llevado por un conjunto de acuerdos alcanzados en las más diversas circunstancias, que singularizan el efectivo régimen de condiciones de trabajo o sindicales, que diferencian la realidad de esa empresa de la vecina, aunque estén en el mismo sector de actividad y hasta en la misma localidad. Ese "acervo laboral" de cada empresa se explica, en muy buena medida sobre la base de un peculiar historial de negociación recogido en actas o a veces incluso en pactos verbales que, tras ser alcanzados, directamente han venido siendo cumplidos de manera reiterada: pensemos en acuerdos sobre medida y estímulo de productividad, retribución variable, horas extras, recuperaciones de "excesos de jornadas", jornadas continuadas por llegada del verano, ferias locales, formas de ascenso profesional…

Pero en tanto que no podemos hacer una contabilización fiable estos acuerdos –más allá de un muestreo estadístico o aproximativo- sí podemos acercarnos a su contenido e importancia a través de la constatación de los pronunciamientos judiciales que existen al respecto; si bien tampoco son excesivos, acaso porque esta negociación es más una vía de solventar conflictos que de crearlos, por lo que es poco dada a pronunciamientos judiciales revisorios de las mismas. Pero lo cierto es que tales pronunciamientos sí reflejan de modo relevante la experiencia diaria de contactos con representantes de los trabajadores y empresarios que de manera continua –y sin duda, con creatividad- confiesan cómo van resolviendo sus desavenencias a través de mecanismos no reglados de negociación pero que tienen una eficacia práctica indudable.

## 2. ¿POR QUÉ SURGE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL?

El ajuste de intereses entre trabajadores y empresarios no es algo fácil, como saben todos los estudiosos, así como todos los agentes sociales. Éstos suelen estar –como quizás no podría ser de otro modo- más ocupados y atentos al "qué" que al "cómo".

Una vez que los interlocutores relevantes en cada contexto alcanzan una solución satisfactoria, capaz de resolver el conflicto o la controversia que está en el aire, se limitan a aplicarlo, y no prestan especial atención a cuestionar la forma jurídica y la vinculabilidad del acuerdo alcanzado, que queda relegada a un *pacta sunt servanda* de "a pie"[3].

[3] Y es que, al margen de esta "intuición" básica de quien pueda suscribir un pacto, lo cierto es que una vez firmado, como señala J.M. Martínez Jiménez, "La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma,

De todos es sabido que el sistema "estatutario" de negociación puede ser tenido por excesivamente rígido y formal. Si nos referimos a convenios colectivos estatutarios, ya conocemos que se ve sometido a pesados requisitos de legitimación, incluso de denuncia; no siendo menores las limitaciones en materia de concurrencia, incluso con propios convenios de empresa. Igualmente, la duración puede alcanzar varios años, y si no se denuncia –recordemos que sólo los pueden denunciar las partes del mismo, pero no cualquier afectado por el convenio, art. 86.3 ET- puede prolongarse aún más. ¿Realmente es pensable que no surjan disputas o desencuentros de carácter laboral, durante toda esa duración, en el seno de las distintas empresas en las que un convenio es aplicable?

Pero, además, la aprobación de un convenio colectivo está sometida a requisitos de aprobación minuciosos y complicados, que con frecuencia son de difícil, cuando no imposible cumplimiento en el ámbito en el que nace la controversia.

Téngase adicionalmente en cuenta que no siempre se puede entrar a regular todo lo necesario, a nivel de sector, o a nivel nacional, dada la dificultad, en muchas ocasiones, de alcanzar un acuerdo general en ese sentido. La alternativa sería la aprobación de un convenio de empresa, pero ¿están siempre las partes interesadas y en actitud para realizar a nivel de empresa un convenio colectivo completo con el solo fin de ajustar esos limitados y concretos aspectos no tratados en el convenio de ámbito superior?[4]

En definitiva, la dificultad o inidoneidad de acudir a los procedimientos formales de negociación, son aspectos capitales de la proliferación de pactos informales.

A ello habría que sumar la inmediatez, la facilidad, la rapidez y la falta de publicidad y de controles externos que, de un modo u otro, puedan burocratizar o interferir una práctica de negociación que se considera que debe ser llevada a cabo de una forma más privada y sin interacciones externas.

---

*Relaciones Laborales*, 1988, pág. 97, tomo 1, pág. 4, (referenciando a A. Ojeda Avilés, *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, pág. 391),y en relación a los pactos informales, que "los pactos colectivos tendrán fuerza de obligar per se, anulándose, gracias a la eficacia normativa de la bona fides, los actos discrepantes de las partes (el empresario no puede romper el pacto que él mismo ha suscrito, ni el trabajador aceptar condiciones peyorativas respecto de las cometidas en el pacto que sus representantes en la empresa han negociado), quedando de esta manera los contratos individuales de trabajo integrados coactivamente por lo señalado en el pacto.

[4] Entiende J. García Murcia, Los acuerdos…., cit., p. 62, que motiva su uso "Su carácter flexible e informal, y su capacidad de dar respuesta ágil, rápida y apropiada a los problemas de la empresa…", y explica que por ello se entiende que continúen existiendo estos Acuerdos informales incluso tras los distintos cambios normativos que aparejan una mayor institucionalización de la negociación colectiva.

De hecho, García Murcia[5], ha venido a constatar, en este sentido que son tres las funciones habitualmente ejercidas por esta negociación informal: (i) reguladora (p.ej., tiempo de trabajo, descanso, estructura salarial), (ii) gestión concertada de problemas coyunturales en la empresa (ante una situación de crisis o de una fusión) o (iii) solución negociadas de situaciones conflictivas. Y, en efecto, a alguna de estas categorías cabría siempre reconducir las distintas materias objeto de negociación que se acaban de mencionar.

Esas funciones parecen garantizar que estos acuerdos informales van a tener siempre un interesante papel que jugar. Así, pueden apreciarse razones muy distintas para la persistencia de este recurso a la negociación informal, que hacen que, en realidad, sea una forma muy atractiva y eficaz de gestionar las relaciones laborales.

## 3. TIPOLOGÍA DE ACUERDOS INFORMALES

La propia terminología de "acuerdos informales" es en sí misma equívoca, pues lo cierto es que bajo esa denominación entra, como ha podido apreciarse en el epígrafe anterior, un buen número de tipos de acuerdos de muy distinta condición.

El denominador común que, en este momento, podemos asignar a todos ellos, puede enunciarse de manera negativa: consistiría en que se trata de acuerdos distintos de los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Pero incluso así, dentro de ellos, habría que realizar una *summa divisio* grupos más de acuerdos[6]: Aquellos que tienen una mención legal, esto es, que se acogen expresamente a una ley, y aquellos que no tienen esa expresa apoyatura. Pues bien, estos segundos serían los más estrictamente "acuerdos informales", los que se corresponden con la más genuina negociación colectiva informal[7].

---

[5] J. García Murcia, Los Acuerdos … cit. , pág. 62.

[6] JM Goerlich Peset, "Los Acuerdos de Empresa", en I. Albiol Montesinos (Coord.) *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa*, Madrid (Wolter Kluwer CISS) 2007. Pag 322, incluye entre estos Acuerdos tres categorías ciertas: Los subsidiarios o de regulación de las condiciones de trabajo (que incluyen los acuerdos del art. 22 et al. Del ET), los modificativos o de adaptación de condiciones de trabajo (como los del art 41.2 III y 82.3; básicamente, los "descuelgues") y los acuerdos de reorganización productiva (arts. 40, 41, 47, 51 y 44.9). Considera de "dudosa" clasificación los acuerdos de fin de conflicto, los acuerdos de empresa con fundamento convencional y los "acuerdos de empresa extralegales o complementarios".

[7] M. Alpilluelo Martín, "Acuerdos de empresa: funciones y eficacia", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* n. 6/2006, quien los aúna –pág. 15- como "Acuerdos de empresa de eficacia contractual. Vd. A. Bejarano, "Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos", en *La Ley*, n. 5837/2002, pág. 5.

Hagamos un mero recuento de las distintas ocasiones de negociación, distinta a la orientada a negociar convenios colectivos estatutarios que la ley recoge[8]:

- Acuerdos para poner fin a conflictos colectivo (Sercla o extra-sercla).
- Acuerdos de empresa (de complemento o sustitución de convenio).
- Acuerdos alcanzados durante procedimientos de movilidad y modificaciones sustanciales.
- Acuerdos a resultas de procesos de cambio de titularidad de empresas (art. 44 ET).
- Acuerdos en el seno de las comisiones paritarias preceptivamente previstas en los distintos convenios colectivos.
- Acuerdos en materia de procedimientos de suspensiones y despidos colectivos.
- Acuerdos de descuelgue.

Hagamos en este momento hincapié en una vastísima zona de posibles acuerdos sobre la que acaso no se ha reparado suficientemente, que está a medio camino entre los dos anteriores ("acuerdos estatutarios" y "acuerdos estrictamente informales"): Se trata de los "acuerdos" alcanzados en el amplio margen que deja la aplicación del art. 64.6 ET. Como es sabido, el art. 64.5 ET garantiza el derecho para el comité de empresa de ser consultado ante determinadas medidas o decisiones empresariales que tienen un amplio espectro. Recordemos que abarcan las decisiones sobre organización del trabajo, contratos de trabajo o medidas preventivas. Súmanse estos apartados a los previstos, dentro del mismo apartado 5, como objeto de informe previo por parte del comité, que se extiende a materias como reestructuraciones, de plantilla, reducciones de jornada, traslado de las instalaciones, procesos de fusión absorción y modificación del estatuto jurídico de la empresa, planes de formación y sistemas de organización y control del trabajo.

Por último, es obligado recordar en ese momento que el art. 64.6 ET dispone que la consulta debe realizarse de forma que, en su caso, sea factible *"... poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 5"*.

Siendo tan amplias estas cuestiones, hay que reconocer que se abre un campo extraordinario de "acuerdos" que, además, se desarrollan específicamente en el seno del comité de empresa (esto es, propiamente de cada centro de trabajo) y de cada empresario. Y además, un tipo de acuerdo que, aunque está mencionado en la Ley, en realidad no tiene asignado un específico papel en el sistema de fuentes de la relación laboral. ¿Dónde se ubicarían dentro de

[8] Vd. Bejarano, *cit*., págs. 5-6.

la "pirámide" de fuentes del art. 3 ET? ¿Tendrían un valor específicamente contractual? ¿Son algo más o algo distinto?

Realmente, hay que reconocer que el potencial de este precepto –el art. 64.6 ET - como instrumento para canalizar acuerdos en el seno del centro de trabajo es enorme, y desde luego a todas luces es una vía muy poco utilizada para canalizar la práctica de negociación cotidiana. Por lo demás, la muy parca regulación del Estatuto de los Trabajadores al respecto se limita a dibujar de manera tenue algunas bases de su regulación: así, sus sujetos, su objeto (amplísimo) y los requisitos de información previo para los representantes trabajadores.

No aborda realmente este precepto la cuestión de la eficacia de estos acuerdos, y tampoco su naturaleza. Tampoco su encaje en el sistema de fuentes de la relación laboral ni su relación conceptual con otros "acuerdos" mencionados en el Estatuto de los Trabajadores, en particular con los llamados "defectivos" del art. 22 *et al.* del Estatuto de los Trabajadores.

Entre los muy distintos problemas que comprende, y que bien merecerían un estudio separado, destáquese ahora el de la cierta duplicidad de procesos de negociación que representan, con la consiguiente duda para actores sociales y operaciones jurídicos. Así, en el caso de las "reestructuraciones de plantilla" (art. 64.5.a) ET), que se ve sometido en esta sede no sólo a proveer información y a recibir el correspondiente informe de los representantes de los trabajadores, sino también a "alcanzar un acuerdo" con los mismos. Entonces, de seguir este mandato legal, ¿cuál sería, por ejemplo, la relación de un acuerdo obtenido por la vía del 64.6 ET en materia de reestructuración empresarial con el que se alcanzara sobre esa misma materia por la vía del art. 51 ET?

Lo que sí parece claro es que se trata de acuerdos que parecen básicamente orientados no sólo a consensuar decisiones del empresario que se adoptan de una sola vez (p.ej., un traslado de instalaciones, art. 64.5.c) ET) sino también de acuerdos llamados a negociar condiciones de las relaciones de trabajo con cierta vocación de estabilidad, como es el caso de los sistemas de organización y control de trabajo (art. 64.5.f) ET).

Típicamente, estos acuerdos informales suceden entre un empresario y un interlocutor por la representación de los trabajadores que puede ser tanto un comité de empresa, como un comité intercentro. También las secciones sindicales o los propios sindicatos.

Así –y sin ánimo de ser exhaustivos- encontramos negociaciones informales referidas a estas materias de negociación:

- Negociaciones de reestructuración previas a la apertura de los procedimientos formales de reestructuración.

- Negociaciones previas a un inicio formal de procedimiento de negociación colectiva estatutaria.
- De aplicación de sentencias de conflicto colectivo.
- De interpretación y aplicación de un convenio colectivo (al margen de la actuación de la comisión paritaria).
- De retribución en general y en particular de bonus, incentivos y retribución variable.
- De tiempo de trabajo: recuperación de horas, jornadas extraordinarias, distribución de jornadas y otros temas relacionados con los anteriores.
- En materia preventiva.
- De beneficios sociales.
- De planes de retribución "a la carta" con eficacia fiscal.

Esos son, precisamente, los temas más frecuentemente abordados, aunque la lista no trata de ser exhaustiva. En relación a ellos se nos plantean dudas muy relevantes, de las que las más significativas son su naturaleza, su eficacia y quién ostenta el derecho a negociar tales acuerdos, entre otras muchas cuestiones.

## 4. NATURALEZA DE LOS ACUERDOS INFORMALES

Para entender el régimen de estos acuerdos, y en particular su eficacia, la primera pregunta que nos surge en torno a estos acuerdos es la de su naturaleza jurídica.

¿Cuál es el "producto formal" que suponen estos acuerdos? ¿Cuál es su esencia? ¿Hasta qué punto son una anomalía de las relaciones laborales que no debieran tener validez, o son un producto natural y aceptable de las mismas?

La doctrina, como se expondrá brevemente dentro de este mismo apartado, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estos acuerdos, y hay que anticipar que de manera no unánime.

La jurisprudencia de nuestro TS sí ha tenido ocasión de pronunciarse, de manera rotunda a favor de equiparar, casi con carácter general, a estos acuerdos informales con los acuerdos de empresa que se mencionan en el ET, esto es, con los que hemos denominado "acuerdos estatutarios" y, más concretamente, con los "acuerdos defectivos".

Una importante Sentencia del TS de 24 de enero de 2013[9], entra, derechamente, en un análisis cuyo examen resulta muy esclarecedor.

El punto de debate de esta Sentencia parte de un acuerdo sindical alcanzado en una empresa de supermercados, acuerdo orientado a regular una cuestión de descansos compensatorios relativo a los excesos de domingos y festivos. Sus interlocutores son, de un lado, los sindicatos presentes en el comité de empresa y, de otro, el propio empresario. Pero uno de los sindicatos –CCOO- resultó excluido de la negociación, surgiendo por lo tanto la cuestión de la naturaleza de este acuerdo para determinar si había existido vulneración para ese sindicato de la libertad sindical en su manifestación del derecho a la negociación colectiva. Anotemos que los sindicatos que sí suscribieron el pacto en cuestión reunían el requisito de mayoría de miembros del comité de empresa.

Debe subrayarse que los sindicatos que suscriben el pacto no invocan ningún procedimiento o precepto especial que ampare el mismo, únicamente alcanzan el acuerdo y lo firman, sin ninguna invocación formal.

Pues bien, la Sala establece, en hipótesis, una doble vía para determinar la naturaleza de los mismos:

-La primera de ellas –que aunque se considera que no procede del todo en el caso, sin embargo, su planteamiento no deja indiferente- es la de entender que estaríamos ante un "acuerdo de solución de conflictos". En consecuencia, participaría de la naturaleza propia de un convenio colectivo –al menos, a la hora de determinar sus posteriores efectos- según dispone el art. 24 DLRT. Obviamente, esta alternativa chocaría con el hecho de que en los acuerdos informales no necesariamente existe un conflicto formalmente declarado con carácter previo. Pero ya nos advierte la propia Sentencia que ello no es óbice a tal consideración, por cuanto que se había advertido en los términos del propio acuerdo suscrito que con el mismo se ponía fin a un relevante conflicto entre las partes. A partir de ahí, razona que la solución del art. 24 DLRT no debe pasar necesariamente por un pesado formalismo. Es decir, que la mera existencia –reconocida al menos- de conflicto, puede bastar para entender que estemos ante un supuesto subsumible en el mencionado supuesto.

En el caso concreto que observa la Sentencia, la constancia que había de conflicto era una mención al mismo en el texto del acuerdo y al compromiso del sindicato firmante de retirar una denuncia al efecto que se había presentado ante la Inspección de Trabajo; al parecer, siendo ésta la única exteriorización tangible de tal conflicto.

[9] RJ 2013/1955 (Rec.42/2012, Ponente Alarcón Caracuel). Citada y remarcada por otra Sentencia del Supremo más reciente, en concreto la más recientemente, podemos citar la Sentencia del TS de 18-5-2016 (rec 150/2015. Ponente: Moralo Gallego).

Esta hipótesis es digna de ser considerada puesto que, casi por definición, todos los acuerdos ponen fin a algún tipo de conflicto, se haya el mismo exteriorizado o no. Desde esa perspectiva, pareciera que fuese suficiente mencionar en la memoria o en los "manifestandos" del Acuerdo de que se tratara –como de hecho se hace en el caso contemplado por esa Sentencia- esa finalidad orientada a solventar un conflicto preexistente. Y… no se estaría faltando a la verdad con ello[10].

Por lo tanto, esta posibilidad, si quiera mencionada teóricamente, no debe descartarse para el encaje de estos acuerdos. Y, aún más, debe notarse que la equiparación al convenio colectivo en cuanto a eficacia –que garantiza el propio art. 24 DLRT literalmente- es un factor muy atractivo para canalizar por medio del mismo acuerdo entre empresarios y representantes de los trabajadores.

-La segunda hipótesis, para esta Sentencia, es la de considerar el acuerdo sometido al litigio como un "acuerdo de empresa" sustitutivo o complementario de convenio colectivo estatutario, esto es, de los mencionados en los conocidos arts. 22, 24, 29, 31 y otros del Estatuto de los Trabajadores, también llamados "acuerdos defectivos". Esta es la tesis, finalmente, que adopta la Sala para el presente caso. Entiende que, a pesar de no haberse adoptado este acuerdo con una específica voluntad de encuadrarlo como tal, sin embargo, concurren las circunstancias para que así sea considerado[11].

Existe, en efecto, la tesis en la jurisprudencia de que la enumeración de los "acuerdos de empresa" mencionados en los citados preceptos del ET (art. 22 *et alt.)* no pueden considerarse como una lista cerrada y exhaustiva, sino que, en cierto modo, pueden considerarse como una lista abierta, de modo que fenómenos como éste podría participar de esa misma naturaleza[12].

Qué duda cabe que estos "acuerdos de empresa" tienen en sí una naturaleza que no deja de ser discutida, de modo que no es fácil hallar muchos denominadores comunes a todos ellos, extender a los pactos colectivos informales su naturaleza[13], tampoco acaba siendo una respuesta definitiva a esta cuestión.

---

[10] Valga traer a colación las observaciones de J.M. Goerlich Peset, en "Los Pactos informales de empresa", en AAVV , *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid (ACARL) 1989, pág. 121, quien ya se refería, en tono irónico, al pretendido carácter "carácter taumatúrgico" que se derivaría de alcanzar acuerdos los representantes de los trabajadores con el empresario en sede administrativa.

[11] Trozo de texto de la Sentencia.

[12] Sentencia Milagros TS.

[13] Destaca J. Cruz Villalón en *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos) (10ª) 2017, pág. 515, la gran heterogeneidad entre los distintos tipos de acuerdos de empresa y la gran dificultad de encontrar elementos comunes entre ellos, de modo que casi resulta más factible definirlos por lo que no son (convenios extraestatutarios) que por lo que son. Compatible con tal

Dicho esto, la solución dada por el TS a este particular asunto resuelto en la Sentencia de 24 de enero de 2013 que se acaba de mencionar, se ajusta precisamente a esta alternativa: Establece que estos acuerdos tienen una naturaleza equiparable a los acuerdos de empresa legalmente contemplados. Es muy esclarecedor reproducir lo que se expone en el FD Tercero de esta Sentencia, a la hora de justificar que este acuerdo informal sea considerado como un verdadero acuerdo de empresa:

> "…hay que recordar que estos acuerdos de empresa *no son solamente los citados por el ET sino que la jurisprudencia ha admitido esta figura del acuerdo de empresa con carácter genera*l siempre que se lleven a cabo con la representación unitaria de los trabajadores –o incluso con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los integrantes de dicha representación unitaria- y, además, con una funcionalidad muy amplia: no solamente regular determinadas cuestiones en defecto de regulación por el Convenio Colectivo mencionadas por el ET sino también a actualizar las disposiciones del convenio aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones, pero no modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo provincial durante su periodo de vigencia (STS 21/12/2009, Rec. 11/2009).

La conclusión alcanzada no es menor porque, efectivamente, significaría reconocer y dar carta de naturaleza a una vía de homogeneización, por así decirlo, de prácticamente todos los acuerdos informales que quieran someterse a tal procedimiento, respecto de los acuerdos de empresa que tienen mención legal.

Es decir, significa admitir categoría de "acuerdos de empresa" con eficacia general, arraigados en el propio articulado del Estatuto de los Trabajadores y que son asimilables a los expresamente mencionados en el ET (arts. 22,24…), pues ya tal categoría no estaría reducida a los acuerdos expresados en ese precepto legal, participando incluso de esa misma naturaleza.

Posición ésta, por lo demás, que no es compartida por la doctrina científica, recelosa en su mayor parte, como ya se ha expresado con anterioridad, de tratar indiferenciadamente los acuerdos de empresa con mención en el Estatuto de los Trabajadores y los acuerdos informales.[14]

---

conclusión resulta la de Goerlich Peset, en Convenios colectivos y acuerdos… *cit,* pág. 321-322, acierta a sintetizar el sentir doctrinal respecto de los elementos que caracterizan los acuerdos de empresa que se resumirían en el hecho de que intervengan representantes de los trabajadores, tienen carácter de acuerdo de contenido limitado y tienen una elevada informalidad. Se trata también –añade- de acuerdos indiscutiblemente amparados en el art. 37 CE.

[14] Doctrina recelosa.

Pero esta Sentencia del TS no ha sido el primer pronunciamiento del Alto Tribunal en sostener ese mismo planteamiento. En efecto, debemos reparar muy particularmente a este respecto en la Sentencia de 30 de noviembre de 2010[15] .

En ese caso, se trataba igualmente de valorar la naturaleza y eficacia de un singular acuerdo colectivo, claramente elaborado al margen del proceso ordinario o "estatutario" de negociación colectiva. En ese caso, se suscribió, entre una parte del comité intercentros y la empresa un "Acuerdo Marco de Excepcionalidad", así llamado para pactar condiciones especiales derivadas de la bajada de actividad derivada de la crisis.

Ese acuerdo, como razona la Sentencia del TS, no podía considerarse como un convenio colectivo estatutario, y lo incluía dentro del conjunto *"... de lo que se ha venido denominando negociación informal"*. Afirmaba expresamente que "Estamos ante un acuerdo de empresa subsidiario al convenio y relativo a aspectos aplicativos del mismo en relación con situaciones posteriores a la entrada en vigor de éste". Añadiendo algo de extraordinaria importancia:

> *"... El propio Estatuto de los Trabajadores permite y legitima, a lo largo de su articulado, este tipo de pactos colectivos sobre materias diversas, significativamente en los supuestos de modificación de condiciones"*.

Es decir, que asume que por "acuerdos de empresa" no sólo deben entenderse los específicos tipos mencionados en los arts. 22, 24, 29… del Estatuto de los Trabajadores, como acuerdos defectivos de convenios colectivos, sino que en definitiva se pueden considerar como una categoría extensible, si no a todos los fenómenos de negociación informal, sí a una buena parte de ellos.

De esta forma, la excepción se convierte en verdadera categoría jurídica. Es como si se creara un nuevo tipo de acuerdos colectivos desde el propio Estatuto de los Trabajadores.

Pero incluso antes de esta Sentencia, el mismo Tribunal Supremo ya anticipo esta tesis. Así pudo apreciarse en la STS de 24 de mayo de 2004[16]. En la misma, se aborda la cuestión de si procede el abono de unas determinadas dietas a empleados de Renfe. Tales dietas se habían pactado en un "Acuerdo" entre la representación de Renfe y los representantes de los trabajadores (sin precisar mucho cómo estaba éstos representados; pero parece sobreentenderse que por el comité de empresa) referido a los trabajadores que fueron afectados por un traslado a unas determinadas instalaciones ferroviarias.

---

[15] Sentencia dictada sobre el Rec.142/2009. Ponente: Sra. Arastey Sahún.

[16] Rec. 1631/2003 (RJ 2004 5026). Ponente: Desdentado Bonete.

Es de tremendo interés la valoración que hace de tal acuerdo el Alto Tribunal. Tras descartar que se tratase de un acuerdo "estatutario" –obviamente no lo era- se resiste sin embargo a cuestionar su eficacia. Afirma que *"Se trata de un acuerdo que se inscribe en la negociación informal en el marco de la empresa y que puede tener por objeto diversas materias"*.

Pues bien, lo realmente importante es lo que indica a continuación la propia Sentencia, en cuanto que hace una equiparación de los *"acuerdos de modificación de trabajo o de regulación de empleo"*, en clara alusión a los arts. 40, 41 y 50 ET, sin nombrar expresamente, no obstante, a los acuerdos mencionados en el art. 22 *et alt*. del ET.

Eso no significa, sin embargo, que a partir de la jurisprudencia actual podamos concluir que en todos los supuestos de negociación informal sean reconducibles a los mencionados "acuerdos de empresa" ni que en todos los casos en los que ha sido litigiosa la naturaleza de un acuerdo informal haya concluido invariablemente el TS que el mismo debe ser así calificado. Quiere indicarse únicamente que el TS sostiene la tesis de que el modelo de los "acuerdos defectivos" es abierto, y que en su seno caben otros acuerdos, aunque no se esté ante los supuestos mencionados expresamente en los arts. 22 *et alt.* del Estatuto de los Trabajadores.

Además del Tribunal Supremo, distintos TSJ han tenido ocasión pronunciar su doctrina en torno a esta cuestión de una manera similar a la razonada por el Tribunal Supremo.

Así, la STSJCV de 29 de mayo de 2017[17]. No se refiere a un pacto informal en sentido estricto, sino a otro, previsto en el ET ciertamente, pero con muy pobre regulación. Se trataba, en concreto, de un acuerdo alcanzado en un proceso de cambio de titularidad empresarial -precisamente, en este caso, un pacto alcanzado durante una fusión bancaria, concretamente el referido a la absorción de la CAM por el Banco de Sabadell- y que se ampararía en el art. 44.9 ET.

Pues bien, en lo que ahora interesa, lo sucedido fue que en 2012, las representaciones sindicales de las entidades absorbente y absorbida suscribieron un "acuerdo de condiciones sociales y subrogación" que "modificó y sustituyó toda la normativa laboral, tanto convencional como interna de Banco CAM".

Es decir, estábamos ante un pacto que modificaba otros tipos de pactos previos, y no precisamente por los mismos actores.

En concreto, el demandante en este litigio resultaba ser un trabajador que reclamaba beneficios derivados de pactos contractuales colectivos, propios de

[17] Rec. 1797/2016 (JUR\2017\215046).

la CAM, anteriores a este pacto, siendo su argumentación principal la de que no cabía atribuirle eficacia capaz de derogar el que él anteriormente disfrutaba, basadas en un pacto no estatutario. Entendía que el pacto de fusión era en realidad un convenio colectivo estatutario que debía respetar las condiciones más beneficiosas previamente adquiridas por los distintos trabajadores.

Sin embargo, lo que nos interesa destacar a los efectos del presente estudio, es que el pacto de fusión se califica como un "acuerdo de empresa extraestatutario con eficacia contractual".

El TSJ de Andalucía también ha tenido ocasión de referirse a la naturaleza de estos pactos. Es el caso, entre otros, de la Sentencia de 9 de febrero de 2012[18].

En este supuesto, se dilucidaba la aplicación de un pacto alcanzado entre las partes (comité de empresa y el empleador), que completaba una parte del convenio colectivo. Tenía una función, digámoslo así, "reglamentaria" o de desarrollo respecto del convenio. No se cuestionaba su carácter extraestatutario. Su contenido era determinar la exacta compensación que correspondía a los trabajadores por haber sido trasladados de un centro de trabajo a otro, cuyas pautas generales sí que estaban previstas en el convenio colectivo.

Pues bien, tal pacto era calificado como "pacto de empresa", con valor extraestatutario, y su único límite es el de no contradecir el convenio colectivo desarrollado ubicándolo, dentro del sistema de fuentes de la relación laboral, en el lugar dispuesto por el art. 3.1.c) ET.

Le da, por lo tanto, una eficacia contractual en sentido estricto, aunque sin ahondar en concreto en el hecho de si comparte la naturaleza misma de los "pactos de empresa" mencionados en el art. 22 *et alt.* del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, la Jurisprudencia se ha inclinado a considerar que la negociación informal que se da en el seno de la empresa, a través de la multitud de pactos que, con los más distintos fines, se alcanzan en del desarrollo de las relaciones de trabajo, pueden encontrar acomodo en los "pactos de empresa" que se mencionan en el art. 22 *et alt* del Estatuto de los Trabajadores. Pero, más allá de ello, les asigna condición de pactos de naturaleza contractual, con una eficacia acorde a esa naturaleza, como se va a exponer en el epígrafe siguiente.

Este pronunciamiento no cae sobre un debate inexistente de parte de la doctrina. En efecto, como Goerlich ha señalado[19], la doctrina se ha pronuncia-

[18] Rec. 1182/10 (JUR\2012\135176).

[19] Goerlich Peset, Los acuerdos de empresa…., *cit*., pág. 327. Evocando las tesis de M.

do en muy distintas ocasiones sobre la cuestión aquí examinada, resultando que la tesis mayoritaria en la misma es que, entre los dos grupos existentes de acuerdos de empresa los típicos legalmente, y "los restantes" acuerdos de empresa- los "verdaderos acuerdos de empresa requieren habilitación legal".

Sin embargo, tras distintas reflexiones, este mismo autor concluye que el intento de diferenciar los acuerdos de empresa tipificados legalmente de los restantes resulta injustificado. Básicamente, entiende que la tipificación de los acuerdos de empresa que acarreó reforma de 1994 "no responde al interés legislativo en configurar una categoría jurídica nueva y distinta de las preexistentes" pues –añade- "si ese hubiera sido su interés, la expansión de las alusiones a los acuerdos de empresa (…) habría ido acompañada de un mayor esfuerzo normativo en la delimitación de su régimen. Parece más bien que cuando el legislador se refiere expresamente a los acuerdos de empresa no hace sino remitirse a una categoría tradicionalmente existente, indicando que la misma puede utilizarse para ciertas funciones en determinados preceptos del Estatuto u otras normas laborales…"[20]. Concluye, por ello, que la explicación de la expresa mención legal a determinadas materias es sobre todo de carácter funcional, no esencial.

Sin embargo, como el propio autor citado reconoce, estamos ante un tema muy controvertido en la doctrina, donde, por número, parece mayoritaria la tesis que expresa sus reservas a esta indiferenciación de los pactos de empresas con mención legal de los estrictamente informales[21], incluyendo tesis más matizadas[22].

---

García Jiménez, *Los acuerdos colectivos de empresa*, Granada, Comares) p. 226 y J. Gorelli Hernández, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid (Civitas), 1999, p. 69 y ss.

[20] *Op.cit.* p.328.

[21] Interesa destacar, en un tono más matizado, entre otras, la tesis de García Murcia, *Los acuerdos*…págs. 69-70. Afirma que el hecho de que la recepción legal expresa a los acuerdos de empresa mencionados en la ley confiere a éstos un estatus jurídico distinto "con mayor entidad y relevancia que el mero acuerdo informal". Considera que hay diferencias pues entre ambos y que tales diferencias encuentran proyección en cuanto a su naturaleza, eficacia, funciones y cometidos y, en general, en el sistema de fuentes de la regulación de la relación de trabajo. Cita a favor de estos planteamientos a J. Rivero Lamas, Estructura y contenido…. Pp. 55 y 56 y a Escudero, a Valdés Dal-Re y a Gonzalez Ortega.

[22] M. Correa Carrasco, *Acuerdos de Empresa,* Madrid (Memento Experto Ed. Francis Lefebvre), 2012, pág. 31, se pregunta también sobre el carácter tasado o no de los supuestos de acuerdos subsidiarios, destacando que, aunque algún sector de la doctrina se habría manifestado en contra de esta posibilidad –como Sala-Mellado-Pedrajas; a favor, Casas Baamonde- sin embargo entiende que serían factibles en el contexto de un sistema de negociación colectiva articulada. Pone de ejemplo el AENC-II. Gorelli Hernández, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral,* Madrid (Civitas), pág. 53 también entiende que, a pesar de la cierta informalidad de los "acuerdos de empresa" expresamente mencionados en el ET, no debe olvidarse que

Pero lo cierto es que la tesis que parece minoritaria en la doctrina –la de no diferenciar con claridad la naturaleza de los acuerdos de empresa "defectivos" así como en general de los que tienen mención legal, respecto de los que no tienen ese respaldo- es la que está siendo aceptada por la jurisprudencia.

## 5. EFICACIA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INFORMALES

A la hora de determinar la eficacia de estos acuerdos, la jurisprudencia alcanza habitualmente esta doble conclusión:

- Estos acuerdos no tienen eficacia normativa, y sí eficacia contractual.
- Tienen eficacia general, esto es, son aplicables (como contratos) al colectivo de trabajadores afectados.

Veamos con más detenimiento como casa este doble nivel de eficacia jurídica.

### 5.1. Eficacia contractual y no normativa de estos acuerdos

Con carácter general, debe afirmarse que estos acuerdos informales tienen una eficacia sólo contractual, y no normativa. Comúnmente, no aspiran a ello, ni tienen la pretensión de ser convenios colectivos, ni por su contenido ni por su propia intención, en tanto que no tratan de tomar el papel de un convenio colectivo, sino únicamente de resolver cuestiones singulares –de mayor o menor complejidad- que surgen en una parcela y ámbito geográfico concreto de las relaciones laborales.

Por lo tanto, este carácter sólo contractual, no es algo que en definitiva pueda considerarse anómalo o siquiera frustrante para las partes, sino que resulta lógico y esperable para las mismas.

Ello, no obstante, la doctrina ha considerado en ocasiones que estos acuerdos, en tanto que libre conclusión del arreglo de voluntades entre empresarios y trabajadores, deben estar amparados en el art. 37 de la Constitución y, además con eficacia normativa, argumentando, en cierto modo, la unidad del derecho a la negociación colectiva, en sus muy distintas manifestaciones, por lo que también cabría apreciar en este caso tal eficacia[23].

---

se trata de pactos "estatutarios" (en cuanto a que tienen esa mención en el ET, naturalmente, no en cuanto a su equiparación a un convenio colectivo estatutario). No pueden, por lo tanto, equipararse los mismos a los acuerdos informales no mencionados, realmente atípicos por tanto, que aunque quedarían también amparados en el art. 37 CE, sin embargo no pueden considerarse de la misma naturaleza ni eficacia. En efecto, como se verá, la eficacia "normativa" sería predicable, a su juicio, de los acuerdos de empresa "típicos", pero no de estos últimos.

[23] Bejarano, pág. 6, entiende más adecuado sostener el carácter normativo de estos acuerdos defectivos, citando a Escudero y Goerlich en sus notas 37 y 38. En p. 8 menciona que cierta

La jurisprudencia que también ha concluido, con carácter general, estos acuerdos informales no tienen eficacia normativa. La razón comúnmente argüida al efecto es que están fuera del canal de producción que garantizaría ese estatus. Al no haberse alcanzado el previsto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, a la vista del art. 3.1.b) en relación al art. 82.3 ET, no puede considerarse como estatutario y por lo tanto carecería de eficacia normativa.

En este sentido opta por una clara jerarquización, por así decirlo, en la que el convenio colectivo estatutario sí tendría, naturalmente, eficacia normativa, pero los acuerdos informales, tendrían eficacia contractual. No sería, sin embargo, tan clara la eficacia que habría de predicarse de otros acuerdos con expresa mención y regulación legal, por escueta que ésta sea. Así, los acuerdos a propósito de una transmisión de empresa, o de fin de huelga o de los puramente defectivos de convenio, a los que la Ley da especial régimen y eficacia. ¿Deben realmente considerarse de eficacia meramente contractual?

Ahí sí que podemos encontrar importantes matices.

Así a favor de este carácter meramente contractual, ya con rotundidad se pronunciaba la Sentencia del TS de 20 de marzo de 1996 (Rec. 3350/1995), referida precisamente a unos acuerdos previos a la instrucción de un Expediente de Regulación de Empleo. Este acuerdo lo alcanzaron los representantes legales de los trabajadores (comité de empresa) con la dirección de la empresa. Tal acuerdo, al ser calificado por la Sentencia como "acuerdo informal" y "convenio impropio", se consideraba como "acuerdo informal *carente de eficacia normativa* o fuerza vinculante cualificadora de las normas jurídicas: que no crea derecho objetivo, sino que su eficacia es la contractual, como han declarado multitud de sentencias, aunque en la materia haya algo más que el simple marco de la teoría general de las obligaciones y contratos, pues se trata de un contrato de naturaleza colectiva negociado por la representación legal de los trabajadores".

Sin embargo, debe destacarse que el propio Tribunal Supremo, recientemente, aún de manera ocasional, ha expuesto sus objeciones al respecto. Al menos en lo que se refiere, estrictamente a los llamados acuerdos de empresa "defectivos": Así, en su Sentencia de 24/1/2013, donde afirma en su FJ Tercero: "… La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria ha atribuido a esos Acuerdos de Empresa naturaleza contractual y no normativa (a juicio de esta Sala hubiera sido preferible considerar que se integran como un *anexo al contenido*

doctrina judicial, citando la STC 58/1985, concluye el valor normativo de los convenios no estatutarios y pactos informales. Sin embargo, de la mencionada Sentencia no se deduce tal conclusión, toda vez que dirime un recurso de inconstitucionalidad en el que no se aborda la cuestión de los convenios o acuerdos informales.

*normativo del convenio* cuya laguna vienen a integrar, aplicable en el ámbito empresarial correspondiente), pero ello no obsta para que su eficacia –esto es: su fuerza vinculante, aunque no se le considere normativa sino contractual- sea general en el ámbito de la empresa…".

La calificación como contractual, que en todo caso parece incuestionable para el supuesto de acuerdos colectivos informales, conlleva que estos pactos se relacionen con los convenios colectivos estatutarios –así como con la propia Ley, en su caso- a través del principio de norma mínima: pueden mejorarla, adaptarla, pero no disponer nada directamente en contra de la misma, salvo que sea para mejorar condiciones de los trabajadores, siempre y cuando mejoren, pero no empeoren las condiciones de trabajo marcadas por ley o convenio[24]. Le reconocen, por lo tanto, desde esa perspectiva, plena fuerza de obligar a estos acuerdos dentro del ámbito para el que están concebidos.

Pero, como ya se anticipó en su momento, baste ahora reiterar que este carácter contractual y no normativo del convenio no perturba de manera relevante, en la práctica, su eficacia real como pacto, sobre todo a la vista de lo que se va a abordar a continuación: estamos ante acuerdos que, en todo caso, van a tener eficacia normativa.

### 5.2. Eficacia general

Existe consenso en afirmar que estos acuerdos, incluso informales, tienen eficacia general. Y ahí reside, acaso, la nota más relevante de los mismos.

En efecto, no hay controversia en admitir la eficacia general de los acuerdos informales en relación al ámbito en el que están llamados a ser de aplicación en el ámbito en el que están concebidos[25].

Para hallar ese ámbito exacto que entraría dentro de esa "eficacia general", basta determinar primero el universo de destinatarios del mismo, que por

---

[24] García Murcia, op. cit., pág. 204, habla por ello de una relación convenio-acuerdos de empresa de carácter "polifacético" atendiendo los distintos tipos de acuerdo existentes así como las distintas relaciones entre las instituciones reguladas en ambas sedes. Lo determinante, en todo caso, es que resulta atrevido, por no decir inviable, admitir sola regla para arbitrar las relaciones entre ambas.

[25] F. Elorza Guerrero, *Los Acuerdos de Empresa en el Estatuto de los Trabajadores,* Madrid (CES), 2000, pág., 283, admite que, a pesar de la tradicional observación de que los convenios y acuerdos extraestatutarios tienen eficacia personal limitada, sin embargo, la doctrina parece haberse decantado mayoritariamente por considerar a los acuerdos de empresa como acuerdos dotados de eficacia general. Cita al efecto a García Murcia, Escudero Rodríguez y Ojeda Avilés. J. Gorelli Hernández, *Los acuerdos de empresa…. cit*., pág. 106, considera indisociable la eficacia general de la normativa en relación a estos acuerdos, de los que considera (pág. 7) que, a pesar de no poder considerarse fuente del Derecho, sí pueden llegar a tener eficacia general "por distintas vías".

regla general es el colectivo de trabajadores integrados en un centro de trabajo concreto, o una parte definida del mismo. Es respecto de ese preciso colectivo respecto del que cabe predicar la eficacia general.

Una vez identificados, resulta suficiente para determinar esa eficacia general que sean puestos en relación con la identidad de los firmantes del acuerdo y determinar si, de acuerdo con el principio de correspondencia[26], los mismos se consideran representados.

Como normalmente esos acuerdos son suscritos por los comités de empresa, el silogismo para determinar su eficacia general es claro: Si lo suscribe un comité de empresa, entonces debe tener eficacia para ese centro de trabajo, puesto que los trabajadores de ese centro han elegido a los representantes que suscriben el acuerdo. Más aún, se admite que no sólo el comité, sino las secciones sindicales mayoritarias en el comité, puedan suscribir un acuerdo con igual eficacia general.

Esta es la posición indiscutiblemente adoptada por la jurisprudencia y desde luego no cuestionada por la doctrina, como pasamos ahora a ratificar.

En concreto, nos recuerda la Sentencia del TS de 18-5-2016[27] que ese carácter general es claramente compatible con la naturaleza contractual y no normativa de este tipo de acuerdos.

Reconociendo esta aceptación, habría sin embargo que cuestionar al menos si todo es efectivamente tan claro y si esa eficacia general es tan indiscutible también en el caso de la negociación informal.

En efecto, el punto de partida de estos acuerdos informales es que su objeto va más allá, en sentido estricto, de las competencias legalmente conferidas de modo expreso a los comités de empresa, o a las representaciones sindicales con mayoría en los mismos.

En efecto, cuando la ley otorga a los comités de empresa competencias específicas, en materia de negociación colectiva formal (Título III ET) o bien cuando establece otros conductos de negociación (arts. 40, 41, 44, 51…así, como el 22, 29 et. al. del Estatuto de los Trabajadores, o el 24 del RDLRT), la eficacia general viene de la ley misma. Es decir, tales acuerdos son aplicables al colectivo de trabajadores comprendido en el ámbito de representatividad del comité de empresa –o de la representación sindical acorde- precisamente porque la ley confiere a ese sujeto representativo tal capacidad de representar.

---

[26] Sobre el "principio de correspondencia", vd. STS de 18 de febrero de 2014, rec. 282/2014 y de 18 de febrero de 2015, rec. 93/2015). Así como de la AN, de 30 de junio de 2014 (proc. 80/2014).

[27] Rec. 150/2015. Ponente: Moralo Gallego.

Sin embargo, en el caso de los acuerdos informales no existe ese soporte normativo. La jurisprudencia no parece incidir en ese factor que, sin embargo, debe considerarse capital.

De hecho, la jurisprudencia defiende que el mecanismo electoral laboral sostiene la aplicación general al colectivo de trabajadores, sobre el mecanismo que otorga la representatividad de tipo electoral. Así, la Sentencia del TS de 24 de mayo de 2004 (rec. 1631/2003), que es vuelta a citar por la Sentencia del mismo tribunal de 18-5-2016 (rec. 150/2015), señala que este tipo de pacto puede:

> *"... tener una eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación laboral, como ocurre en los acuerdos que acaban de citarse, en los que los representantes de los trabajadores –en la doble vía de la representación unitaria o de la sindical- adoptan compromisos que vinculan a los trabajadores afectados".*

En efecto, la asignación a los representantes de personal de una capacidad negocial amplia, prácticamente ilimitada en relación a los derechos laborales de sus representados a través del mecanismo electoral derivado de las elecciones a representantes de personal merece una reflexión más detenida. Incluso desde la perspectiva del respeto a la legalidad y a las justas expectativas del votante de esos representantes unitarios: se eligen, como no puede ser de otro modo, esperando que cumplan las funciones que la legislación les otorga, que incluyen la negociación colectiva y la expresamente reconocida en la ley. El dar el paso más allá de entender que pueden ampliar su ámbito, y acordar –con igual efecto de eficacia general- materias para las que la ley no los habilita expresamente, es algo que ya es mucho más discutible.

Así, igualmente, la Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2015[28] establece que no tiene cabida un acuerdo adoptado sólo por la minoría del comité de empresa, ni siquiera con la ratificación posterior de la asamblea de trabajadores. Tampoco, si se pretende con él suscribir un acuerdo informal. Es decir, la "informalidad" del pacto no puede ser un refugio para eludir las reglas básicas del principio de "correspondencia" inherente a la negociación y, en definitiva, de reglas básicas de la legitimación de los contratos. De lo contrario, esto es, de suscribirse un acuerdo en ausencia de tales reglas, podríamos estar ante un acuerdo *ultra vires* e incluso, según las circunstancias del caso, estaríamos incluso ante un acuerdo nulo y por tanto ineficaz.

Tal eficacia estaría basada, en última instancia, en una interpretación de la proclamación constitucional de la "fuerza vinculante de los convenios entre

[28] Rec. 308/2014. Ponente: Luelmo Millán.

los representantes de los trabajadores y los empresarios[29]". Lo que, por otro lado, no deja de plantear dudas, en especial las que se refieren a qué diferencias podemos hallar entonces entre los acuerdos colectivos de empresa mencionados en la ley y los puramente informales o, dicho de otro modo, cuál es la verdadera relevancia de estar citados a estos efectos en la ley.

## 6. ACUERDOS INFORMALES Y LIBERTAD SINDICAL

Dada la relevancia de estos acuerdos informales en la práctica diaria de las relaciones laborales en las empresas, uno de las cuestiones más relevantes que se dan, y que tienen correlativo reflejo en la jurisprudencia, se deriva de la eventual preterición de determinados sindicatos de estos acuerdos.

En efecto, cuando los actores de estos acuerdos no son los representantes de los comités de empresa, sino los representantes de los sindicatos presentes ¿qué sucede cuando se suscriben estos pactos informales, obviando la participación de los otros, sean o no imprescindibles para constituir mayoría? ¿Supone ello un quebranto de la libertad sindical?

La jurisprudencia ha entendido que es un área donde también debe verse respetada la libertad sindical, partiendo así de que ésta incluye el derecho no sólo a la negociación colectiva "estatutaria", sino también a la negociación colectiva informal. Lo cual, por otro lado, significa reconocer su enorme transcendencia.

Señalemos algunos supuestos recientes donde la jurisprudencia ha entendido que se ha transgredido la libertad sindical de algún sindicato.

En primer lugar, podemos citar la ya invocada Sentencia del TS de 18 de mayo de 2016 (Rec. 150/2015), en la que precisamente se contempla firma un "pacto de empresa" cuyo objeto es el de llevar a término la aplicación de una sentencia de conflicto colectivo que se sustanció ante la Audiencia Nacional. Ese conflicto se inició precisamente a instancias del sindicato CGT, si bien a su demanda se adhirieron los otros dos sindicatos con presencia del comité de empresa, UGT y CCOO. Se dicta sentencia favorable a los actores y se da la circunstancia de que, para determinar la aplicación de sus efectos se alcanza un "acuerdo de empresa", fruto de una reunión de la empresa con las secciones sindicales de los dos sindicatos mayoritarios con presencia en el comité (CCOO y UGT), pero eludiendo la sección sindical de CGT, al menos en la primera de las reuniones llevadas al efecto, que es donde se alcanza el acuerdo más relevante.

[29] Vid., Bejarano Hernández, *cit.,* p. 8.

El sindicato CGT (que, en todo caso era minoritario en el comité; es decir, los otros dos sindicatos unidos tenían suficiente quorum para alcanzar la mayoría absoluta con sus solos votos) entendió vulnerada su libertad sindical y así se lo reconoció el Tribunal Supremo.

Entendió la Sala que, cuando se trata de alcanzar acuerdos con eficacia general, que estén llamados a tener alcance para toda la plantilla, no pueden preterirse a las secciones sindicales minoritarias. Esa tesis es de aplicación también a estos supuestos de negociación informal, e incluso a las "…negociaciones previas, informales y preparatorias de la futura negociación". También "cuando estemos ante trámites no previstos expresamente en las leyes".

Invoca también la Sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (Rec. 130/2014), en tanto que concluye que no pueden omitirse, en tales circunstancias, a las secciones sindicales con representatividad.

Todo ello es algo que, en suma, ya conocíamos, siendo lo más llamativo el hecho de que se extiende la aplicación de esta doctrina sobre ámbito de la libertad sindical muy ampliamente, llegando a todos los distintos supuestos de negociación informal, siempre que de la misma se haya de derivar un acuerdo de eficacia general.

Todo ello conduce a la Sala a declarar, efectivamente, la existencia de lesión de la libertad sindical, con reconocimiento del pago resarcitorio que demandaba el sindicato. Si bien en esta sentencia concurre, además, una interesante curiosidad, como es la de que no se declara nulo el pacto en sí. Es cierto que la actora no lo solicitaba, pero también lo es que el tribunal no ve vicios en materia de legitimación que lo hubieran hecho insostenible. El pacto es viable, porque lo soporta el cálculo de mayorías que lo sustenta, pero no obstante se ha vulnerado la libertad sindical.

Similar conclusión se alcanza –en lo que se refiere a la existencia de lesión de la libertad sindical- en la ya comentada Sentencia del TS de 24 de enero de 2013.

En la misma se da una circunstancia análoga de lesión de la libertad sindical tratándose de un supuesto de negociación informal.

En el caso ahí tratado, se suscribió un acuerdo de empresa entre UGT y la empresa. El supuesto contemplado en esta resolución era peculiar. Se trataba, en principio de un Acuerdo Extraestatutario que puede considerarse como "clásico": Así, un sindicato – UGT- alcanza un acuerdo con el empresario que sólo se habría de tener vigencia para los afiliados al sindicato. Pero –y ahí radica el factor decisivo a estos efectos- también a los que voluntariamente se adhieran a tal pacto. Hasta ahí, nada particularmente llamativo, toda vez que este supuesto entraría en el canon de los acuerdos colectivos extraestatuta-

rios, en tanto que éstos admiten, como modelo más elemental e indiscutible, precisamente el que tiene lugar entre un empresario y un sindicato de modo que limita sus efectos a sus afiliados. Desde esa perspectiva, se trata de un acuerdo que se inserta en la básica libertad de negociación de los sindicatos, sin aspiraciones de eficacia general ni de eficacia normativa. Pero se daba la circunstancia, en este caso concreto, que este pacto extraestatutario estaba construido sobre un anterior acuerdo de empresa del que sí eran parte, frente al empresario, tanto la propia UGT como CCOO. Este nuevo pacto posterior, suscrito por UGT únicamente, al quedar abierto a la adhesión individual de los trabajadores que lo deseasen estaba llamado a tener, a juicio del Tribunal Supremo, una eficacia general que se alcanzaría, digámoslo así, de manera ilegítima, "por la puerta de atrás". Y ello, debido a que la lógica de los hechos –qué duda cabe que todos se adherirían "voluntariamente" en tanto que así se alcanzarían mejores condiciones laborales que de otro modo- llevaría de facto a una aplicación general del pacto, según entendió el Tribunal. Por ello, el efecto no sería otro que el de ser un pacto que por la vía de hecho habría alcanzado una eficacia general. Pero con el importante matiz en contra que el sujeto del pacto por la parte social no serían ya los dos sindicatos que alcanzaban la representatividad de los trabajadores, sino sólo uno de ellos. Adornaban estos hechos el hecho de que el sindicato preterido tenía mayoría absoluta de los miembros del comité de empresa (12 sobre 23), siendo así que, irónicamente, el acuerdo de eficacia general –en la práctica- se alcanzó con el segundo sindicato con mayor presencia en el comité -10 miembros, sobre 23- resultando por ello claro, a juicio del Tribunal, que no estábamos sino ante una maniobra para preterir a un sindicato que, para más gravedad, era el mayoritario.

Pues bien, la Sala, tras ese planteamiento, no pudo concluir otra cosa más que la lesión de la libertad sindical de CCOO, que habría sido preterido injustamente de un pacto que, con la apariencia de ser de eficacia limitada (en principio, limitada a los afiliados al sindicato en cuestión) sin embargo tenía como único efecto tangible el de marginarlo de la negociación. Todo ello constituía, pues, una suerte de artificio fraudulento en sí mismo lesivo de la libertad sindical de CCOO, lesión que no tuvo empacho en declarar el Tribunal de manera muy contundente, con el añadido de declaración de nulidad del pacto colectivo alcanzado.

¿Cuál es la conclusión más clara que, a nuestros efectos, podemos extraer de esta Sentencia? No puede ser otra que la de que se integra, dentro de la libertad sindical el derecho a la negociación colectiva… no sólo a la negociación colectiva "formal" o "estatutaria", sino también la informal. Es decir, el derecho a la negociación colectiva informal integra la libertad sindical. Y ello no es una conclusión menor.

También se declara lesión de la libertad sindical en un supuesto de negociación colectiva informal la Sentencia del TS de 22 de julio de 2015[30]. En este caso, la materia observada se refiere a una serie de negociaciones informales preparatorias de otras –ya más formales y regladas, que acabaron formalizándose ante el SIMA- en el marco del proceso de integración del grupo bancario Liberbank. La empresa se reunió con UGT y CCOO para alcanzar –al margen, por el momento, del procedimiento legal- un acuerdo de reestructuración; acuerdo que efectivamente se sancionó y fue publicitado abiertamente. No incluyeron en estas negociaciones –que el Tribunal entendió que eran las reales, dado que, a partir de ese momento, el encauzamiento del conflicto a través del SIMA iba a ser una pura plasmación o formalidad relativo a lo ya acordado- a los sindicatos demandantes, cuales eran el sindicato STC-CIC y el sindicato CSI. Entiende que tales sindicatos tenían legitimación para negociar, al concurrir en ellos los correspondientes requisitos de representatividad, de modo que el hecho no tratarse de una negociación formalmente orientada a pactar un convenio colectivo estatutario no era óbice para tal consideración.

Sin embargo, no siempre que un sindicato es preterido de una negociación puede apreciarse la existencia de lesión de la libertad sindical. Es lo que sucede en el supuesto que se contempla en la STS de 30/11/2010, ya citada. La situación fáctica que subyace a la posible lesión de libertad sindical en este caso merece ser resaltada: Se suscribe un "Acuerdo Marco de Excepcionalidad", en el que participan todos los sindicatos con representación en la empresa, a través de sus secciones sindicales. Sin embargo, no todos los sindicatos lo firman. Tres sindicatos con representación minoritaria -CGT, ELA y SK- no lo hacen, si bien sí participaron en las correspondientes reuniones de negociación. Se crea, a partir de este acuerdo, una "Comisión de seguimiento y vigilancia", con amplias potestades, que viene a estar compuesta, en la parte social, exclusivamente por los miembros de los sindicatos que sí firmaron el acuerdo. ¿Significa su exclusión de este órgano (que, en efecto, aunque no fuese fuente de "acuerdos colectivos" en sentido estricto, sí estaba llamado a implementar el anterior acuerdo informal a través de continua negociación), una lesión de la libertad sindical de los sindicatos excluidos?

La respuesta, para la Sala, es negativa. Nos recuerda que resulta de aplicación la línea jurisprudencial, corroborada por el Tribunal constitucional, de que "La exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó ni asumió después por adhesión, puede llegar a constituir lesión del derecho de libertad sindical, si ello implica un desconocimiento, o al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva. Esta limitación inconstitucional del derecho del sindicato a participar en una comisión deter-

[30] Rec. 130/2014. Ponente: Sempere Navarro.

minada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiendo por tal la capacidad de establecer modificaciones al convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo…"

Por lo tanto, no puede apreciarse lesión de la libertad sindical de los sindicatos excluidos. La misma –ello es importante de destacar- no se produce, pues, con la exclusión de algún sindicato de determinado elemento de aplicación, interpretación o seguimiento de un acuerdo, sino sólo cuando se le priva de su capacidad de negociar "acuerdos" nuevos o modificatorios de otros, siempre que tenga capacidad para negociar.

## 7. ACUERDOS INFORMALES Y RELACIÓN CON LAS RESTANTES FUENTES DE LA RELACIÓN LABORAL

Apuntemos por último algunas notas relativas a cómo opera la concurrencia de estos acuerdos con los convenios colectivos, dentro de las reglas generales de la regulación de la negociación colectiva.

En general, la jurisprudencia apunta a que estamos ante acuerdos que pueden completar, especificar y rellenar vacíos.

¿Los podría alterar en su contenido esencial? ¿Podría empeorar su contenido?

Resume la citada STS del 24 de enero de 2013, citando la de 21 de diciembre de 2009 (rec. 11/2009) –recordemos que se trata de la Sentencia que incluye a los acuerdos informales dentro de la categoría del "acuerdo de empresa"- que el acuerdo de empresa, con carácter general, es admisible "… siempre que se lleven a cabo con la representación unitaria de los trabajadores –o incluso con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los integrantes de dicha representación unitaria- y además con una funcionalidad muy amplia, que incluye las de "actualizar las disposiciones del convenio aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones *pero no modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo provincial durante su periodo de vigencia"*.

Entraría en la relación que tiene la Ley con los contratos con los convenios, básicamente regido por el principio de norma mínima[31].

[31] Así, García Murcia, op. cit., pág. 204, se refiere al carácter "polifacético" de esta relación, según ya se ha apuntado con anterioridad. S. Rodríguez Escanciano, "El acuerdo de empresa como cauce de flexibilidad interna: contenido y régimen jurídico", *Revista de Justicia Laboral*; n. 49/2012, pág. 41, incide en que los acuerdos de empresa informales, si bien no precisan de ninguna habilitación legal expresa, y su amparo directo en el art. 37.1 CE así como en

Algún autor[32] entiende por lo demás que en el supuesto de que estuviésemos ante un caso de pacto colectivo de eficacia limitada que se extendiera a otros por adhesión expresa o tácita, las condiciones establecidas vendrían a ser condiciones más beneficiosas adquiridas a título individual e incorporadas a los contratos individuales, por lo que su remoción sólo sería posible a través del acuerdo individual o por la vía del art. 41 ET.

## 8. CONCLUSIONES

Las consideraciones anteriormente expuestas, nos permiten llegar a una serie de conclusiones que pueden resultar interesantes:

- La primera es que el fenómeno de la negociación colectiva informal en la empresa no sólo es un fenómeno muy extendido actualmente –más de lo que pudiera parecer- sino que es un fenómeno antiguo. Preexiste, de hecho, a la negociación formal o estatutaria, y es esperable que, por sus características intrínsecas y por las funciones que cubre, perdure en el futuro.
- La negociación colectiva informal surge como una respuesta a la necesidad de encontrar un rápido y eficaz ajuste de intereses controvertidos entre empresarios y trabajadores. La complejidad de los procesos reglados de negociación, y también la inviabilidad jurídica de seguirlos en distintas ocasiones, hacen que los acuerdos informales resulten una alternativa atractiva cuya eficacia se fundamenta, por lo general, en un espontáneo entendimiento del "*pacta sunt servanda"*.
- Los acuerdos adoptados a nivel de empresa pueden distinguirse en dos grandes grupos: los sí contemplados en la ley –a pesar de que en todo caso carecen con carácter general de una regulación como tal, y se limitan a ser enunciados por el Estatuto de los Trabajadores o, excepcionalmente otra norma, como el DLRT de 1977- y aquellos genuinamente "informales"; esto es, los que carecen de cualquier mención expresa en una norma jurídica. Un vasto lugar intermedio es ocupado por los acuerdos que surgen a partir del art. 64.6 ET, en tanto que tal precepto, a propósito de los deberes de información y consulta del empresario respecto del comité de empresa llama a "alcanzar un acuerdo" a propósito de los temas consultados. Se abre así un campo

los artículos 4.1.c) y 82 ET, "su contenido tiene que respetar el convenio colectivo aplicable y no modificar en ningún caso su clausulado.; Bejarano Martín, *cit.*, entiende que la concurrencia con un convenio colectivo estatutario, debe ser abordada de conformidad con el principio de norma más favorable (art. 3.3. ET). (Citando a Ojeda Avilés). Al, n. 49/2012, P. 8.

[32] Bejarano Martín, *cit.,* : p. 9:

vastísimo para negociación y consecución de acuerdos en las más distintas materias.

Los acuerdos informales se pueden referir a las más distintas materias. La jurisprudencia y doctrina judicial que se puede examinar indica que se refieren fundamentalmente a cuestiones como retribución jornada, prevención y aplicación concretas de normas derivadas de la negociación colectiva e incluso de sentencias derivadas de procedimientos judiciales de conflicto colectivo.

En cuanto a la naturaleza de estos acuerdos informales, la jurisprudencia del TS ha optado por equipararlos a los "acuerdos de empresa" tipificados en el Estatuto de los Trabajadores. La doctrina es vacilante en relación a este tema y se encuentra dividida. No obstante, el TS, en recientes decisiones, ha realizado esta equiparación, entendiendo que la expresa mención en la ley no resulta esencial al respecto. Principalmente cuando esa mención legal no se traduce en una regulación específica de estos acuerdos. También se apunta la posibilidad de reconducir tales acuerdos a los de "solución de conflictos colectivos" mencionados en el DLRT, en tanto que los mismos hayan servido para poner fin a un conflicto; no siendo esencial que el mismo se haya manifestado de una manera específica ni sometido a una concreta formalidad.

Estos acuerdos tienen, desde luego, eficacia contractual, no normativa. Así lo ha constatado con toda rotundidad la jurisprudencia.

Pero tienen también eficacia general, dentro del limitado ámbito en el que están llamados a tener efectos.

Dada la naturaleza de estos acuerdos, el quedar amparados en la Constitución y dados los efectos de los mismos, se puede considerar que integran el derecho a la libertad sindical, en su vertiente de derecho (de los sindicatos) a la negociación colectiva.

Por último, apuntemos que estos acuerdos informales quedarían incluidos en el sistema de fuentes de la relación laboral. Su relación con los convenios colectivos estatutarios –así como con las normas estatales- queda, predominantemente, sometido al principio de "norma mínima". Puede mejorar, y no empeorar lo establecido en aquellas normas.

# CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL NUEVO CONTEXTO LABORAL: LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

*Prof. TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Almería

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. AVANCE DE PROPÓSITOS Y METODOLOGÍA
2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA RESULTADO DE LAS REFORMAS DE 2010, 2011 Y 2012
3. CONVENIO COLECTIVO Y PRECARIEDAD SALARIAL:
   - 3.1. DERIVAS SALARIALES NEGATIVAS
   - 3.2. DESIGUALDAD RETRIBUTIVA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. APROVECHAMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS FLEXIBILIZADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:
   - 4.1. POTENCIACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA Y RETRIBUCIÓN
   - 4.2. FIN DE LA ULTRAACTIVIDAD COMO CAUSA DE PRECARIEDAD SALARIAL
   - 4.3. INAPLICACIONES DEL CONVENIO COLECTIVO PREVIAMENTE PACTADO Y RETRIBUCIÓN
5. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA SALARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:
   - 5.1. ESTRUCTURA SALARIAL
   - 5.2. COMPLEMENTOS SALARIALES VARIABLES
   - 5.3. CLÁUSULAS DE REVALORIZACIÓN Y SALVAGUARDA SALARIAL
   - 5.4. ACUERDO INDIVIDUAL DE SALARIO FLEXIBLE
   - 5.5. COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN. AVANCE DE PROPÓSITOS Y METODOLOGÍA

El estudio de los convenios colectivos aprobados tras las radicales reformas de comienzos de la actual década ha concitado un considerable interés doctrinal. Las novedades implementadas generaban la incertidumbre de cómo se iba a adaptar nuestro sistema de negociación colectiva a las fuertes pretensiones que el legislador puso en la reforma de éste a los efectos de reaccionar ante la crisis financiera que las justificó. Por ello, para no reiterar dichos estudios, nuestra pretensión ha sido la de circunscribir este análisis a unos fines claramente prefijados. En concreto, nuestro estudio tomará como objetivos fundamentales los siguientes: procurar determinar, a través del análisis de la negociación colectiva más reciente, las causas por las que el salario de los trabajadores en España se ha visto tan drásticamente reducido en la última década; así como intentar descubrir las razones por las que la brecha salarial entre distintos colectivos de trabajadores se ha incrementado; y, por último, intentar desentrañar el origen de la cada vez mayor deriva entre las retribuciones pactadas convencionalmente y las efectivamente cobradas por los trabajadores.

Con estos objetivos presentes, procederemos al análisis de una muestra de convenios colectivos seleccionados entre los sectores de mayor empleo en Andalucía, esto es, Construcción, Hostelería y Comercio. La selección de los convenios colectivos analizados se ha llevado a cabo por motivos cronológicos, eligiendo aquellos que son más recientes. De este modo, nos aseguramos de que dichos convenios hayan podido incorporar las novedades legislativas de comienzos de la década. Asimismo, hemos seleccionado una muestra de convenios sectoriales y de empresa con carácter previo para evitar que un espigueo de convenios no seleccionados previamente nos lleve a obtener unas conclusiones condicionadas por el previo objetivo de la búsqueda[1].

A pesar de que en Andalucía los trabajadores están generalmente cubiertos por los convenios colectivos de sector provincial o estatal, en el examen de los convenios colectivos realizado a continuación mostraremos especial atención a los convenios colectivos de empresa de los sectores seleccionados. Tal sistemática obedece al hecho de que dichos porcentajes pueden ser fácilmente revertidos en el futuro a los efectos de la determinación de importantes aspectos relativos al salario. Por ello, la detección de las líneas de tendencia de la actual negociación de empresa, nos puede permitir deducir el grado de intervención en el proceso de precarización del nivel empresarial. No hemos encontrado, y por ello no hemos podido seleccionar, ningún convenio colectivo sectorial autonómico en nuestra Comunidad Autónoma

[1] En total, hemos analizados 8 convenios colectivos sectoriales nacionales, 35 convenios sectoriales provinciales y 101 convenios colectivos de empresa.

en alguno de los tres sectores elegidos, y ello a pesar del intento de potenciar su existencia a través de las atribuciones concedidas en el art. 84.3 ET. Por último, la selección de los convenios sectoriales provinciales y los convenios de empresa ha pretendido buscar un equilibrio numérico en la representación de las ocho provincias de Andalucía.

Con estas herramientas, llevaremos a cabo el objetivo anteriormente enunciado, esto es, determinar la significación que la negociación colectiva diseñada tras el comienzo de la década ha ostentado en el progresivo deterioro de las condiciones de trabajo en Andalucía. Con esta pretensión, analizaremos, en primer lugar, tras describir los fenómenos anteriormente enunciados, el impacto de tales reformas en la estructura de nuestra negociación colectiva y el posible paso a un primer plano del convenio colectivo de empresa. En segundo lugar, nos detendremos en analizar las cláusulas convencionales relativas a cuestiones como la significación de la nueva regulación de la ultraactividad o la inaplicación de los convenios colectivos durante su vigencia. Por último, habremos de comprobar la evolución negocial en la regulación de los aspectos más significativos de la estructura del salario.

## 2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA RESULTADO DE LAS REFORMAS DE 2010, 2011 Y 2012

Las reformas de marcado carácter liberal que tuvieron lugar a comienzos de la actual década continuaban con la tendencia de las anteriores modificaciones del Estatuto de los Trabajadores en lo que se refiere a los instrumentos utilizados para la consecución de sus objetivos. Por una parte, se trataba de reformas de fuerte contenido heterónomo en la búsqueda de la configuración de las líneas básicas perseguidas por la misma. A su vez, se llevaba a cabo la atribución a la negociación colectiva de la misión de contribuir al proceso de flexibilización de las condiciones de trabajo, profundizando así una tendencia iniciada tiempo atrás[2].

No debe olvidarse que el incremento de la importancia de la negociación colectiva en la década de los noventa se produce con el objeto de posibilitar un aumento de la flexibilidad laboral[3]. Esta orientación responde a una clara intención político-ideológica. En este sentido, Gérard Lyon-Caen, a la hora de analizar el Derecho del Trabajo resultante de la potenciación de la

[2] Véase, ampliamente, Ruiz Castillo, M.M. y Escribano Gutitérrez, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013.

[3] Cfr. Valdés Dal-Ré, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social,* Madrid, MTSS, 1994, p. 51.

negociación colectiva y el retroceso de la Ley, calificaba abiertamente nuestra disciplina como «Derecho neo-liberal»[4]. Una vez ampliados los contenidos de la negociación colectiva como consecuencia de la retirada de las fuentes heterónomas en cuanto reguladoras directas de importantes aspectos de las relaciones laborales, se necesita flexibilizar los procedimientos de aprobación y modificación de los convenios colectivos a los que se les encomendaba tan importantes funciones. Y eso queda asegurado de forma heterónoma, por imposición legislativa, en aspectos absolutamente fundamentales tanto en lo relativo al derecho individual del trabajo, como en lo que concierne a la negociación colectiva. La Ley se retira y deja paso a la negociación colectiva, pero no sin asegurarse que el debilitamiento de la negociación asegure, a su vez, los fines flexibilizadores que pretende, sin que se la pueda culpabilizar directamente del deterioro del estatus del trabajador.

En concreto, tal objetivo se pretendió conseguir en las últimas reformas laborales a través de una serie previsiones que, en aquel momento, generaron una considerable literatura doctrinal. En concreto, se alteró significativamente la legitimidad y la estructura negocial, la eficacia del convenio colectivo, la duración del mismo, etc. Especialmente significativas fueron, a este respecto, la atribución de una prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa, la posibilidad contemplada en el art. 82.3 ET para llevar a cabo inaplicaciones del convenio colectivo vigente incluso por sujetos no legitimados para la negociación del convenio que se pretende inaplicar –o no legitimados en absoluto para la negociación- y la posible supresión de la ultraactividad convencional tras el transcurso de un año desde la denuncia del convenio colectivo.

Todas estas medidas tenían un común objetivo que no era otro que el de permitir una rebaja del precio de la fuerza de trabajo[5]. En concreto, en lo que aquí ahora interesa, el salario se incluyó entre las condiciones de trabajo que podían someterse a los nuevos procedimientos de flexibilización de la negociación colectiva.

[4] Efectivamente, este autor afirma expresamente que «el Derecho del Trabajo francés es un derecho neo-liberal. Su piedra angular se encuentra en la libertad del trabajo. Los salarios son negociables libremente por los interlocutores social y en caso de conflicto el Estado apenas interviene» (*Droit du Travail,* París, Dalloz, 17ª edición, 1994, p. 37).

[5] Llegan a esta conclusión, entre otros muchos, García Quiñones, J.C., «El régimen jurídico de la retribución en el ordenamiento español: herencias y tendencias», *R.L.*, nº 1, 2013; Llompart Bennàsar, M., «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *T.L.*, nº 122, 2013; Roldán Martínez, A., «El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios», en Escudero Rodríguez, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012.

Un análisis de la evolución de dicho coste evidencia que los niveles salariales se han reducido desde el inicio de la década de manera constante. En concreto, según se desprende del estudio elaborado por CC.OO. en marzo de 2015, en nuestro país en el año 2013 existían 1,4 millones de trabajadores por cuenta ajena que recibían una retribución anual de menos de 5000 €. Es más, 4,2 millones de trabajadores, el 30 % del total, tienen una nómina mensual que no alcanza los 950 € brutos. Esta situación es consecuencia del progresivo empobrecimiento de los sectores más precarios, de manera que, en los tres años precedentes al estudio, éstos han perdido 1 de cada 4 € de su salario real[6].

Estos datos podrían, en primera instancia, atribuirse a la progresiva implementación de los mecanismos anteriormente enunciados. Sin embargo, como a continuación detallaremos, los estudios realizados al respecto han evidenciado que no siempre existe una relación directa entre la reducción de dicho coste y el incremento de la negociación colectiva de empresa, las inaplicaciones convencionales o el fin de la ultraactividad. Así, por ejemplo, a pesar de que en nuestra Comunidad Autónoma la gran mayoría de los convenios colectivos corresponden al ámbito funcional negociador de nivel de empresa (84,9 % del total) frente al que suponen los convenios colectivos de ámbito superior (15,1 %), son pocos los trabajadores y empresas cubiertos por los convenios colectivos de empresa. En concreto, los convenios de sector afectan al 94,34 % de los trabajadores y al 99,7 % de las empresas bajo cobertura de convenios vigentes[7], idénticos datos se reproducen para el contexto nacional en las Estadísticas del Ministerio de Empleo más abajo citadas.

Tampoco aclara en exceso esta situación los datos elaborados sobre inaplicaciones de convenios colectivos. Desde la aprobación del nuevo régimen jurídico aplicable, salvo los años 2013 y 2014 en los que el número total de inaplicaciones superó los 2000 convenios colectivos, el resto de los años no alcanzaron la cifra de 1500 convenios. Estos datos se ven ratificados por el hecho de que dichas inaplicaciones afectaron a un reducido número de trabajadores que, salvo en el año 2013 (en el que fueron 159.550 los trabajadores afectados), oscilaron entre los 66.203 trabajadores afectados de 2014 y los 32.064 del año 2016.[8]

---

[6] Lago Peñas, M., «Análisis gráfico de la pobreza y la desigualdad salarial», Cuadernos de acción sindical de CCOO, 2015, pp. 7-8. Sobre el fenómeno de los trabajadores pobres, véase: Calvo Gallego, F.J. y Gómez-Álvarez Díaz, M.R., *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: El impacto de las últimas reformas legales,* Laborum, Murcia, 2017.

[7] *Memoria del CARL 2016*, Junta de Andalucía, p. 19.

[8] *Estadísticas de Convenios colectivos de Trabajo. Septiembre 2017,* Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

De igual modo, tampoco nos ayuda a comprender tal situación la temida pérdida de eficacia de los convenios colectivos tras el trascurso de un año en situación de ultraactividad. En concreto, nos referimos al hecho constatado por nosotros en virtud del cual son excepcionales los convenios que, por falta de previsión al respecto, permiten que concurra tal circunstancia, puesto que, como más adelante precisaremos, casi todos los convenios consultados incluyen previsiones de mantenimiento de la vigencia del convenio más allá del fin del período legal de ultraactividad.

## 3. CONVENIO COLECTIVO Y PRECARIEDAD SALARIAL

### 3.1. Derivas salariales negativas

Una de las cuestiones que, a priori, pueden parecer más sorprendente en el análisis de las partidas cuantitativas de la más reciente negociación colectiva –razón por la no detendremos en primer lugar en su descripción- se encuentra en el hecho de que, incluso en los peores años de la crisis económica, se negociaron o mantuvieron en vigor importantes subidas salariales. Por el contrario, este hecho contrasta con los datos estadísticos que muestran una sensible reducción salarial media en nuestro país en esos mismos años. El fenómeno de las «derivas salariales negativas» ha sido detectado desde hace décadas[9] y carece de una fácil explicación al margen de atribuirlo al simple incumplimiento del mandato constitucional del art. 37 CE por parte de la empresa.

Desde del comienzo de la crisis financiera, los salarios convencionalmente previstos no han dejado de experimentar incrementos medios constantes, como se desprende de la Estadística de Convenio colectivos de trabajo elaborado por el Ministerio de Empleo[10]. Así, podemos comprobar que dichos incrementos salariales han oscilado desde la subida salarial del año 2009 en el que los salarios convencionales se revalorizaron un 2,24 % hasta el año 2017 donde, en los meses transcurridos hasta hoy, lo han hecho en un 1,40 %. Es más, los años de menores subidas convencionales medias fueron los comprendidos entre 2012 y 2014 en los que la subida no superó el 0,60 %. Por el contrario, los datos de la Encuesta Anual de Coste Laboral muestran como los salarios se han incremento por debajo de dicha media e, incluso, se han reducido. Así, por

[9] Fina Sanglas, L., González de Lena, F. y Pérez Infantes, J.I., *Negociación colectiva y salarios en España,* CES, Madrid, 2001, pp.154-155. Más recientemente, puede verse Gómez Rufián, L., «El crecimiento salarial fijado en la negociación colectiva y las "derivas salariales": revisión sectorial a la luz del nuevo "índice de precios del trabajo"», *Revista Información Laboral*, nº 1, 2017.

[10] *Estadística de Convenios colectivos de trabajo. Comentario de principales resultados. Septiembre 2017*, MESS, 2017.

ejemplo, en los dos últimos años, por centrarnos en los datos más próximos, el coste salarial medio se ha reducido en 1,1% en 2016 y en un 0,2 % en lo que va de año 2017. Todo ello a pesar de que la tasa de cobertura convencional supera el 94,6 % de las empresas y el 88,2 % de los trabajadores. Conforme a dichos datos, encontramos un continuo incremento de estas derivas o deslizamientos salariales, sobre todo, si las comparamos con los datos previos a la crisis económica[11]. La deriva se incrementa, además, si calculamos el salario medio del trabajador a través del indicador denominado como "Índice de precios del trabajo", a través del cual se consigue determinar la evolución del salario por trabajador intentando soslayar el "efecto composición"[12].

Estos datos son ratificados por el estudio de campo realizado aquí. En concreto, del análisis de los convenios colectivos de los tres sectores seleccionados, podemos extraer la conclusión de que casi ninguno de dichos convenios ha previsto una reducción de los niveles retributivos.

Es decir, a pesar de toda la grave situación económica atravesada desde el año 2007, en los convenios colectivos no se ha mostrado una clara opción de utilizar los procesos de negociación colectiva como instrumentos de gestión de la crisis, al menos en lo referido a la determinación de la cuantía salarial. En concreto, del total de los convenios analizados sólo hemos encontrado dos supuestos en los que se lleva a cabo una reducción salarial transitoria[13]. Por el contrario, son mayoritarios los convenios colectivos que introducen unas subidas salariales que, como consecuencia de la evolución del IPC, han supuesto un incremento del poder adquisitivo de los trabajadores incluidos en sus correspondientes ámbitos de aplicación. A pesar de lo dicho, sí es posible encontrar, aunque no son mayoritarios, convenios colectivos de empresa en los que no se menciona ningún mecanismo de revalorización salarial y que, con una evolución inflacionista del IPC, pueden implicar una reducción del poder adquisitivo de los salarios[14].

---

[11] CCNCC, *La negociación colectiva en España (2006, 2007, 2008),* 2009, p. 124.

[12] Véase, al respecto, Gómez Rufián, L., «Estimación del salario por trabajador según el "índice de precios del trabajo", *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2017, pp. 237-277.

[13] CC Empresa Sucesores de Manuel Ruiz García, S.L., (BOP Cádiz de 21 de febrero 2014) y CC Empresa Alain Affflelou España, SAU (Resolución de 25 de abril de 2013, BOE de 10 de mayo); CC Negocios de Restauración Sur (BOP Córdoba, 16 de septiembre de 2015).

[14] Véanse, a título de ejemplos, los CC Grupo empresarial Innovasur, S.L. (BOP Córdoba 5 de julio de 2016); CC de la empresa Rosario Fátima Duque Aguilar (Modas Duque) (BOP Cádiz13 de agosto de 2014); Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa Pepsico Foods AIE, (BOP Granada 11 de febrero de 2015); CC de trabajo de las empresas Gibtelenergy S.L. (BOP Cádiz 14 de abril de 2016); Convenio o Acuerdo: Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4 de mayo de 2016).

Por tanto, habrá de hacerse un mayor esfuerzo a la hora de descubrir las razones de dichas derivas salariales negativas. De entre las posibles explicaciones de las mismas, podríamos deducir las siguientes[15]:

a) Alteración de la estructura salarial. Se implementan subidas salariales aplicables al salario base, pero, al mismo tiempo, se eliminan o reducen los complementos salariales, dando un mayor protagonismo a complementos variables generalmente ligados a la productividad[16].

b) Proliferación de mecanismos convencionales que permiten desigualdades salariales que impiden el acceso al aumento salarial negociado de manera genérica a ciertos colectivos de trabajadores, normalmente, los trabajadores de nuevo acceso.

c) Prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa. Este mecanismo puede explicar una reducción de las subidas salariales en algunas empresas, pero no el deterioro salarial medio anteriormente expresado. En concreto, según los datos recogidos por el CARL, en los convenios colectivos vigentes en la actualidad en Andalucía, se detecta una subida salarial del 0,75 % en los convenios colectivos de empresa frente al más generoso 1,09 % de los convenios colectivos sectoriales. Sin embargo, esta diferencia salarial no puede estar en la base de la deriva apreciada en la Encuesta Anual de Coste Laboral, por cuanto que el 94,34 % de los trabajadores y el 99,7 % de las empresas están bajo la cobertura de los convenios de sector provincial (memoria del CARL 2016), cifras que a julio de 2017 se mantienen invariables (Memoria parcial julio 2017).

d) Supuestos de inaplicación de las partidas salariales. Es decir, se negocia unas subidas que, posteriormente, se terminan no aplicando a nivel empresarial. Hipótesis que habrá de ser descartada a tenor de los datos de que disponemos sobre el número de inaplicaciones realizadas desde la aprobación de la actual redacción de nuestro Estatuto.

e) Aunque, obviamente, también podría buscarse su justificación en razones que trascienden el presente estudio. Simplemente por mencionarlo, podríamos traer a colación la brusca reducción del número de horas extras pagadas que ha pasado, según el INE, de más de 7 millones por trimestre en el período anterior a la crisis a poco más de 3 millones en el tercer

[15] Véase Pérez Infante, J.I., «La crisis económica, las reformas laborales y la negociación colectiva», *Revista de Economía Labora*l, nº 13 (2), 2016, p. 126.

[16] El VI CC general del sector de la construcción (Resolución de 21 de septiembre de 2017, BOE 26 de septiembre de 2017) reduce el porcentaje obligado de salario base del 75 al 60 %, potenciando el salario a rendimiento.

trimestre de 2017. La búsqueda de la razón de esta disminución excede nuestro estudio y nos remitimos al realizado en esta misma publicación por la profesora De la Flor. Del estudio de las cláusulas convencionales no se puede deducir una causa cierta de este fenómeno. A pesar de que se incluyen cláusulas genéricas sobre la necesaria supresión de las horas extras, son muy pocos los convenios en los que se incluye una prohibición al respecto[17]. Asimismo, son excepcionales los supuestos en los que se establece la compensación por descanso como obligatoria. Por el contrario, pensamos que la auténtica justificación de esta reducción se encuentra en la dificultad que para la constatación de la existencia de horas extraordinarias ostenta la enorme facilidad que el empresario tiene a la hora de llevar a cabo la distribución irregular de la jornada de trabajo ordinaria, así como los obstáculos jurisprudenciales en aras a dotar de efectividad la previsión contenida en el art. 35.5 ET[18]. Esta situación la pretenden solventar algunos de los convenios colectivos analizados incorporando la obligación del empresario de comunicación del número específico de horas realizadas cada mes[19].

f) Otros factores que también superan nuestro estudio son descritos por la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos en su estudio sobre la negociación colectiva en España en período anterior a la crisis (2006, 2007 y 2008). En concreto, junto a alguno de los supuestos enumerados por nosotros, destaca, entre las causas de la deriva o deslizamiento salarial, tanto la posible supresión de mejoras salariales establecidas en contratos de trabajo (a lo que nosotros añadiríamos en convenios colectivos extraestatutarios), como aquellos supuestos vinculados al denominado efecto composición. Como se sabe, se entiende por este la alteración del aumento salarial derivado del cambio de la estructura del empleo. Este cambio en la estructura de la ocupación está motivado, o bien por la movilidad de los trabajadores entre las distintas ramas productivas o categorías profesionales y entre contratos de carácter indefinido y temporal[20]. Aunque la significación de dicho efecto habrá de ser matizado a la luz de los estudios anteriormente citados[21].

[17] Este es el caso del CC del sector de la Industria de Hostelería para la provincia de Huelva (Resolución 2 de diciembre de 2014, BOE 22 de septiembre).

[18] Nos referimos a la STS 246/17, de 23 de marzo, sobre los registros de jornada efectiva.

[19] Véanse, por ejemplo, los CC provinciales del sector de la Hostelería de las provincias de Córdoba (BOP Córdoba, 12 de septiembre de 2017) y Granada (BOP Granada 29 de octubre de 2012).

[20] Véase CCNCC, *La negociación colectiva en España (2006, 2007, 2008, cit,* p. 119.

[21] Véase bibliografía citada en la nota 12.

### 3.2. Desigualdad retributiva en la negociación colectiva

Una de las cuestiones de obligado análisis en todo estudio de la realidad convencional se encuentra en la necesidad de determinar si la misma sigue conteniendo las persistentes desigualdades retributivas y si éstas pueden explicar la existencia de derivas salariales negativas. Como se sabe, en nuestros convenios colectivos se han detectado de manera recurrente diversas fórmulas que han permitido la diferenciación salarial de los trabajadores de las diferentes unidades de negociación. El análisis de esta cuestión encuentra, además, una justificación adicional reciente. En concreto, una de las consecuencias más ostensibles de las reformas más recientes ha sido un incremento en la desigualdad salarial de los trabajadores, por lo que habremos de comprobar si esta desigualdad encuentra su explicación en una regulación diferenciada de las condiciones salariales de los distintos trabajadores de la empresa o en factores ajenos a tal regulación, tales como la reducción de la jornada de trabajo media en las nuevas contrataciones[22].

Nuestra jurisprudencia constitucional se ha mostrado ambivalente en este tema. Por una parte, fue contundente a la hora de considerar discriminatorias aquellas dobles escalas fundamentadas en las características personales de los trabajadores, en especial, las que venían motivadas por el género de los mismos. Sin embargo, no la ha sido tanto en lo referente a las diferenciaciones retributivas vinculadas a otras características concurrentes como, por ejemplo, las referidas a la fecha de incorporación de los trabajadores a la empresa.

Como se sabe, la viabilidad constitucional de este tipo de cláusulas ha sido condicionada por nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional al hecho de que se encuentre objetivamente justificadas en una finalidad de carácter superior que permita superar el juicio de proporcionalidad exigido por nuestro Tribunal Constitucional[23]. Este juicio de proporcionalidad exigiría que las diferencias retributivas estuvieran justificadas en circunstancias tales como la creación de empleo en la empresa, la conversión de contratos temporales en indefinidos o la viabilidad empresarial de la misma. Por otra parte, como también mantuvo nuestro máximo intérprete de la Constitución, sólo son admisibles estas dobles escalas si se arbitran mecanismos de acceso de los trabajadores afectados a los niveles salariales superiores[24]. Por ello, en el análisis de los convenios colectivos seleccionados hemos de precisar dos cuestiones: en primer lugar,

[22] Puede verse una buena sistematización de los datos referentes a dicho aumento en Gómez Rufián, L., «La evolución de la desigualdad salarial en España según las características personales y jurídico-laborales de los trabajadores», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2017, p. 17.

[23] STCo 36/11, de 28 de marzo (F.J. 2º).

[24] STCo. 119/02, de 20 de mayo.

si son habituales dichas diferencias retributivas y, por otro, determinar si, en el caso de que se encuentren presentes, los negociadores han arbitrado dichos mecanismos de compensación. Sin embargo, podemos avanzar que del análisis de las cláusulas convencionales detectadas que implementan este tipo de diferencias en la negociación colectiva andaluza se deduce la falta de cuidado de los negociadores a la hora de justificar las mismas.

Del análisis de los convenios colectivos analizados podemos extraer la conclusión de que dichas diferenciaciones salariales siguen estando muy presentes en nuestra realidad convencional empresarial y no tanto en el nivel sectorial. Las mismas tienen muy diversas caracterizaciones. Básicamente, podemos sistematizar los mecanismos de diferenciación retributivas halladas en los convenios colectivos seleccionados como sigue:

a) No existe rastro de las dobles escalas salariales por razón de género, al menos de manera directa. La diferenciación salarial de género persiste no tanto por la existencia de estas cláusulas de nefasto recuerdo sino por las enormes diferencias salariales detectadas en virtud de las diferentes categorías profesionales y de la feminización del trabajo a tiempo parcial[25], así como en la atribución de complementos salariales muy por debajo del resto de las categorías profesionales para aquellas en las que las mujeres son mayoritariamente quienes las ocupan[26]

b) Sí hemos detectado diferencias salariales fundamentadas en la diferente fecha de ingreso en la empresa. Las fórmulas utilizadas por los convenios analizados son muy variadas:

   - Creación de niveles salariales de ingreso[27] o referidos, en ocasiones, a la edad del trabajador[28].

   - Períodos de carencia muy dilatados para acceder al disfrute de determinados complementos salariales[29]. Esta circunstancia, unida al incremento de la temporalidad y la consiguiente rotación de trabajadores,

[25] La diferencia del coste salarial total por hora trabajada en el marco de un contrato a tiempo completo y uno a tiempo parcial ha pasado de 3,85 € en el año 2008 a 5,12 en el segundo trimestre de 2017. Datos elaborados a partir de las estadísticas del INE.

[26] Conforme se describe en el Informe de UGT sobre brecha salarial de género, la diferencia retributiva en complementos salariales alcanza el 30,44% (*La falta de políticas de igualdad de empleo incrementa la brecha salarial*, 2017).

[27] CC del comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y sus accesorios (BOP Sevilla, 21 de octubre de 2015); Nuevas Iniciativas Sociales (BOP Cádiz, 31 de julio de 2017); VIII Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, S.A (26 de mayo de 2014. BOE de 6 de junio de 2014).

[28] Así, por ejemplo, la creación de la figura del empleado polivalente junior (CC KFC Restaurants Spain, S.L. Resolución de 27 de mayo de 2014. BOE 6 de junio).

[29] Véase, por ejemplo, el CC VG Cathering de arte (BOP Sevilla 20 de mayo 2016).

implica la práctica exclusión de estos complementos a buena parte de la plantilla. Incluso, se pueden detectar convenios colectivos en los que, junto al cumplimiento de un período de carencia, el trabajador se habrá de someter a una evaluación empresarial para poder alcanzar el nivel salarial de los trabajadores más antiguos de la empresa[30].

- Creación de un complemento por antigüedad de enormes horquillas[31].

- Exclusión de complementos respecto de los trabajadores de nuevo ingreso[32]. Los supuestos más habituales corresponden a la eliminación del plus de antigüedad, manteniéndolo sólo respecto a los trabajadores en activo en el momento en el que se acordó su eliminación[33]. Incluso son detectables exclusiones respecto de los complementos relacionados con objetivos de consecución colectiva en la que también participan los trabajadores excluidos como, por ejemplo, el plus de productividad[34] o los incentivos por resultados[35].

- Creación o mantenimiento de categorías profesionales sin justificación objetiva con la única finalidad de aplicarles unos menores niveles salariales[36].

- Es de advertir que también son habituales cláusulas convencionales que reconocen garantías *ad personam*[37]. En especial, son habituales este tipo de cláusulas en favor de los trabajadores vinculados a la empresa con

[30] CC Plataforma Comercial de Retail SAU (BOP Córdoba 4 de julio de 2017).

[31] Así, por ejemplo, en el CC Sociedad Española de Instalaciones de Redes Telefónicas SAU (Resolución de 14 de junio de 2017, BOE 29 de junio) este complemento va desde un 2,5 % tras los 3 primeros años en la empresa hasta un 25 % cuando se superen los 25 años.

[32] En el caso del CC Enercon Windenergy Spain, S.L. (Resolución de 19 de enero de 2016. BOE de 2 de febrero) se aumenta el salario un 12,5 % tras la permanencia en la empresa durante un año y medio.

[33] En el caso de la Construcción tras el Acuerdo Sectorial Nacional de la Construcción de 6 de noviembre de 1996 (BOE de 21 de noviembre). Véase, además, CC Mercasevilla (BOP Sevilla 29 de marzo de 2017); II CC de Supersol, Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (Resolución de 23 de diciembre 2014, BOE 12 de enero).

[34] CC Electra condense, Romero Abreu Hnos, SL (BOP Cádiz 31 de mayo de 2017). En este CC la atribución de las cuantías referentes al plus de productividad a los nuevos trabajadores queda al arbitrio de la empresa.

[35] CC Hotel Marbella Club SA (BOP Málaga de 19 de noviembre de 2014); CC Hostelería Córdoba (BOP Córdoba 12 de septiembre de 2017).

[36] Art. 14 CC Hostelería Cádiz (BOP Cádiz de 11 de agosto de 2017).

[37] Véase, por ejemplo, CC Bofrost SAU (Resolución de 28 de enero de 2015. BOE de 10 de febrero); CC Cash Converters y sociedades vinculadas (Resolución de 11 de abril de 2017. BOE 27 de abril); CC Alimentación de Huelva (BOP Huelva, 15 de octubre de 2013); CC Hostelería de Huelva (BOP de 22 de septiembre de 2014).

anterioridad a la aprobación del nuevo convenio[38]. Incluso se detectan supuestos en los que se reconoce el mantenimiento de la totalidad de la regulación convencional anterior que se viene a sustituir. Especialmente significativo es, a este respecto, el supuesto del mantenimiento como *ad personam* de los complementos de antigüedad consolidados con anterioridad a los acuerdos de supresión de los mismos a nivel sectorial, como es el caso del sector de Hostelería[39]. Como se sabe, el Tribunal Supremo ha admitido en numerosas ocasiones este tipo de cláusulas sobre la base del reconocimiento de una expectativa de derechos de aquellos trabajadores contratados con anterioridad a la supresión de la condición que se pretende mantener. Dado que los nuevos trabajadores carecen de dicha expectativa, el mantenimiento en favor de unos y su supresión para el resto no es discriminatoria a juicio de la interpretación de este Tribunal[40].

c) No hemos hallado ningún convenio colectivo en el que se introduzcan compensaciones salariales al perjuicio que supone para los trabajadores estar vinculados con modalidades contractuales más precarias. Además, la inexistencia en los convenios analizados de ajustes de equivalencia entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial hace prácticamente imposible a dichos trabajadores la adquisición de ciertos complementos variables. Esta circunstancia podría explicar, como detallamos anteriormente, el progresivo aumento de las diferencias en el coste salarial total por hora de ambos colectivos de trabajadores[41].

Así pues, podemos afirmar que los convenios colectivos de los sectores analizados introducen de una manera bastante generalizada unas diferenciaciones retributivas a través de los múltiples procedimientos enumerados. No obstante, no encontramos ningún caso en el que dicho tratamiento diferenciado se vea acompañado de referencia a alguna a las circunstancias que, a juicio del Tribunal Constitucional, podrían justificar el doble tratamiento salarial[42]. Desde nuestro punto de vista, la mayor parte de dichas cláusulas no salvarían el juicio de constitucionalidad, sobre todo tras

[38] CC Empresa cooperativa Farmaceútica Andaluza (Resolución de 22 de octubre de 2014. BOJA 29 de octubre).

[39] CC del Comercio General de Córdoba (BOP Córdoba 21 de marzo de 2013);

[40] Al respecto véase las SSTS de 16 de enero de 2006 (Rec. 213/04); 5 de mayo de 2007 (187/04); 19 de enero de 2010 (Rec. 50/09); y 10 de noviembre de 2010 (Rec. 140/09); 15 de octubre de 2015 (166/15).

[41] Véase nota 25.

[42] Así, por ejemplo, en la STCo. 27/04, de 4 de mayo. Véase un comentario a la misma en Escribano Gutiérrez, J., «El derecho a la igualdad en el marco de la negociación colectiva», *T.L.,* nº 77, 2004, pp. 243-254.

la muy reciente interpretación del Tribunal Constitucional sobre este tipo de cláusulas (STCo. 112/2017, de 16 de octubre de 2017). En esta sentencia, el Alto intérprete de la Constitución incrementa el requisito de la justificación de las dobles escalas motivadas en la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa. En concreto, obliga a los negociadores a explicar de forma razonada el porqué de la introducción de una diferencia de trato entre unos trabajadores y otros, no bastando que «esa diferencia estuviera explicada, y justificada según el propio Tribunal Constitucional, en convenios anteriores, muy anteriores en el tiempo (el punto de referencia del conflicto data de 1995), sino que es necesario que se justifique el motivo del mantenimiento del tal regulación diferenciada en convenios posteriores, cuando pudieran haber cambiado sensiblemente las razones que indujeron a las partes firmantes del convenio a introducir aquella diferencia de trato»[43].

Como conclusión a este punto, podemos afirmar que la negociación colectiva está contribuyendo, junto a otros factores que la trascienden, a incrementar la brecha salarial entre colectivos de trabajadores. Cláusulas como las descritas coadyuvan a que la evolución de las diferencias salariales entre los que menos cobran por su trabajo y aquellos que obtienen una mayor retribución no dejen de incrementarse. En concreto, la brecha entre los trabajadores que se encuentra en el primer y sexto decil retributivo ha pasado de los 989,87 € del año 2007 a los 1241,15 € del 2016. Por otra parte, dicha brecha se hace más evidente aún si incorporamos la edad como parámetro de comparación. En concreto, la diferencia de retribución media entre los trabajadores más jóvenes y los que se encontraban en la última etapa de su vida activa en el año 2006 era de 796 €. Por el contrario, en el año 2016 esa diferencia ascendió a 1198,77 €[44]. No es accidental, por tanto, que las desigualdades salariales detectadas se refieran, mayoritariamente, a cuestiones relacionadas con la edad de los trabajadores o con la fecha de ingreso de los trabajadores a la empresa[45].

[43] Rojo Torrecilla, E., «La limitación por el TC de la doble escala salarial pactada en un convenio colectivo. Notas a la importante sentencia núm. 112/2017 de 16 de octubre, previo amplio análisis de las sentencias de la AN de 5 de marzo de 2015 y del TS de 11 de julio de 2016 (I)», http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/la-limitacion-por-el-tc-de-la-doble.html.

[44] Datos elaborados a partir de las estadísticas publicadas por el INE. En esta misma dirección apunta el Informe elaborado por la Comisión Europea sobre distintos indicadores socioeconómicos. Conforme a dicho informe, España hace frente a una situación crítica desde el punto de vista de la desigualdad de ingresos. Véase *Projet de raapport conjoint sur l'emploi de la Commission et du Conseil accompagnant la communication de la Commission sur l'examen annuel de la croissance 2018* (Bruxelles, 22 de noviembre de 2017), COM (2017) 674 final, p. 25.

[45] Sobre la evolución de este fenómeno hasta el momento del estallido de la crisis económica, puede verse Ruesga Benito, S.M. y otros, Análisis económico de la negociación colectiva en España, CCNCC, Madrid, 2007, pp. 146 y ss.

## 4. APROVECHAMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS FLEXIBILIZADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 4.1 Potenciación del convenio colectivo de empresa y retribución

La reforma llevada a cabo en nuestro ordenamiento jurídico a comienzos de la década tuvo como uno de sus principales baluartes la configuración de un sistema de negociación mucho más dúctil que permitiera una gestión más flexible de la fuerza de trabajo en la empresa[46]. En concreto, uno de los supuestos que suscitó una mayor atención y, en muchas ocasiones críticas, fue el relativo a la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa. De este modo, como se desprendía del art. 84.2 ET, el convenio colectivo de empresa, respecto de determinadas materias entre las que se encontraba la cuantía de las partidas salariales, se hallaba a salvo de la aplicación de los criterios tradicionales que habían servido para resolver los conflictos ocasionados entre convenios colectivos.

Es decir, las más importantes condiciones de trabajo podrían pasar a estar reguladas por convenios colectivos de empresa de manera prioritaria, sin que exista la posibilidad de alterar semejante prioridad[47]. La lógica del criterio de la preferencia aplicativa favorece su generalización al resto de los contenidos, provocando una importante *vis expansiva*, teniendo en cuenta que esa limitación de contenidos sólo es temporal, dado que lo es tan sólo durante el período de vigencia del convenio sectorial (art. 84.1 ET)[48].

El legislador flexibilizador dio con semejante medida un paso más, quizás el más significativo, en la configuración del convenio colectivo como un instrumento de pura gestión empresarial[49]. De nuevo debemos partir para comprender la trascendencia de semejante medida de la propia estructura productiva de España. En este sentido, a pesar de la fuerte segmentación de nuestra realidad empresarial, el número de empresas con convenio colectivo propio ha sido hasta ahora significativamente reducido.

---

[46] Véanse las obras monográficas Cruz Villalón, J. (coord.), *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, Madrid, MESS, 2015; y Del Rey Guanter, S. (coord.), *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma de 2012,* Madrid, MESS, 2016.

[47] Correa Carrasco, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *R.D.S.,* nº 59, 2012, p. 37.

[48] Cruz Villalón, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011», en *XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y RRLL*., CARL, Sevilla, 2012, pp. 17-76.

[49] Valdés Dal-Ré, F., «La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», *R.L.,* nº 23-24, 2012, pp. 221-257.

Teniendo en cuenta la escasa dimensión media de nuestras empresas, la tradicional huida del convenio de empresa y el acudir a los convenios colectivos sectoriales (en especial de ámbito provincial) como marco protector, estaba plenamente justificado desde la perspectiva de los trabajadores. Esta situación se ve, tras las reformas del inicio de esta década, significativamente alterada, dando cumplimiento a una antigua reivindicación de los sectores más liberales de la doctrina, a sabiendas de que en el marco de la empresa es tradicional la escasa presencia sindical, consecuencia, en muchos casos, de una represión encubierta del hecho sindical o del alto porcentaje de empresas con menos de 6 o 10 trabajadores sin ningún tipo de representación para negociar[50].

Así pues, la potenciación de los convenios colectivos de empresa en un contexto de fuerte segmentación empresarial y de crisis económica y de empleo, tiene como consecuencia lógica el que las distintas empresas, a través de la utilización de este mecanismo convencional, utilizarán el valor de cambio de la fuerza de trabajo como instrumento de competencia entre ellas[51]. La regulación de condiciones de trabajo a través de los convenios colectivos de sector, especialmente provinciales, tenía como objetivo el evitar, precisamente, esta infinita lucha por abaratar los costes laborales[52]. De este modo, se da cumplimiento a las consignas dictadas por los organismos internacionales generadores de la peor crisis conocida por el modo de producción capitalista en las últimas décadas, esto es, el FMI, la OCDE y el Banco Central Europeo[53].

Además, esta potenciación del convenio colectivo de empresa supone la singularización del derecho español de negociación colectiva respecto de otros modelos comparados tales como el alemán. En éste, su jurisprudencia establece un límite infranqueable al respecto, al vincular la viabilidad jurídica del convenio colectivo derogatorio a la aprobación de las partes negociadoras del convenio de sector afectado, entendiendo que, en caso contrario, la autonomía colectiva quedaría desvirtuada. De este modo, la pervivencia del control colectivo a nivel de sector se configura como una garantía *in extremis* de la efectividad del propio sistema de negociación colectiva, algo que, sin

[50] Guamán Hernández, A. y Illueca Ballester, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo,* Sequitur, Madrid, 2012, p. 108.

[51] Véase, Baylos Grau, A. y Cabeza Pereiro, J., «La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET», *Revista de Derecho Social,* nº 59, 2012.

[52] Véase, Cruz Villalón, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011», *cit.,* p. 23.

[53] Una valoración positiva de este proceso puede verse en Mercader Uguina, J., «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios colectivos», en *La reforma de la negociación colectiva,* Lex Nova, Valladolid, p. 95.

embargo, desaparece en nuestro modelo actual a tenor del carácter imperativo o indisponible de la norma legal[54]. No obstante, esta opción ha pasado a ser minoritaria en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tras la reforma del derecho italiano de negociación colectiva, en el mes de septiembre del presente año se aprobó en el Derecho francés la Ordennance nº 2017/1385, 23 de septiembre. A partir de esta nueva regulación, finaliza la tradicional relación de jerarquía entre el convenio sectorial y el de empresa en dicho país. Se idea en tal Ordennance un sistema de distribución competencial entre convenios de caracteres muy parecidos a los implementados en nuestro ordenamiento por la reforma del inicio de la década[55].

La fuerte contestación a la nueva redacción del art. 84.2 ET motivó que fuera una de las materias objeto del recurso de inconstitucionalidad contra determinados aspectos de la Ley 3/12, de 6 de julio. El Tribunal Constitucional en su sentencia 119/14, de 16 de julio, como se sabe, avaló la constitucionalidad de la reforma también en esta cuestión, al partir del hecho de que no existe un modelo de negociación colectiva en la Constitución. En lo que respecta al art. 84.2 ET, el Tribunal mantuvo que este «no prohíbe que los convenios sectoriales regulen las materias sobre las que los posteriores convenios de empresa gozan de prioridad aplicativa. Por ello, las cláusulas de los convenios sectoriales sobre estas materias resultarán de aplicación, con eficacia *erga omnes*, en todas las empresas de su ámbito que no aprueben su propio convenio de empresa». No obstante, el Tribunal Constitucional no entró de lleno en la crucial cuestión de la restricción que para la libertad sindical ha supuesto la nueva configuración del derecho a la negociación colectiva[56].

Conforme a dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional, artículos convencionales como el art. 12 del reciente Convenio colectivo general del sector de la construcción[57] en el que se califica como materias no negociables en ámbitos inferiores aquellas materias que se refieran a los «conceptos, estructura y cuantía de las percepciones económicas e incrementos tanto salariales como no salariales» no serán válidos. A la misma conclusión habría de llegarse respecto de su art. 12.5, en el que se establece que «los convenios de ámbito provincial o, en su caso, autonómicos serán prevalentes y por lo tanto gozarán de prioridad aplicativa sobre los convenios

[54] Correa Carrasco, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *cit.,* p.47.

[55] Véase Lyon-Caen, A., «Réforme 2017», *Revue de Droit du Travail*, octubre 2017, pp. 571 y ss.

[56] Véase, ampliamente, Ruiz Castillo, M.M.., «Garantía y tutela de la libertad sindical», en *30 años de la LOLS. Perspectivas y retos (XXXIV Jornadas Andaluzas de DTSS)*, CARL, Sevilla, 2015, pp. 145 y ss.

[57] Resolución de 21 de septiembre de 2017. BOE 26 de septiembre de 2017.

de ámbito inferior, y ello respecto de las materias específicamente citadas anteriormente», entre las que se encuentran las relativas a la determinación de las cuantías salariales[58].

Así pues, conforme a esta interpretación, no se excluye la posibilidad de que nos encontremos con una regulación de los mismos aspectos del salario en distintos convenios a un mismo tiempo. Las posibilidades son muchas. Desde aquellas en las que el convenio colectivo sectorial sólo regule la estructura del salario, dejando a los convenios de empresa la determinación de su cuantía; hasta supuestos en los que se regule por completo en el sector todos los aspectos salariales, con la reserva de que no se apliquen aquellos preceptos referidos a la cuantía salarial en aquellas empresas que hayan negociado o negocien con posterioridad un convenio colectivo en dicho ámbito.

Lógicamente, esta nueva relación entre convenios sectoriales y convenios de empresa ha generado una importante conflictividad que han tenido la ocasión de resolver tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo. Básicamente, dichos tribunales vienen a negar la validez de todas aquellas cláusulas de los convenios colectivos sectoriales que se extralimiten en sus funciones e invadan las competencias enumeradas en el citado art. 84.2 ET. En concreto, no es posible el establecimiento de un umbral mínimo salarial vinculante para los convenios colectivos de empresa[59]; la prioridad aplicativa del convenio no alcanza a la posibilidad de dejar sin contenido los complementos salariales ideados por el convenio sectorial por no dotarlos de valor alguno[60]; además, se afirma el carácter de *numerus clausus* de las materias descritas en el art. 84.2 ET[61]; sin embargo, la preferencia aplicativa del convenio de empresa no permite que las condiciones salariales que se pacten tengan efectos retroactivos[62].

Este rápido recorrido por las interpretaciones dadas al art. 84.2 ET nos ayudará a comprender el tratamiento dado por los convenios colectivos sectoriales seleccionados en este estudio. Podemos afirmar que, al menos en el marco de los tres sectores seleccionados, los convenios colectivos sectoriales estatales tratan de dar racionalidad a la estructura de la negociación colectiva,

---

[58] En el mismo sentido, puede verse el art. 8.4 del I Acuerdo marco del Comercio (Resolución de 2 de febrero de 2012. BOE de 20 de febrero) que sólo declara aplicable la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET cuando la empresa supere el umbral de los 500 trabajadores y desarrollen su actividad en dos o más CCAA.

[59] SAN de 10 de septiembre de 2012 (AS 2012/2514). Véase el comentario a la misma de Sempere Navarro, A.V., «El convenio de empresa y la Audiencia Nacional», *A.S.,* Vol. 5, nº 7, 2012, pp. 15-24.

[60] SAN de 22 de abril de 2014 (AS 77/2014).

[61] SAN de 1 de diciembre de 2014 (AS 190/2014).

[62] SAN de 29 de mayo de 2013 (Proc. 130/2013).

declarándose de aplicación preferente con el objetivo de dar estabilidad y homogeneidad a las condiciones de trabajo en el seno de los diferentes sectores, salvándose, como fórmula de estilo, los límites contenidos el art. 84.2 ET, puesto que, por imperativo legal, han que quedar salvaguardados[63]. Asimismo, esta preferencia se limita, en ocasiones, sólo a aquellas materias a las que expresamente se le otorga tal carácter, excluyendo la estructura del salario entre dichas materias[64] o incorporando, incluso, otras más allá de los límites del art. 84.2 ET. Aunque, en ocasiones, se admite la concurrencia de convenios de otros niveles negociales siempre que los mismos implementen unas regulaciones más favorables para los trabajadores[65].

Es decir, a pesar de que existe una convicción en los negociadores de la necesidad de llevar a cabo una racionalización de la estructura de la negociación, no detectamos una línea clara de tendencia en aras a la consecución de dicha finalidad. Sí se aprecia, por el contrario, una especial atención por parte de los negociadores en el cumplimiento del art. 84.2 ET, yendo incluso más allá del mandato contenido en éste, puesto que, o bien no se regula nada respecto de la estructura del salario o, aunque regulándola, no se introducen los mecanismos apropiados para el cálculo de algunas de las partidas que lo componen.

El problema más significativo se encuentra, desde nuestro punto de vista, a la hora de diferenciar entre los elementos cualitativos (definición de las partidas salariales y criterios para su consecución) de los elementos cuantitativos de la estructura retributiva. En concreto, el CC general del sector de la construcción[66], como consecuencia de su deseo de regular detalladamente aspectos relacionados con el cálculo de la productividad, se encuentra en la obligación de cuantificar porcentualmente el cumplimiento de los mismos con lo que, en última instancia, incide también en la determinación cuantitativa de éstos.

En definitiva, en lo que refiere a la organización de los diferentes niveles de regulación del salario podemos, a la luz del análisis de los convenios seleccionados, extraer las siguientes conclusiones:

[63] art. 9 del I CC estatal del sector laboral de restauración colectiva (Resolución 24-II-16. BOE 22-III-16);

[64] art. 10 V Acuerdo laboral del ámbito estatal para el sector de hostelería (Resolución 6-V-15. BOE 21-V-16).

[65] art. 11 CC general del sector de la construcción (Resolución de 21 de septiembre de 2017, BOE 26 de septiembre de 2017).

[66] Resolución de 21 de septiembre de 2017. BOE 26 de septiembre 2017.

a) Los convenios colectivos sectoriales estatales asumen, mayoritariamente, las competencias contempladas en el art. 83.2 ET, siendo conscientes de las limitaciones que respecto de éstas suponen la consagración de la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET[67], al que se refieren expresamente en la mayor parte de las ocasiones[68]. No pudiendo evitar, aunque ello sólo es un brindis al sol, apelar a que la «negociación de convenios colectivos de empresa en el sector no debe cumplir, por tanto, un papel desestabilizador ni debe pretender utilizar dicho ámbito como elemento o fórmula para rebajar las condiciones de trabajo»[69]. Esto no significa que, necesariamente, hagan efectivas dichas competencias asumidas con una regulación detallada. En especial, este hecho lo detectamos en lo relativo a la definición de una adecuada estructura salarial.

b) Han desaparecido, prácticamente, en el ámbito sectorial cláusulas de retribuciones mínimas para el sector, consecuencia de la contundente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo[70], aunque sí encontramos convenios sectoriales que recomienda ciertas horquillas[71], así como aquellos que definen un salario base sectorial que no sabemos a qué se refiere[72].

c) Detectamos en la negociación sectorial, a pesar del deseo manifestado por los negociadores de configurar una regulación coherente y coordinada entre las distintas unidades de negociación, una indirecta remisión al convenio colectivo de empresa en cuestiones que amplían, en algunas ocasiones, la enumeración del art. 84.2 ET. En concreto, es habitual la definición de ciertos complementos salariales sin que ello venga acompañado de una definición del modo en el que se pueden adquirir los

[67] No obstante, como excepción a esta regla también podemos encontrar convenios sectoriales que no establecen nada sobre estructura de la negociación colectiva. Así, por ejemplo, puede verse el CC de Tejas, Ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (Resolución de 19 de julio de 2016. BOE 10 de agosto de 2016). Véase al respecto Mercader Uguina, J., «¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?: la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral», en AA.VV., *Cl*áusulas *de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, Madrid, 2015, pp. 83 y ss.

[68] Sobre la trascendencia, a la hora de aceptar su legalidad, de este tipo de referencias, véase la STS de 8 de julio de 2014 (RJ 2014/4522).

[69] Art. 9 I CC del sector laboral de restauración colectiva (Resolución 24 de febrero de 2016. BOE 22 de marzo 2016).

[70] Vila Tierno. F., «Límites de la prioridad aplicativa del convenio colectivo», *Derecho de las RR.LL.*, nº 5, 2017, pp. 450-458.

[71] art. 48 CC general del sector de la construcción (Resolución de 21 de abril de 2017. BOE de 26 de septiembre de 2017).

[72] Art. 1.2 CC Nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas (Resolución de 20 de febrero de 2017. BOE 6 de marzo de 2017).

mismos[73], o bien no incluyen directamente entre las materias reguladas la estructura del salario[74].

d) Conscientes del carácter distorsionador que para una regulación homogénea del salario supone la atribución de la determinación de la cuantía salarial a los convenios de empresa, los convenios colectivos que asumen las competencias atribuidas por el art. 83.2 ET intentan eliminar los convenios sectoriales de nivel provincial o autonómico[75], o los admiten sólo cuando sus regulaciones sean más beneficiosas que las contempladas en ellos[76].

e) Habríamos de advertir, además, de la existencia excepcional de cláusulas, en algunos de los convenios colectivos sectoriales estatales que asumen las competencias del art. 83.2 ET, que crean unas tablas de complementos demasiado amplias, lo puede llegar a condicionar, conforme a los límites expresados jurisprudencialmente acerca de los convenios colectivos de empresa, las cuantías salariales, puesto que han de tener contenido, aunque sea mínimo, todas las partidas previamente definidas[77].

f) En lo que se refiere a los convenios colectivos empresariales de nueva creación que, en principio, sólo tendrían que determinar las cuantías de las partidas previamente prefiguradas por los convenios sectoriales por ser posteriores a estos, no siempre se limitan a incluir cláusulas relativas a aspectos cuantitativos. Por el contrario, son frecuentes los supuestos en los que se detalla una estructura salarial propia para la empresa, en especial, con la creación de complementos salariales de lo más variado que no serían, lógicamente, de aplicación mientras estuviera el convenio colectivo de sector en vigor[78].

---

[73] En este sentido, pueden verse el CC Cadenas y tiendas de conveniencia (Resolución de 22 de junio de 2017. BOE 6 de julio de 2017) y, si bien demasiado próximo a la última reforma de la crisis financiera, el VIII CC Colegios mayores (Resolución de 20 de septiembre de 2012. BOE de 5 de octubre).

[74] V Acuerdo Laboral del ámbito estatal para el sector de hostelería (6 de mayo de 2015, BOE de 21 de mayo de 2015). CC del sector de elaboradores de productos cocinadas para su venta a domicilio (Resolución de 5 de diciembre 2016. BOE 20 diciembre de 2016); Art. 10.7 y CC de Tejas, Ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (Resolución de 19 de julio de 2016. BOE 10 de agosto de 2016).

[75] CC Grandes almacenes (Resolución 21 de abril 2017. BOE de 7 de octubre); y art. 34 CC. Elaborados de productos cocinados para su venta (Resolución 5 de diciembre de 2016. BOE de 20 de diciembre).

[76] art. 11 CC general del sector de la construcción (21 de septiembre de 2017. BOE 26 de septiembre de 2017); art. 8.2 I Acuerdo Marco del Comercio (Resolución de 2 de febrero de 2012. BOE 20 de febrero).

[77] CC de Estaciones de Servicio (Resolución de 6 de octubre de 2017. BOE 19 de octubre de 2017).

[78] CC Deportes Cary, S.L. (BOP Málaga de 5 de mayo de 2017); CC Promotora de De-

g) El anterior supuesto descrito no es el más habitual. Por el contrario, la situación que hemos encontrado en un mayor número de ocasiones es el de convenios colectivos de empresa que no contemplan una regulación referida a la estructura del salario. Este supuesto, que significaría normalmente el cumplimiento de las previsiones del legislador de la reforma, también puede conllevar problemas prácticos en aquellos casos en los que el convenio sectorial optó, a su vez, por no precisar la estructura del salario o, simplemente, suprimió algún complemento como el de antigüedad[79].

En estos supuestos -como decimos, los más habituales-, terminaría siendo la autonomía de la voluntad individual la determinante en esta cuestión y, consecuentemente, en la determinación de la cuantía del salario. Estos supuestos se unirían al de aquellos convenios, incluso sectoriales, en los que directamente se encomienda al empresario la valoración de la concurrencia de los requisitos que dan lugar al complemento[80], o que se remiten al contrato de trabajo[81], reproduciendo la competencia atribuida por el art. 26.3 ET.

En definitiva, por simplificar el complejo panorama detectado, podríamos afirmar que los convenios colectivos sectoriales estatales se declaran, mayoritariamente, como los únicos competentes para la regulación de la estructura salarial en el sector. No obstante, esta tendencia general no se ve acompañada de la utilización efectiva de tal competencia asumida. Por el contrario, encontramos demasiados supuestos en los que, directa o indirectamente, queda en manos de la negociación colectiva empresarial no sólo la determinación de la cuantía salarial sino también de aspectos relativos a cuestiones tales como los requisitos de adquisición de los complementos previamente creados.

Dicho todo lo anterior, no obstante, este potencial aumento del papel asignado al convenio colectivo de empresa no puede explicar, por sí sólo,

---

tallistas de Almentación S.A. (BOP Córdoba, 10 de noviembre de 2016); CC Covirán (Resolución de 22 de marzo de 2017, BOE 4 de abril); Game Stores Iberia, S.L. (Resolución de 26 de octubre de 2016, BOE 16 de noviembre).

[79] CC Grupo Empresarial Innovasur S.L. (BOP Córdoba 15 de junio de 2016), Inverser (BOP Córdoba, 8 de mayo de 2016), Magaexit (BOP Granada 11 de febrero de 2015).

[80] CC del sector de grandes almacenes (Resolución de 21 de septiembre de 2017. BOE de 7 de octubre).

[81] Art. 12. El sistema de remuneración y cuantía salarial, así como la estructura del salario, se determinará de conformidad a lo establecido en el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, mediante la negociación colectiva de ámbito territorial inferior o ámbito personal o funcional específico al regulado en el presente Acuerdo o, en su defecto, en el contrato individual (V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería. Resolución de 6 de mayo de 2015).

el deterioro de las condiciones de trabajo en nuestro país, dado que, como ya hemos mencionado anteriormente, ha sido muy escaso el incremento del porcentaje de convenios colectivos de empresa respecto al global. Por el contrario, continúa manteniéndose el convenio colectivo sectorial provincial como el convenio que cubre a un mayor porcentaje de trabajadores y empresas en Andalucía.

### 4.2. Fin de la ultraactividad como causa de precariedad salarial

Tras la reforma más reciente del Estatuto de los Trabajadores, las principales voces doctrinales manifestaron su oposición ante la gran dosis de precariedad que podía suponer la posible eliminación, tras un año en situación de ultraactividad, de todo vestigio del convenio colectivo que, por diferentes circunstancias, no había sido posible renovar. Como se sabe, el Tribunal Supremo trató de salvar algunas de tales dificultades, manteniendo la eficacia de las cláusulas convencionales más allá de dicho período a través de un proceso de contractualización, en aquellos supuestos en los que no había sido posible la aplicación de ninguno de los mecanismos previstos en la legislación como subsidiarios[82].

No obstante, la práctica negocial, al menos así se desprende del análisis de los sectores analizados y de los convenios en ellos contenidos, no siempre avala este temor al vacío normativo. En este sentido, comprobamos como la inmensa mayoría de dichos convenios prevén un sistema semejante al regulado con anterioridad a la reforma de la crisis. Esto conlleva en la práctica negocial el mantenimiento de unas regulaciones contenidas en los convenios colectivos más allá del período previsto por el Estatuto.

El mantenimiento de la ultraactividad de los convenios colectivos de empresa más allá de los límites legales conllevará en aquellos sectores, como son los analizados, de fuerte presencia sindical y tradicional regulación sectorial, que las cuantías salariales sigan rigiéndose por una regulación con frecuencia menos favorable para los intereses de los trabajadores.

Como consecuencia de estas cláusulas que, como decimos, son prácticamente generales, nos encontramos con una vía de precarización que pasó desapercibida a los comentarios más próximos a la reforma. En concreto, podemos afirmar que, en sectores bien estructurados y con una negociación sectorial con importantes y tradicionales reconocimientos de derechos, lo que se pretende por parte del empresario, es proteger la fuente fundamental de flexibilidad, esto es, el convenio colectivo de empresa

[82] STS 6638/14, de 22 de diciembre. Un comentario a la misma puede verse en Escribano Gutiérrez, J., «Ultraactividad excepcional del convenio colectivo», *T.L.*, nº 131, 2015, pp. 213-229.

priorizado contundentemente por la reforma de la crisis como fuente de regulación de importantes aspectos de la relación laboral. Para la empresa que ha conseguido unos niveles salariales muy inferiores a los previstos por los convenios sectoriales, es de capital importancia mantener las mismas e impedir la aplicación de las cuantías salariales del convenio colectivo sectorial[83].

Esta es, desde nuestro punto de vista, la razón por la cual se incluye, de manera generalizada, la previsión de que no entre en vigor la limitación temporal de la ultraactividad. Se consigue, pues, el objetivo de impedir la aplicación del convenio sectorial puesto que, en sectores como los seleccionados, no es el miedo al vacío convencional el efecto inmediato del fin de la ultraactividad de los convenios colectivos de empresa.

Esta circunstancia ha sido, obviamente, detectada por la doctrina más reciente que ha pretendido llevar a cabo interpretaciones restrictivas de la norma. En concreto, Casas Baamonde mantiene que la exclusión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa durante el período de ultraactividad habría de ser una consecuencia de la «necesaria temporalidad del ajuste convencional de condiciones de trabajo, aunque nada diga la norma expresamente a diferencia del acuerdo de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo de empresa»[84].

### 4.3. Inaplicaciones del convenio colectivo previamente pactado y retribución

Del análisis de los datos hasta ahora desarrollados no es posible deducir, de manera contundente, la razón por la cual desde el comienzo de la crisis económica se ha experimentado un considerable descenso del poder adquisitivo de los salarios medios percibos por los trabajadores. Los convenios colectivos sectoriales analizados recogen unas subidas medias aceptables que sólo parcialmente se ven rebajadas, merced a la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa. En concreto, a pesar de que estos contienen unas subidas salariales inferiores a las previstas en los convenios sectoriales, el número de convenios colectivos de empresa de nueva creación y de trabajadores afectados por ellos sigue siendo muy reducida, como anteriormente describimos.

En esa búsqueda de dónde se halla la razón de dicho descenso del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores, hemos de detenernos a continuación en el otro instrumento ideado para la búsqueda de una permanente

[83] Véanse, al respecto, los datos contenidos en el apartado 3.1 referidos a las subidas medias previstas en los convenios sectoriales y de empresa en Andalucía.

[84] Casas Baamonde, M.E., «La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa», AA.VV., *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012,* Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 43-44.

adaptación de las condiciones de trabajo a las cambiantes circunstancias económicas. El legislador volvió a incorporar un mandato imperativo al exigir que, dentro del contenido mínimo convencional, se establecieran los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 82.3, adaptando, en su caso los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a la dispuesto en tal artículo[85]. A su vez, las más recientes reformas excluyeron del contenido del convenio la determinación de las condiciones para la no aplicación del convenio, incorporando en el art. 82.3 ET un exhaustivo e imperativo procedimiento y causas para llevar a cabo la inaplicación, así como la determinación de cuándo concurren dichas causas. Es decir, que se excluyó, expresamente, a la negociación de la posibilidad de impedir, a través de una reinterpretación de las causas de la inaplicación, la flexibilidad buscada a través de esta institución.

Al respecto, en este momento hemos de analizar dos cuestiones. Por una parte, cuál ha sido el alcance práctico de las inaplicaciones y, por otra, si en los convenios incluidos en nuestra selección se ha producido aceptación de su escasa capacidad de incidencia en la modificación del régimen jurídico legalmente previsto, o si, por el contrario, se detectan intentos de restringir la aplicación derivada de la literalidad del precepto estatutario.

En cuanto a la primera de las cuestiones, del análisis de los datos obtenidos de la última Estadística de Convenio colectivos elaborada en el mes de septiembre por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, desde la aprobación de la reforma, se han venido realizando más de mil inaplicaciones anuales. En los años siguientes a la reforma se realizaron más de dos mil inaplicaciones, llegando a afectar en el año 2013 a más de 150.000 trabajadores. No obstante, el número de inaplicaciones ha ido descendiendo en torno a los 30.000 trabajadores afectados. En el presente año, los datos hasta septiembre indican que se han producido 822 inaplicaciones que afectaron a 16.464 trabajadores. Respeto de las condiciones de trabajo inaplicadas, la gran mayoría de las inaplicaciones presentadas (el 89,8 %) se refieren a la cuantía salarial pactada en el correspondiente convenio. Conforme se desprende de los datos precedentes, tampoco podemos explicar el permanente descenso del poder adquisitivo de los salarios en un aumento de las inaplicaciones de los convenios colectivos[86].

[85] Véase Borrego Gutiérrez, M., «El papel de los convenios colectivos en la articulación de la solución a las discrepancias surgidas en los procedimientos de inaplicación del convenio colectivo», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 3, 2016, p. 256.

[86] Cfr. Rodríguez Gutiérrez, C. y Canal Domínguez, J.F., «Análisis de las inaplicaciones

Junto a estos datos, otro parámetro que ha de ser resaltado a efectos de nuestro análisis es el hecho de que la inmensa mayoría de los procesos de inaplicación fueron resueltos en período de consultas, esto es, un 88,1 % de las inaplicaciones realizadas. Por ello, es importante analizar cómo afrontan los convenios colectivos la redacción, a pesar del recorte de capacidades impuestas por el legislador reformador de la crisis, de las cláusulas de obligada incorporación en los convenios colectivos conforme al art. 85.3 c) ET[87]. A este respecto, podemos destacar los siguientes supuestos:

a) En el ámbito empresarial, no hemos hallado, salvo omisión por nuestra parte, ningún convenio en el que se incluyan cláusulas detalladas respecto de la inaplicación. Por el contrario, existe algunos casos en los que se produce, incluso, una falta de cumplimiento del mandato contenido en el art. 85.3.c). Evidentemente, esta circunstancia se explica por la confusión práctica que, en el marco de la empresa, tiene la posibilidad concedida en el art. 83.2 ET y la revisión ordinaria *ante tempus* del art. 86.1.2 ET.

b) Otros supuestos muestran una intención de incrementar los requisitos procedimentales, especialmente en relación a la implementación de procedimientos voluntarios de solución de conflictos relacionados con la inaplicación[88] o la necesidad de que la empresa aporte una concreta prueba documental para poder llevar a cabo la inaplicación[89].

c) Asimismo, también se detectan convenios en los que se pretende limitar la eficacia temporal de la inaplicación, estableciendo un plazo máximo en el que se habrá de retornar a la regulación que se pretende inaplicar[90].

d) Especial mención merece el reciente Convenio colectivo general del sector de la construcción[91]. En este se dedican varios artículos a crear un régimen jurídico al margen del previsto en el art. 82.3 ET, que incluye aspectos tan diversos como la atribución preferente de legitimidad a los sindicatos más representativos del sector que estuvieran legitimados para

de convenios tras la reforma laboral», *Revista de Economía Laboral*, nº 13 (2), 2016, pp. 65-91.

[87] Véanse los estudios más amplios realizados por Gómez Rufián, L., «Limitaciones a la inaplicación de convenios en la negociación colectiva tras la reforma de 2012», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2015; y Muñoz Ruiz, A.B., «Cláusulas potestativas de inaplicación del convenio colectivo de sector: flexibilidad normativa versus rigidez convencional», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2015.

[88] CC del sector de grandes almacenes (Resolución 21 de septiembre de 2017. BOE 7 de octubre).

[89] Convenio provincial de hostelería de Cádiz (BOP Cádiz, 11 de agosto de 2017). Como mucho detalle puede verse el art. 42 del Convenio provincial de Hostelería de Sevilla (BOP Sevilla, 21 de agosto de 2015).

[90] Art. 9 Convenio provincial de hostelería de Jaén (BOP Jaén, 7 de julio de 2017).

[91] Resolución de 21 de septiembre de 2017. BOE de 26 de septiembre.

formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de aplicación a la misma, en el caso de que no existan representantes de los trabajadores en la empresa. También prevé la exigencia de prueba documental que acredite la concurrencia de las causas previstas en el dicho precepto. Por último, lleva a cabo una delimitación propia de causas adicionales que justifican la inaplicación del convenio colectivo[92].

## 5. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA SALARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 5.1. Estructura salarial

En el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, se volvió a considerar imprescindible por parte de los negociadores de éste la necesidad de renovar los conceptos retributivos con criterios objetivos y de equidad, dando entrada a aquellos que se encuentran vinculados con la productividad y resultados en la empresa, siempre que se establezcan en base, continuaban los representantes de trabajadores y empresarios, a indicadores cuantificados, medibles y conocidos por ambas partes negociadoras.

Los estudios de campo realizados sobre esta materia con anterioridad a la reforma llegaban a la unánime conclusión de que seguía siendo muy tradicional la regulación prevista en los convenios colectivos en lo referente a la creación de la estructura salarial, no siendo demasiado receptivos a las previsiones de los Acuerdos para el Empleo y la negociación colectiva[93]. Así mismo, se destacaba la escasa articulación de nuestro sistema y la enorme atomización del mismo[94], hecho que se ha pretendido potenciar a partir de las últimas reformas.

---

[92] Artículo 16. Causas. Con independencia de lo establecido en el artículo 82 del ET, se podrá proceder a la inaplicación, en los términos regulados en el presente artículo, cuando la empresa alternativamente tenga o una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas puedan verse afectadas negativamente afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo; estas causas se entenderán que concurren, entre otros supuestos, cuando el «resultado de explotación por empleado» (es decir dicho resultado dividido entre el número promedio de empleados equivalentes a jornada completa del correspondiente periodo) o de «ventas» a nivel nacional de la empresa en el último ejercicio o en los doce últimos meses sea inferior en un 12 por ciento al promedio del resultado de explotación por empleado o ventas en el respectivo ejercicio anterior o en los doce meses precedentes a los últimos tomados, considerándose por tanto que existe una causa objetiva para la inaplicación.

[93] La situación actual en esta materia no es muy distinta de la que mostraba la negociación colectiva en los años siguientes a la gran reforma del ET de 1994. En este sentido, véase Costa Reyes, A., «La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva», *R.L.*, nº 7, 1999.

[94] Cfr. Alfonso Mellado, C.L., «Salarios y negociación colectiva», en AA.VV., *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 25 y ss.

En lo que se refiere al ejercicio de las facultades concedidas por el art. 26.3 ET, los convenios analizados continúan incluye de manera habitual la referencia al salario base fijado por unidad de tiempo salvo en sectores en los que, tradicionalmente, ha predominado la unidad de obra como elemento determinante de su cuantía y respecto de colectivos de trabajadores muy específicos[95]. Aunque es mayoritario el número de convenios colectivos empresariales en los que no se menciona el modo de cálculo de este salario base, produciéndose simples remisiones a las tablas salariales que adquieren un máximo nivel[96].

Los complementos salariales pueden convertirse en un importante instrumento de gestión empresarial, condicionando profundamente la cuantía del salario a recibir. En relación a estos encontramos, por una parte, como anteriormente destacamos, una cada vez menor atención. En este sentido, los convenios colectivos sectoriales analizados optan en ocasiones por no abordar la definición de los complementos salariales. En otros casos, se establece claramente la división de los complementos entre aquellos relacionados con el puesto de trabajo, los vinculados con las características personales de los trabajadores, la calidad o cantidad del trabajo, etc. Sin embargo, aun en estos casos, se obvia frecuentemente definir cuáles son éstos. Por ello, habrán de implementarlos, si así se desprende de la negociación de los mismos, los convenios colectivos de empresa. En estos encontramos una enorme imprecisión respecto a los complementos creados. De este modo, encontramos complementos que tradicionalmente han sido considerados como de difícil definición y que, en la práctica, se convierten en aportaciones directas al salario base. Entre ellos podemos citar los complementos de convenio, los complementos de carencia de incentivos[97], Plus salarial[98], etc.

Del análisis de los convenios colectivos empresariales podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) Existe un importante porcentaje de convenios colectivos en los que apenas se realiza mención a los complementos salariales cuando, en muchas

[95] Un ejemplo de creación de un sistema de remuneración "a tarea" puede verse en el CC Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén, 30 de diciembre de 2014); Europea de Oleoductos y Gasoductos (BOP Jaén, 11 de marzo de 2016); Ursula Consulting SLU (BOP Jaén, 25 de octubre de 2016).

[96] Este mismo fenómeno fue detectado con anterioridad a la reforma por Soler Arrebola, J.A., «Estructura salarial», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: una mirada crítica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 353.

[97] CC Altura, Drenajes y Contenciones, S.L. (BOP Jaén de 26 de octubre de 2016); Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30 de diciembre de 2014).

[98] Plus en el que incluye todos anteriores complementos siempre que constituyan contraprestación directa del trabajo (CC Estructuras Medisd, S.L., (BOP Málaga, 29 de marzo 2017).

ocasiones, es el nivel adecuado o bien por la prioridad de aplicación temporal o bien por la remisión realizada a los mismos en los convenios colectivos sectoriales tanto a su determinación como al establecimiento de sus cuantías.

b) En la mayor parte de los convenios colectivos analizados, se realiza una simple mención a las gratificaciones extraordinarias, es decir, a las pagas extras a percibir de manera periódica a lo largo del año. Son muy escasos los supuestos en los que ni tan siquiera se hace referencia a ellas[99].

c) A pesar de que la necesidad de relacionar los niveles de ingresos de los trabajadores con factores relacionados con la productividad es una cuestión resaltada en los últimos tiempos como imprescindible para conseguir mayores niveles de rentabilidad empresarial, como tendremos ocasión de expresar más adelante, son escasos los supuestos en los que se detalle los mecanismos para la obtención de los complementos.

d) Si bien también es habitual la eliminación de complementos salariales hasta ahora existentes o su exclusión respecto de determinados colectivos, generándose, por esta vía, una diferenciación salarial. El complemento más habitual suprimido en los convenios colectivos analizados es el complemento de antigüedad, a pesar de que continúa siendo el mayoritario[100].

e) Son mayoritarios los complementos salariales relacionados con las características del trabajo realizado. Entre ellos destacan los relacionados con la nocturnidad, turnicidad, peligrosidad o toxicidad[101].

f) Una vez dicho lo anterior, también podemos afirmar que la negociación colectiva de empresa, al menos conforme se desprende de los convenios colectivos seleccionados, ha hecho un uso generalizado de la potestad concedida en el art. 84.2 ET a la hora de determinar la cuantía salarial aplicable a la empresa. Sin embargo, en ocasiones dicha regulación oculta un claro abuso de derecho puesto que se incluye unas cuantías salariales muy por debajo de la media del sector, por ejemplo, con la remisión al SMI como salario generalizable para todos los trabajadores,

[99] CC Innovasur (BOP Córdoba 5 de julio de 2016); Inverser MJ Córdoba (BOP Córdoba, 25 de mayo de 2016).

[100] Supuestos generalizado en los convenios provinciales del sector de la Hostelería andaluza.

[101] CC Sistemas Tubulares Al-Andalus (BOP Cádiz, 2 de junio de 2016); Farmacia Zarco Ríos (BOP Málaga, 1 de febrero 2013); CC Francisco Donaire Torres (BOP Cádiz, 7 de agosto 2015); Francisco Salguero (BOP Cádiz, 22 de marzo 2016); CC Megaexit S.L. (BOP Cádiz, 11 de febrero 2015); CC Ofertel (BOP Granada, 11 de febrero).

independientemente de su correspondiente categoría profesional[102]. En realidad, en estos supuestos el único objetivo de tal regulación se encuentra en el deseo de excluir la aplicación de los convenios sectoriales correspondientes, con la consiguiente potenciación de la autonomía individual. Hemos destacado este supuesto en el convencimiento de que el mismo, a tenor de nuestra práctica, puede incrementar su significación en un futuro.

A continuación, llevaremos a cabo el estudio de aquellos aspectos de la estructura salarial que hemos entendido como más significativos por su presencia en los convenios colectivos analizados y su potencial flexibilizador.

### 5.2. Complementos salariales variables

La supresión de complementos de determinación objetiva como puede ser la antigüedad[103], la prima por reducción de las horas de trabajo perdidas o cualquiera otra de las que su constatación no requiera utilizar datos de difícil acceso para los trabajadores, viene acompañada en ocasiones por el incremento de complementos salariales de difícil constatación. Este cambio de orientación en la configuración de parte de los complementos salariales puede conllevar, lógicamente, una disminución de los niveles salariales. Sobre todo, si viene unida a una sistemática eliminación de complementos disfrutados por los trabajadores como es el caso de la antigüedad, a pesar de que aún continúa resistiéndose a su supresión en muchos convenios.

Además, la sustitución de los tradicionales complementos salariales fijos por los asociados a los resultados de la empresa, desde nuestro punto de vista, incrementa una suerte de neocorporativismo en el que trabajador y empresario se unen en la consecución de un bien superior llamado productividad, desplazando el riesgo del negocio a los trabajadores[104]. Así lo expresan los propios convenios colectivos:

> «La productividad es un bien constitucionalmente protegido cuya mejora constituye un deber básico de los trabajadores, debiendo colaborar los representantes legales de éstos con la dirección de la empresa en orden a conseguir su incremento»[105].

---

[102] CC KFC Restaurants Spain, S.L. (Resolución de 27 de mayo de 2014. BOE 6 de junio).

[103] Vivero Serrano, J.B., Cruz Villalón, J., Pérez Rey, J., Sepúlveda Gómez, M. y Morato García, R., «La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial», en AA.VV., *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma de 2012*, Lefbvre-El Derecho, Madrid, 2016, pp. 97 y ss.

[104] Molina Martín, A., Espín Sáez, N. y Nieto Rojas, P., «Complementos salariales por mayor trabajo realizado y complementos vinculados a resultados de la empresa», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar,* Cinca, Madrid, 2008, p. 34.

[105] art. 7 CC general del sector de la construcción (Resolución de 21 de septiembre de

Sin embargo, a pesar de los evidentes riesgos que este tipo de complementos conllevan, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva continúa apostando por el progresivo acomodo en los convenios colectivos de sistemas de retribución variable, vinculados, en especial, a la productividad de la empresa. Se anticipaba así a la Recomendación del Consejo de 14 de julio de 2015, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2015 (2015/C 272/13. DOUE 18 de agosto de 2015).

Podemos sistematizar los distintos supuestos encontrados en los convenios colectivos de nuestra muestra, como sigue[106]:

a) Complementos relacionados con objetivos de consecución colectiva:

- Cláusulas convencionales en las que se recoge entre los distintos complementos salariales aquellos vinculados a la productividad sin precisión alguna de los requisitos para la consecución del mismos. En estos casos, se remite el artículo que los crea a la tabla salarial donde se determina su cuantía, pero, en ningún caso, se establece cuáles son los márgenes para poder adquirirlos[107].

- Cláusulas en las que sí se mencionan los requisitos para su consecución, detallando perfectamente cuáles son los aumentos de los resultados empresariales que darán el derecho a cobro e implementando elaborados sistemas de verificación[108].

b) Complementos relaciones con objetivos de consecución individual:

- Cláusulas que se refieren, por ejemplo, a la mayor dedicación personal del trabajador. La constatación de este mayor nivel de dedicación puede llevarse a cabo tanto desde un punto de vista cuantitativo[109] como cualitativo, a través de variables tales como las

2017, BOE 26 de septiembre de 2017), CC Alain Afflelou España SAU (Resolución de 25 de abril de 2013, BOE 10 de mayo).

[106] Ampliamente se ocupa de sistematizar los distintos complementos propios de un sistema de retribución variable Todolí Signes, A., «Salario y negociación colectiva: últimas tendencias», en AA.VV., *Cl*áusulas *de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual,* Lex Nova, Valladolid, 2015, pp. 343 y ss.

[107] CC Pepsico Granada (BOP Granada 11 de febrero 2015); Pepsico Sevilla (BOP Sevilla 13 de julio de 2016); CC Cadenas y tiendas de conveniencia (Resolución de 22 de junio de 2017. BOE 6 de julio de 2017); Restaurantes temáticos del Sur (BOP Málaga, 10 de noviembre); CC Geland Food (BOP Sevilla, 27 de julio 2016).

[108] CC Encofrados y construcciones Vimuz (BOP Córdoba, 12 de enero 2017); CC Indalim S.L. (BOP Almería, 3 de maro 2015); CC Decathlon España S.A. (Resolución de 13 d marzo de 2017, BOE 27 de marzo).

[109] CC Supercor, S.A. y CC Cadenas y tiendas de conveniencia (Resolución de 22 de junio de 2017. BOE 6 de julio de 2017).

referidas a la calidad del producto elaborado o la satisfacción de los clientes[110].

La nota común que de manera muy generalizada extraemos de las cláusulas de los convenios analizados que implementan este tipo de complementos variables se encuentra en una clara falta de determinación de los requisitos para su consecución, ello se une a la inexistencia práctica de información adecuada por parte de los representantes de los trabajadores para poder exigir con garantías su satisfacción[111]. Asimismo, encontramos una importante indeterminación, incluso, a la hora de definir el concepto de referencia[112]. Por el contrario, encontramos referencias como productividad, beneficios, objetivos conseguidos, volumen de actividad, etc. En muchos casos, estos conceptos son perfectamente intercambiables. También se detecta una significativa imprecisión en relación al momento del devengo del complemento. Se aleja, pues, de los requerimientos que desde la doctrina se han formulado en aras a conseguir un complemento lo más objetivo posible para así limitar la discrecionalidad empresarial en su pago, «los convenios colectivos deben regular de forma detallada y transparente al menos lo siguiente: los trabajos susceptibles de generar el complemento, su carácter colectivo o individual, los criterios determinantes de su devengo, el nivel mínimo de productividad exigido para devengar esa parte del salario y el máximo a partir del cual la cuantía queda congelada, las consecuencias de la imposibilidad de percibir el complemento por culpa no imputable al trabajador»[113]. Cuestiones todas ellas exentas de regulación como regla general a pesar de que, en ocasiones, conlleva una disminución del salario base, aumentando considerablemente las facultades unilaterales empresariales[114].

Al margen de los supuestos descritos, aunque no son mayoritarios, hemos encontrado convenios colectivos en los que la flexibilidad en la determinación de las cuantías salariales apreciadas de manera general alcanza su máxima expresión. Se trata de convenios colectivos en los que tanto salario base como sus correspondientes complementos no aparecen, total o parcialmente,

[110] CC Sucesores de Manuel Ruiz García, S.L. (BOP Cádiz, 21 de febrero de 2014); CC del sector de grandes almacenes (Resolución de 21 de septiembre).

[111] Este tipo de limitaciones ha sido considera por el Tribunal Supremo como causa de nulidad de la correspondiente cláusula convencional por la excesiva indefinición de las mismas y la inseguridad que implican (STS de 24 de enero de 2013 (RJ 2013, 4112).

[112] Por ejemplo, CC del sector Dependencia Mercantil (BOP Almería, 23 de diciembre de 2014).

[113] Serrano Argüeso, M., «Flexibilidad salarial interna versus pobreza de los trabajadores», *D.L.*, nº 111, 2017, pp. 111-112.

[114] Véanse en este sentido las SSTS de 24 de marzo de 2015 (Ar. 4069); 1 de julio de 2014 (Ar. 4519); y 9 de julio de 2013 (Ar. 143).

determinados directamente por las tablas salariales del convenio sino que serán consecuencia de conceptos como el EBITDA (beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones).[115] Estos modelos salariales generan enormes incertidumbres para los trabajadores, en ocasiones, por la propia indeterminación del convenio o su remisión a posteriores acuerdos en los que se implementen los mismos.[116]

Tampoco contribuye a calmar dicha incertidumbre la jurisprudencia más reciente que se ha ocupado, precisamente, de precisar cuáles son los límites de las facultades de la empresa a la hora de determinar o alterar los criterios de concurrencia necesaria para la adquisición del derecho de cobro de tales complementos salariales. En concreto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado muy generosa a la hora de atribuir facultades unilaterales a la empresa en este contexto[117].

Son detectables, aunque de manera muy escasa, algunos supuestos en los que se acude al sistema de *bonus*[118] que puede llegar a suponer, en el caso de que se cumplan los objetivos, hasta un 0,75% del salario base bruto anual[119]. Por su parte, la participación en beneficios se convirtió en objeto de importantes aportaciones doctrinales. Sin embargo, son muy excepcionales los supuestos en los que, entre los convenios analizados, se opta por esta forma de retribución[120].

---

[115] CC Grupo Hermanos Martín. Véanse otros ejemplos en Cruces Aguilera, J., «El contenido de los convenios colectivos: retribuciones», en AA.VV., *El impacto de la reforma laboral de 2012 en la negociació*n *colectiva (2013-2015),* Lefbvre, Madrid, 2016, pp. 100 y ss.

[116] Así, por ejemplo, puede verse el CC Servicios Infraestructura Eléctricas de Levante, S.L. (Resolución de 14 de septiembre de 2015, BOE de 25 de septiembre). En su art. 17 establece: «La empresa, de común acuerdo con los trabajadores establecerá un sistema de retribución variable en función de la necesidad puntual que se genere y en los términos que se pacten. De manera, que en caso de precisar la realización de trabajos que supongan una mayor disponibilidad y dedicación para la obtención de objetivos hacia el cliente, y por el tiempo que este requiera, se elaborará un sistema de incentivos para la compensación económica que se devengará al alcanzar los resultados que se pretendan».

En un sentido semejante, el CC sectorial de la Construcción de Granada (BOP Granada 14 de mayo de 2014) crea un denominado Sistema científico o de trabajo medido (art. 24) que procura la progresiva reducción del salario por unidad de tiempo o de obra. En su lugar, se crea un sistema de salario variable vinculado a rendimiento.

[117] Mercader Uguina, J.R., «Retribución variable y principios del Derecho del Trabajo», *Revista Derecho Social y Empresa,* nº 5, 2016, p. 20.

[118] Al respecto, véase Alzaga Ruiz, I., «La retribución variable: especial consideración del *bonus*, la participación en beneficios y la retribución por objetivos», *RGDTSS*, nº 38, 2014.

[119] CC Decathlon España S.A. (Resolución de 13 d marzo de 2017, BOE 27 de marzo).

[120] CC de Alimentación (BOP Jaén, 24 de julio 2013); CC de ámbito sectorial de Materiales de Construcción de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31 de julio 2013); CC Comercio en general (BOP Córdoba, 21 de marzo 2013).

En relación a estos mecanismos de determinación de parte de la cuantía salarial, sí podemos hallar una explicación a las interrogantes que justifican nuestro estudio. En lo que se refiere a la deriva salarial, los salarios base de tales convenios siguen incrementándose en un sentido semejante al del resto del sector. No obstante, la incertidumbre en la consecución de los objetivos de tales complementos puede conllevar una reducción del salario final. Todo ello a pesar de que dicha reducción obedezca a factores ajenos a los trabajadores. Además, son detectables algunos ejemplos en los que tales complementos, que habitualmente ocupan el espacio dejado por complementos fijos, se reservan, en ocasiones, a ciertos colectivos de trabajados y se excluyen de su disfrute a aquellos que ocupan las categorías profesionales menos cualificadas, como hemos tenido ocasión de mencionar en el marco del estudio de las diferencias retributivas. Sin embargo, dicha exclusión no se produce, en la mayor parte de ocasiones, como consecuencia de una supresión de tales colectivos de trabajadores de entre los beneficiados, sino por la inexistencia de mecanismos que permitan su acceso a aquellos que, por ejemplo, no desempeñen su trabajo a tiempo completo, por lo que están, prácticamente, imposibilitados para alcanzarlos.

No obstante, no podemos dejar de advertir que del estudio de las cláusulas convencionales de nuestra selección no es posible extraer una línea de evolución clara hacia la potenciación de mecanismos que permitan una mayor flexibilidad en la determinación del coste salarial. Por el contrario, detectamos una fuerte inercia en la regulación de tales cuestiones, manteniéndose gran parte de los convenios consultados en semejantes posiciones a los descritas por los estudios doctrinales realizados con anterioridad a la crisis[121].

### 5.3. Cláusulas de revalorización y salvaguarda salarial

Como consecuencia de la prioridad aplicativa absoluta introducida en el art. 83.2 ET en relación a la determinación de la cuantía del salario base y de los complementos salariales, el estudio de las tendencias más reseñables respecto a la revalorización salarial adolece de una enorme dispersión y una casuística muy variada que hace muy difícil su sistematización a efectos de detectar alguna línea de tendencia más o menos marcada.

Conviene recordar que las organizaciones sindicales más representativas y la patronal acordaron incorporar, entre los compromisos alcanzados en el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, de 8 de junio de 2015, un nuevo sistema de revalorización salarial asociado, por primera vez, al

[121] Nos remitimos a los diferentes estudios coordinados por el profesor Ricardo Escudero Rodríguez.

aumento del PIB[122] y no, como era tradicional, a las fluctuaciones del IPC y proceder, progresivamente, a la vinculación de los aumentos salariales a la productividad y los resultados de la empresa.

Evidentemente, tanto uno como otro de dichos instrumentos de determinación salarial poseen inconvenientes. El empleo del parámetro de la inflación, por ejemplo, puede implicar que en períodos deflacionistas como los posteriores al inicio de la crisis no se produzcan subidas salariales a pesar de que los productos básicos, alimentación y energía especialmente, incrementen sus precios, al verse compensados estos con la bajada del precio de productos menos accesibles en momentos de crisis. Por el contrario, en períodos inflacionistas, al no incrementarse el conjunto de precios y el de rentas de manera proporcional, la inflación puede afectar a la distribución de la renta, desajuste que se ha pretendido, hasta ahora, compensar con la vinculación de tal subida de precios con la de los salarios.

Por otro lado, la utilización del PIB nos lleva a situaciones igualmente conflictivas. Así, son posibles situaciones de escaso crecimiento económico que resulten acompañadas por un aumento del índice de precios al consumo, lo que conllevaría una pérdida del poder adquisitivo de las clases trabajadoras. Esta circunstancia se produjo históricamente en la década de los 70 como consecuencia de la abrupta subida de los precios del petróleo y sus derivados y se ha repetido en buena parte del período que siguió a la crisis financiera de 2007.

La utilización del PIB a estos efectos nos plantea, además, cuestiones de más hondo calado. Relacionar el aumento salarial con el PIB vincula el poder adquisitivo de los trabajadores con el resultado de dinámicas en buena medida ciegas del mercado. Asimismo, esta relación implica asumir que solo el crecimiento del PIB puede llevar aparejado un crecimiento en el bienestar material de la mayor parte de las personas[123]. A pesar de estos riesgos, el FMI ha insistido en la necesidad de que España cambie su sistema de «indización salarial». Por su parte, también la Unión Europea ha venido recomendando a España un cambio de su sistema de revalorización salarial predominante vinculado a la evolución del IPC, dado que «la utilización de cláusulas de indización a la inflación *ex post* contribuyen a la inercia salarial e impiden una flexibilidad de los salarios suficiente para acelerar el ajuste económico y restablecer la competitividad»[124].

[122] Véase, Escribano Gutiérrez, J., «Sindicatos de concertación y PIB», eldiario.es, 4 de marzo de 2015. http://www.eldiario.es/contrapoder/sindicatos_pib_6_362973726.html

[123] En idéntica dirección se encamina el futuro de las subidas salariales en la Administración Pública. Véase https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/09/11/midinero/1505133040_557805.html

[124] Recomendación del Consejo de 12 de julio de 2011 relativa al Programa Nacional de

A pesar de todo lo anterior, en el análisis aquí desarrollado no hemos encontrado una tendencia hacia la implementación del PIB como método de indización de los salarios[125]. Por el contrario, siguen siendo los sistemas más tradicionales los que continúan presentes de manera generalizada. En concreto, podemos organizar las cláusulas de revalorización salarial halladas en los convenios analizados en los siguientes grupos:

a) Salvo error por nuestra parte, el novedoso sistema consistente en vincular los posibles incrementos salariales del dato macroeconómico que mide el producto interior bruto sólo lo hemos encontrado en una ocasión[126]. No obstante, dada la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa en lo relativo a la cuantía salarial estos conservan su autonomía en la determinación del método de revalorización.

b) Por el contrario, la referencia de indización utilizada con mayor frecuencia tanto a nivel sectorial como de empresa sigue siendo el IPC. Evidentemente, a pesar de la recomendación de los organismos internacionales y del Acuerdo para el empleo, esta referencia continúa aportando a los trabajadores la ventaja de garantizar el poder adquisitivo de su salario a pesar de la subida del nivel de los precios. Hemos encontrado tanto supuestos en los que la subida salarial prevista para los siguientes años se asocia absolutamente a la evolución de los precios, como otros en los que se utiliza como referencia de cálculo al que se le adiciona un porcentaje[127]. Asimismo, hemos hallado la posibilidad

Reforma de 2011 de España y por la que emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad actualizado de España, p. 4: «Previa consulta a los interlocutores sociales y de conformidad con la práctica nacional, completar la adopción y aplicación de una reforma global del proceso de negociación colectiva y del sistema de indización salarial para garantizar que las subidas salariales reflejen mejor la evolución de la productividad y las condiciones imperantes a nivel local y a nivel de empresa y proporcionar a las empresas la flexibilidad suficiente para adaptar internamente las condiciones laborales a los cambios en el entorno económico».

[125] Al contrario de lo aparecido en la prensa reciente, según la cual en lo que va de año, la productividad ha desplazado al IPC como referencia salarial y ha supuesto una limitación de la subida salarial (Deia, 28 de febrero 2017).

[126] En concreto, se trata del CC estatal del sector de la restauración colectiva (Resolución de 24 de febrero de 2016. BOE de 22 de marzo): «Para determinar el aumento a aplicar a los salarios negociados para el año 2017, las organizaciones firmantes tomarán como referencia la evolución del PIB en 2016 y el cuadro macroeconómico del Gobierno para 2017, y lo concretarán en los tres meses siguientes a la publicación de este último. De igual manera para el incremento de 2018 se tomará como referencia la evolución del PIB en 2017 y el cuadro macroeconómico del Gobierno para 2018 y se concretará en los tres meses siguientes a la publicación de este último».

[127] A título de ejemplo, podemos citar los siguientes convenios colectivos de diferentes sectores y ámbitos: Convenio Colectivo para la Sector de Comercio del Automóvil, Caravanas, Motocicletas, Bicicletas (BOP Sevilla, 21 de octubre de 2015); Convenio colectivo Restaura-

de que se asocie la subida salarial al IPC pero condicionado a que la empresa hubiera obtenido unos determinados niveles de ventas[128].

c) El criterio que con mayor frecuencia encontramos en los convenios seleccionados, independientemente de ámbito territorial y funcional, es el de prever una subida lineal ajena a cualquier tipo de referencia. Paradójicamente, nuestra práctica negocial se termina decantando por el sistema que menos permite garantizar el poder adquisitivo de los salarios previstos convencionalmente. Es más, este es el sistema casi exclusivo observado en los convenios de la Hostelería[129].

d) Al margen de estos criterios, claramente mayoritarios en la práctica negocial de los sectores selecciones, podemos encontrar, si bien excepcionalmente, otros criterios de revalorización salarial relacionados con la consecución de determinados objetivos empresariales.

En relación a este último criterio de medición de los posibles incrementos salariales hemos de advertir, como ya hicimos en relación a la fijación de complementos salariales vinculados a la productividad, la falta de precisión terminológica y la inexistencia, en ocasiones, de criterios adecuados de comprobación de la concurrencia del elemento objetivo que da lugar a la revalorización salarial. En concreto, se diferencia dentro de este tipo de mecanismos de revalorización variable los siguientes:

-En primer lugar, los supuestos en los que el incremento anual se relaciona directamente con un aumento de las ventas empresariales[130].

---

ción Q & S, S.L. (Resolución de 12 de febrero de 2016, BOP Granada, 26 de febrero de 2016).

[128] Véase, el art. 48. 1 del Convenio colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas (Resolución de 11 de abril de 2017, (BOE 27 de abril): «En el supuesto de que la suma del IPC general español correspondiente a los años 2017 y 2018 resulte una cifra superior a los incrementos pactados en el presente Convenio Colectivo para los referidos años, dicha diferencia será abonada en función de los resultados económicos de la empresa al cierre del ejercicio 2018, siempre que aumente el 5% de crecimiento de ventas retail tiendas con respecto al año 2016, actualizándose las tablas salariales, analizándose en la comisión paritaria y tendrán los efectos que allí se establezcan».

[129] Pueden verse, a título de ejemplo, los siguientes convenios: I Convenio colectivo de Bofrost SAU. (Resolución de 28 de enero de 2015, BOE 10 de febrero); VII Convenio colectivo de CC Decathlon España S.A. (Resolución de 13 de marzo de 2017, BOE 27 de marzo); Convenio Colectivo de Trabajo de empresa Aguas del Ejido (BOP Almería, 30 de enero); y Convenio de Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12 de enero 2017).

[130] Este es el caso del CC de Alain Afflelou Espa*ña*, SAU. (Resolución de 25 de abril de 2013, BOE 10 de mayo). En su art. 16 se establece que los incrementos salariales anuales se calcularan del siguiente modo: Se establece un incremento anual de las tablas del salario base de la siguiente manera:

– Año 2013: no habrá incremento alguno.

– Año 2014: no habrá incremento alguno.

Evidentemente, es este el criterio con menores dosis de incertidumbre.

-En segundo lugar, es posible vincular los aumentos salariales a la productividad empresarial a través de la utilización de criterios mucho menos transparentes en su control y visualización por parte de los trabajadores. En concreto, encontramos ejemplos de cláusulas convencionales que utilizan el EBITDA como referencia[131]. Este criterio es muy criticado dadas las dificultades que conlleva su cálculo[132].

-Por último, hemos de destacar el caso de la empresa Burger King. El convenio colectivo de esta empresa utiliza un criterio profundamente darwinista en el cálculo de la cuantía de los incrementos salariales anuales. En concreto, este convenio relaciona dichos incrementos con el denominado coste de labor, esto es, el resultado de dividir el gasto de personal y los dividendos del año[133]. De este modo, la empresa premia a sus trabajadores no sólo por conseguir el aumento de los beneficios empresariales brutos sino, especialmente, si gracias a su esfuerzo impiden la contratación de nuevos trabajadores.

Estos sistemas de cálculo de las revalorizaciones salariales están vinculados al deseo por parte de la empresa de hacer partícipes a los trabajadores de la mejora de resultados empresariales. No obstante, esta virtualidad se desvanece si, como es el caso de los supuestos analizados, se dilata el horizonte de la recepción de los beneficios de tales compromisos, normalmente en períodos

– Años 2015, 2016 y 2017: se establecerá un incremento siempre que Alain Afflelou España, S.A.U., obtenga un incremento en las ventas netas tomando como referencia las ventas netas del año 2011 en los porcentajes que a continuación se detallan:

º Si el incremento en las ventas va del 3,1 al 7 por ciento: se establecerá un incremento de las tablas salariales de 0,5 %.

º Si el incremento en las ventas va del 7,1 al 10 por ciento: se establecerá un incremento de las tablas salariales en un 0,75 %.

º Si el incremento en las ventas es superior al 10 por ciento: se establecerá un incremento de las tablas salariales en un 1,5 %.

[131] Este es el caso del art. 7 del II Convenio colectivo de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU. (Resolución de 23 de diciembre de 2014. BOE de 12 de enero 2015); y art. 26 y ss del CC. del III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPS (Resolución de 5 de noviembre de 2015, BOE de 5 de noviembre).

[132] Véase ARBULÚ, J., «El Ebitda está de moda», en https://web.archive.org/web/20060409220309/http://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/art641.html. Consultado el 3 de noviembre de 2017.

[133] Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU (Resolución de 14 de junio de 2017. BOE 3 de julio). Artículo 28. Revisión salarial. El salario pactado en el presente convenio, tendrá anualmente desde enero de 2018 una subida salarial garantizada del 0,5%. Además de la subida del 0,5% garantizada, desde el 1 de enero de 2018 los salarios podrán tener una subida salarial variable, hasta del 1,25% en función del coste de labor.

anuales, dadas las incertidumbres que se generan en relación a su cobro o a la cuantía del mismo[134].

Como conclusión, el conjunto de sistemas de revalorización salarial ha conseguido el objetivo perseguido por la patronal. En concreto, los salarios medios pactados se han mantenido durante todo el período de la crisis en niveles inferiores a los del IPC salvo el tiempo que medió entre los años 2013 y 2016[135].

La imposibilidad de prever los verdaderos incrementos del índice de precios ocasiona que aquellos aumentos salariales contemplados, en principio, como suficientes supongan una reducción de su poder adquisitivo como consecuencia de la deriva del IPC. En los momentos más duros de la actual crisis económica, la inflación, consecuencia de la reducción de los niveles de consumo, se vio reducida, aunque durante un breve período, dado que sólo mantuvo niveles inferiores al 1 % entre los años 2013 y 2015. Además, en el último año ha experimentado un pequeño repunte los niveles de inflación con lo que, de nuevo, comienzan a hacerse indispensables cláusulas convencionales que permitan corregir dichas desviaciones.

Del análisis de los convenios colectivos seleccionados, se desprende, al contrario de las conclusiones extraídas tras la reforma laboral[136], que este tipo de cláusulas prácticamente han desaparecido de la práctica negocial reciente, salvo en el supuesto en el que se referencian las subidas salariales con el IPC. Suponemos que, contextualizado en unos datos macroeconómicos que animaban al optimismo, se ha entendido como innecesaria su incorporación[137].

Sin embargo, si partimos del dato de que en los últimos dos años se ha incremento de nuevo el IPC, y que son mayoritarios los convenios que establecen subidas salariales lineales no relacionadas con la evolución de los precios, estamos ante un nuevo factor que ha contribuido a la pérdida del poder adquirido de las rentas del trabajo. Por el contrario, no hemos encontrado en los convenios analizados, salvo error por nuestra parte, ningún supuesto en el que utilicen sistemas novedosos de revisión del salario que corrijan estas desviaciones, como podría ser las referencias al IPC subyacente[138].

---

[134] Gómez Rufián, L., «La vinculación entre salarios y productividad: teoría económica y experiencias innovadoras en la negociación», *Revista Información Laboral*, nº 4, 2015, p. 10.

[135] «Boletín del Observatorio de la negociación colectiva», nº 58, junio 2017, p. 3.

[136] Aragón Gómez, C., Nieto Rojas, P. y Pérez del Prado, D., «Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial», en *Observatorio de la negociación colectiva: revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica,* Cinca-CCOO, Madrid, 2013, pp. 53 y ss.

[137] Cfr. Todolí Signes, A., «Salario y negociación colectiva: últimas tendencias», *cit.,* p. 351.

[138] Sobre las distintas posibilidades de cláusulas de variación salarial en los convenios colec-

### 5.4. Acuerdo individual de salario flexible

Del estudio de los convenios seleccionados se puede desprender el hecho de que esta fórmula de retribución apenas está siendo objeto de atención por nuestra realidad convencional. Como se sabe, a través de la figura conocida como salario flexible[139], se pretende individualizar la determinación de parte del salario de los trabajadores vinculándola a complejas fórmulas que implican la adquisición de productos financieros con objetivos, en muchas ocasiones, de ahorro fiscal.

Como decíamos, este instrumento no ha sido prácticamente detectado en ningún de los convenios colectivos analizados. Sin embargo, sí hemos de traer a colación el supuesto del art. 14 del CC del sector de Grandes Almacenes[140] a pesar de su carácter excepcional. Esta necesidad se debe a dos razones. En primer lugar, por la novedad de dicho convenio colectivo, lo que nos puede indicar una cierta tendencia hacia el futuro, como demuestra el surgimiento de empresas especializadas en la gestión de los Planes de Retribución Flexible[141]. En segundo lugar, por la contundencia, como ya advertimos, con la que se autoconfigura como norma exclusiva de regulación de las condiciones de trabajo, sin hacer, ni tan siquiera, mención del límite que supone para ese objetivo el art. 84.2 ET.

Por otra parte, este convenio se remite a la autonomía individual no sólo para la aceptación del mismo (requisito doctrinalmente considerado indispensable)[142], sino también a aspectos como los relacionados con el porcentaje respecto del salario base global que supone este salario flexible o los relativos a los instrumentos a elegir para su sustitución. Dado que esta cuestión no estaría dentro de las materias de regulación reservada en el art. 84.2 ET, los convenios colectivos de empresa posteriores no estarían capacitados para la regulación de este tipo productos, o, si lo estiman oportuno, proceder a excluir esta posibilidad.

En definitiva, nos encontraríamos ante un curioso supuesto de potenciación de la autonomía individual formalmente bilateral previsto por el propio convenio sectorial en perjuicio de la posible regulación, también colectiva, del convenio de empresa.

---

tivos, puede verse CCNNCC, *Cláusulas de variación salarial en los convenios colectivos*, 2015.

[139] Véase al respecto Pedrajas Moreno, A., Pedrajas Quiles, P. y Sala Franco, T., *La retribución flexible. Tratamientos fiscal y laboral,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

[140] Resolución de 21 de septiembre de 2017, BOE 7 de octubre.

[141] Véase, la publicidad de una de estas empresas en http://info.sodexobeneficios.es/contrata-retribucion-flexible?gclid=EAIaIQobChMIm-7vocix1wIVxbrACh1oBgd2EAAYASAAEgIJdfD_BwE

[142] Pedrajas Moreno, A., Pedrajas Quiles, P. y Sala Franco, T., *La retribución flexible. Tratamientos fiscal y laboral*, *cit*., Capítulo 2.18.

### 5.5. Compensación y absorción

La compensación y absorción no requiere, a tenor de la literalidad del art. 26.5 ET, su previsión específica en el convenio colectivo. Sin embargo, a tenor de la más reciente jurisprudencia[143], a falta de acuerdo individual o pacto colectivo que discipline o exceptúe el régimen previsto en el ET, los criterios establecidos para su aplicación quedan considerablemente flexibilizados. En concreto, procederá la aplicación de la compensación y absorción, como decimos salvo que el convenio colectivo establezca una regulación en otro sentido, no sólo respecto de aquellas condiciones de trabajo en las que concurra la hasta ahora necesaria homogeneidad, sino que es suficiente que exista una simple similitud. De este modo, sólo se requiere que pertenezcan las condiciones a compensar y absorber a un mismo grupo de complementos. En el caso de la sentencia citada, se declararon compensables el complemento de antigüedad y la mejora voluntaria.

Por ello, la falta de determinación de mecanismos específicos sobre compensación y absorción, combinada con la imprecisión que en la práctica observamos a la hora determinar los distintos complementos salariales, amplía la posibilidad de hacer desaparecer las mejoras que provengan de diferente fuente de creación[144].

Del análisis realizado de nuestra muestra, se deriva que la práctica totalidad de los convenios consultados contienen algún tipo de cláusula al respecto. No obstante, la mayor parte de ellos se limitan a reproducir lo establecido en el art. 26.5 ET, siendo muy escasos los convenios colectivos que establecen precisiones apropiadas que impidan la aplicación de la nueva línea jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo. Es más, en la mayor parte de las ocasiones esa simple similitud entre los conceptos objeto de la compensación/absorción es facilitada por los propios convenios colectivos al establecer que la misma alcanzará, incluso, a los complementos salariales no homogéneos[145]. Aunque también es cierto que, en algunas ocasiones, se excluye de la aplicación de esta institución a determinados complementos[146], o se exige que sólo puede llevarse a cabo en el marco de los mismos tipos de complementos.

---

[143] STS 25 de enero de 2017 (RJ 2017/507) y 10 de enero 2017 (RJ 2017/1207).

[144] Gordo González, L., «La regulación de la compensación y absorción en la negociación colectiva a la vista de la última jurisprudencia», *Revista de información laboral*, nº 8, 2017, pp. 207-213.

[145] Art. 3 VI Convenio colectivo de la empresa "Suites Hotels, S.L (BOP Cádiz, 1 de agosto de 2017). Art. CC de empresa Hotel Flamero, S.L. (BOP Huelva 2 de septiembre de 2010); CC Restaurantes McDonald's, S.A.U. (BOP Sevilla, 16 de junio de 2016).

[146] Art. 6 CC para la empresa Mairegui, S.L. (BOP Cádiz de 15 de septiembre de 2016).

## 6. CONCLUSIONES

Llegados a este punto de nuestro estudio, sólo nos queda realizar una última reflexión sobre la consecución de los objetivos perseguidos al inicio del mismo. Como se recuerda, el análisis de los aspectos salariales de la más reciente experiencia negocial en nuestra Comunidad Autónoma se ha llevado a efecto con la finalidad de detectar si las fuertes expectativas flexibilizadoras puestas por el legislador de la última reforma laboral en la negociación colectiva se han cumplido o no. Por otra parte, hemos tenido la pretensión de constatar si nuestro actual modelo de negociación colectiva está contribuyendo a frenar o potenciar algunos de los caracteres más significativos de nuestra realidad laboral. En concreto, nos hemos detenido, especialmente, a comprobar si cuestiones tales como la desigualdad creciente entre colectivos de trabajadores, la reducción generalizada del poder adquisitivo de los salarios o el sorprendente fenómeno de las derivas salariales negativas tienen su origen en nuestra experiencia negocial.

Respecto al grado de "aprovechamiento" que la negociación colectiva está mostrando de los instrumentos flexibilizadores más destacados de la reforma, nuestro estudio confirma los datos estadísticos hasta ahora publicados. Los convenios colectivos de empresa no se han generalizado, aunque avanzan lentamente. Todavía es porcentualmente muy escaso el número de trabajadores que en nuestra Comunidad Autónoma se encuentran sujetos a un convenio colectivo de empresa. Por el contrario, los convenios colectivos sectoriales provinciales continúan siendo el instrumento preferente de regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores andaluces y ello a pesar de la clara intención de los convenios colectivos sectoriales nacionales por ocupar este espacio. Del mismo modo, es porcentualmente poco significativo el volumen de inaplicaciones convencionales llevadas a cabo desde la reforma que, además, se han demostrado poco efectivas para alcanzar la pretensión de mejora empresarial perseguida, teóricamente, por la reforma[147]. La misma conclusión hemos alcanzado tras examinar las cláusulas sobre vigencia temporal de los convenios colectivos seleccionados. La práctica totalidad de las mismas excluyen la aplicación de la regulación legal sobre ultraactividad, por lo que no puede afirmarse que el temor al vacío normativo esté obligando a los trabajadores a negociar a la baja sus condiciones de trabajo.

Sin embargo, a pesar de no estar siendo demasiado utilizados los instrumentos flexibilizadores, de los datos estadísticos se desprende que nuestro sistema de relaciones laborales se ha visto sacudido por un fuerte embate precarizador, sobre todo en lo que se refiere a la diferencia de

[147] Cfr. Rodríguez Gutiérrez, C. y Canal Domínguez, J.F., «Análisis de las inaplicaciones de convenios tras la reforma laboral», *cit.*, pp. 80-81.

retribución entre trabajadores cualificados y aquellos que acceden al mercado de trabajo para la realización de trabajos peor valorados. Esta diferencia se incrementa si tomamos también en consideración el elemento del momento de incorporación a la empresa como parámetro de comparación.

El fenómeno del incremento de la brecha salarial sí tiene su reflejo en el ámbito de la negociación colectiva. En concreto, la aprobación de mecanismos de desigualdad salarial puede contribuir a este fenómeno. Sin embargo, no explica su significación social, dado que estas diferencias retributivas suelen estar presentes, especialmente, en los convenios colectivos de empresa que, como hemos afirmado anteriormente, tienen un porcentaje de cobertura reducido si lo comparamos con el que poseen los convenios colectivos sectoriales, donde apenas se detectan las mismas, al menos en lo que se refiere a nuestra selección.

Es decir, que continuamos sin poder determinar cuáles son las razones que explican el descenso del nivel de ingresos de los trabajadores y las crecientes diferencias retributivas entre colectivos laborales. Tampoco contribuye a este objetivo el análisis de las cláusulas convencionales referentes a nuestro objeto de estudio. Puesto que, si bien se detectan ciertos mecanismos que podrían contribuir a provocar dichos fenómenos, no puede afirmarse que existan una línea de tendencia clara en este sentido. Encontrando, por el contrario, una enorme diversidad al respecto.

El aumento del trabajo a tiempo parcial no elegido podría ser una de las explicaciones, pero no es suficiente, sobre todo si lo combinamos con el creciente fenómeno de la deriva salarial. Efectivamente, conforme a los datos manejados, la diferencia entre el salario medio real de los trabajadores y el previsto convencionalmente se ha incrementado desde el inicio de la crisis.

Estamos en condiciones de aventurar una hipótesis que explique esta situación, aunque la misma es de difícil constatación. En concreto, estamos convencidos de que el enorme potencial flexibilizador de los instrumentos introducidos por la reforma de principios de la década se ha convertido en una permanente amenaza para los trabajadores, en especial, en las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestra realidad económica. El empresario está consiguiendo reducir las condiciones de trabajo de su empresa a través de instrumentos aformales, ante la amenaza de instrumentos legales que no presentan demasiadas dificultades prácticas para su aplicación[148]. Es decir, el

[148] Podríamos citar como ejemplo, expuesto ante nosotros por los trabajadores implicados, la aprobación del último Convenio colectivo sectorial Industrias del Metal de la Provincia de Córdoba (BOP 17 de agosto de 2017). Tras una larga y conflictiva negociación, se consiguió aprobar este convenio colectivo. Pues bien, apenas un mes después, algunas de las empresas del sector han conseguido sendos acuerdos de inaplicación de las partidas salariales previstas

método preferido para la gestión de la crisis ha sido el incumplimiento de los convenios colectivos en vigor.

Es más, los elevados niveles de desempleo que se produjeron tras el estallido de la burbuja financiera han facilitado que las empresas hayan decidido, directamente, no cumplir con la normativa laboral a través, especialmente, de reducciones de salario o incrementos de jornadas no retribuidas. Esta hipótesis se ve ratificadas si examinados la evolución del volumen de sanciones impuestas por la Inspección de Trabajo ante incumplimientos de la normativa laboral. En concreto, el número de expedientes sancionadores iniciados por este organismo se ha incremento en un 33,09 % en el año 2015 respecto al anterior año. Este dato se hace todavía más significativo si constatamos que, desde el año 2011, en todos los años anteriores el volumen de expedientes se ha ido incrementando por encima del 30 %. El mayor número de estas actuaciones han tenido como objeto incumplimientos relacionados con la jornada de trabajo y los salarios (33,25 %), cuyo crecimiento específico superó el 50 % desde el año 2011[149]. Estos datos explican, desde nuestro punto de vista, el hecho constatado por Fernández Kranz en virtud del cual la mayor parte de la reducción salarial tras la crisis se corresponde con lo que este autor denomina «parte no-explicada» de la diferencia salarial entre 2008 y 2015 y que, por sí misma, implica la reducción de un 9,9 % de los salarios de los trabajadores tras la crisis. Este fenómeno se dispara a partir del año 2011, coincidiendo con la recuperación parcial del empleo[150].

Sólo nos queda advertir que la brecha salarial existente entre las distintas Comunidades Autónomas no ha dejado de crecer. La diferencia de la retribución media entre el País Vasco y nuestra comunidad, que sigue ocupando el cuarto peor puesto pero muy cerca del último ocupado por Extremadura, se ha incrementado considerablemente. En concreto, el salario medio de la comunidad vasca es de 2085,2 € mientras que el de Andalucía sólo asciende a 1686,4 €, lejos, además, de la media nacional que se sitúa en 1878,1 €.

---

en el mismo. Puede verse, a título de ejemplo, las inaplicaciones aprobadas para las empresas El Arcángel Industriales Metálicas, S.L.; Empresa Ensayos y contraste de Metales preciosos de Córdoba, S.L.; y Empresa Metálica Torrero, S.L. Todas ellas aprobadas el 13 de octubre de 2017. Esta es la posición mantenida por Cruz Villalón, J., Rodríguez-Ramos Velasco, P., Gómez Gordillo, R. y Ferradans Caramés, C., «La reforma de la estructura de la negociación y su incidencia en la segmentación laboral», en Cruz Villalón, J. (dir.), El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 353.

[149] Datos obtenidos del *Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2015*, MESS, 2016.

[150] Véase Fernández Kranz, D., «Los salarios en la recuperación española», *Cuadernos de Información Económica*, nº 260, 2017, p. 7-9; y del mismo, «Ingresos salariales en España durante la crisis económica: ¿ha sido efectiva la reforma de 2012?», *Cuadernos de Información Económica*, nº 246, 2015, pp. 35 y ss.

Evidentemente, esta situación no puede explicarse a través del análisis de la negociación colectiva. Sin embargo, sí hemos podido constatar un hecho significativo. Le tendencia a la centralización de la negociación colectiva, al margen del instrumento previsto en el art. 84.2 ET, no está sirviendo para reducir dichas brechas entre comunidades. Por el contrario, hemos detectado convenios colectivos sectoriales nacionales en los que se crean tablas salariales con fuertes dobles escalas comunitarias[151].

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C.L., «Salarios y negociación colectiva», en AA.VV., *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 25 y ss.

ALZAGA RUIZ, I., «La retribución variable: especial consideración del *bonus,* la participación en beneficios y la retribución por objetivos», *RGDTSS,* nº 38, 2014.

ARAGÓN GÓMEZ, C., NIETO ROJAS, P. y PÉREZ DEL PRADO, D., «Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial», en *Observatorio de la negociación colectiva: revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica,* Cinca-CCOO, Madrid, 2013, pp. 53 y ss.

ARBULÚ, J., «El Ebitda está de moda», en https://web.archive.org/web/20060409220309/http://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/art641.html. Consultado el 3 de noviembre de 2017.

BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J., «La lesividad de los convenios de empresa concurentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET», *Revista de Derecho Social,* nº 59, 2012.

BORREGO GUTIÉRREZ, M., «El papel de los convenios colectivos en la articulación de la solución a las discrepancias surgidas en los procedimientos de inaplicación del convenio colectivo», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 3, 2016, p. 256.

CALVO GALLEGO, F.J. y GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, M.R., *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: El impacto de las últimas reformas legales,* Laborum, Murcia, 2017.

[151] Véase, a este respecto, el CC estatal de restauración colectiva (Resolución de 24 de febrero de 2016. BOE de 22 de marzo). Así, por ejemplo, los salarios previstos en este convenio para la categoría de jefe de recepción oscilan entre los 1595,53 € para Gipuzkoa, en tanto que en Almería sólo alcanza los 1090,59 €.

CASAS BAAMONDE, M.E., «La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa», AA.VV., *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012,* Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 43-44.

CORREA CARRASCO, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *R.D.S.,* nº 59, 2012, p. 37.

COSTA REYES, A., «La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva», *R.L.*, nº 7, 1999.

CRUCES AGUILERA, J., «El contenido de los convenios colectivos: retribuciones», en AA.VV., *El impacto de la reforma laboral de 2012 en la negociación colectiva (2013-2015),* Lefbvre, Madrid, 2016, pp. 100 y ss.

CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, Madrid, MESS, 2015.

-El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

CRUZ VILLALÓN, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011», en *XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y RRLL.*, CARL, Sevilla, 2012, pp. 17-76.

DEL REY GUANTER, S. (coord.), *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma de 2012,* Madrid, MESS, 2016.

FERNÁNDEZ KRANZ, D., «Los salarios en la recuperación española», *Cuadernos de Información Económica*, nº 260, 2017, p. 7-9.

-«Ingresos salariales en España durante la crisis económica: ¿ha sido efectiva la reforma de 2012?», *Cuadernos de Información Económica*, nº 246, 2015, pp. 35 y ss

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Pobreza y reforma en la negociación colectiva», en Calvo Gallego, F.J. y Gómez-Álvarez Díaz, R. (dir.), *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo: Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, Editorial Laborum, 2017, pp. 267-287.

FINA SANGLAS, L., GONZÁLEZ DE LENA, F. y PÉREZ INFANTES, J.I., *Negociación colectiva y salarios en España,* CES, Madrid, 2001, pp.154-155.

GARCÍA QUIÑONES, J.C., «El régimen jurídico de la retribución en el ordenamiento español: herencias y tendencias», *R.L.*, nº 1, 2013

GÓMEZ RUFIÁN, L., «El crecimiento salarial fijado en la negociación colectiva y las "derivas salariales": revisión sectorial a la luz del nuevo "índice de precios del trabajo"», *Revista Información Labora*l, nº 1, 2017.

- «La vinculación entre salarios y productividad: teoría económica y experiencias innovadoras en la negociación», *Revista Información Laboral*, nº 4, 2015, p. 10.

- «Limitaciones a la inaplicación de convenios en la negociación colectiva tras la reforma de 2012», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2015.

- «Estimación del salario por trabajador según el "índice de precios del trabajo", *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2017, pp. 237-277.

- «La evolución de la desigualdad salarial en España según las características personales y jurídico-laborales de los trabajadores», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2017.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y ILLUECA BALLESTER, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo,* Sequitur, Madrid, 2012.

LAGO PEÑAS, M., «Análisis gráfico de la pobreza y la desigualdad salarial», *Cuadernos de acción sindical de CCOO,* 2015, pp. 7-8.

LYON-CAEN, G., *Droit du Travail,* París, Dalloz, 17ª edición, 1994.

LLOMPART BENNÀSAR, M., «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *T.L*., nº 122, 2013.

MERCADER UGUINA, J., «¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?: la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral», en AA.VV., *Cl*áusulas *de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, Madrid, 2015, pp. 83 y ss.

- «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios colectivos», en *La reforma de la negociación colectiva,* Lex Nova, Valladolid, p. 95.

- «Retribución variable y principios del Derecho del Trabajo», *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 5, p. 201.

MOLINA MARTÍN, A., ESPÍN SAEZ, N. y NIETO ROJAS, P., «Complementos salariales por mayor trabajo realizado y complementos vinculados a resultados de la empresa», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar,* Cinca, Madrid, 2008, p. 34.

MUÑOZ RUIZ, A.B., «Cláusulas potestativas de inaplicación del convenio colectivo de sector: flexibilidad normativa versus rigidez convencional», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2015.

PEDRAJAS MORENO, A., PEDRAJAS QUILES, P. y SALA FRANCO, T., *La retribución flexible. Tratamientos fiscal y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PÉREZ INFANTE, J.I., «La crisis económica, las reformas laborales y la negociación colectiva», *Revista de Economía Labora*l, nº 13 (2), 2016, p. 126.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, C. y CANAL DOMÍNGUEZ, J.F., «Análisis de las inaplicaciones de convenios tras la reforma laboral», *Revista de Economía Laboral*, nº 13 (2), 2016, pp. 65-91.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios», en Escudero Rodríguez, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012.

RUIZ CASTILLO, M.M.., «Garantía y tutela de la libertad sindical», en *30 años de la LOLS. Perspectivas y retos (XXXIV Jornadas Andaluzas de DTSS)*, CARL, Sevilla, 2015, pp. 145 y ss.

RUIZ CASTILLO, M.M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V., «El convenio de empresa y la Audiencia Nacional», *A.S.,* Vol. 5, nº 7, 2012, pp. 15-24.

SERRANO ARGÜESO, M., «Flexibilidad salarial interna versus pobreza de los trabajadores», *D.L*., nº 111, 2017, pp. 11-112.

SOLER ARREBOLA, J.A., «Estructura salarial», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 353.

TODOLÍ SIGNES, A., «Salario y negociación colectiva: últimas tendencias», AA.VV*., Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, Navarra, 2015, p. 351.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», *R.L.,* nº 23-24, 2012, pp. 221-257.

-*Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTSS, 1994.

VILA TIERNO. F., «Límites de la prioridad aplicativa del convenio colectivo», *Derecho de las RR.LL*., nº 5, 2017, pp. 450-458.

VIVERO SERRANO, J.B., CRUZ VILLALÓN, J., PÉREZ REY,

J., SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. y MORATO GARCÍA, R., «La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial», en AA.VV., *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma de 2012*, Lefbvre-El Derecho, Madrid, 2016, pp. 97 y ss.

# MODALIDADES DE CONTRATACIÓN Y EMPLEO

FRANCISCO VILA TIERNO

*Prof. Titular de Dº del Trabajo y la Seguridad Social*

Universidad de Málaga

Magistrado (supl.) Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN GENERAL
2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MODALIDADES DE CONTRATACIÓN. REPARTO DE CONTENIDOS Y ARTICULACIÓN
3. LA RELACIÓN LEY-CONVENIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. PUNTOS CLAVE
4. EL CONTENIDO CONCRETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA MÁS RECIENTE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL
   - 4.1. GENERALIDADES Y REMISIONES
   - 4.2. DESARROLLO DE TIPOS DE CONTRATOS RESPECTO A DURACIÓN Y CONDICIONES LABORALES, PUESTOS, TAREAS, ACTIVIDADES Y FUNCIONES. ESPECIAL ATENCIÓN AL FIJO DE OBRA
   - 4.3. CONCRECIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL
   - 4.4. CONTRATOS FORMATIVOS
   - 4.5. PRIORIZACIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO Y VÍAS DE CONVERSIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL FIJO DISCONTINUO
   - 4.6. OTROS CONTENIDOS: BOLSAS DE TRABAJO Y PERÍODO DE PRUEBA
5. UNA BREVE CONCLUSIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

## 1. INTRODUCCIÓN GENERAL[1]

En un análisis del contenido de la negociación colectiva que se pretende suficientemente significativo, tres son los elementos que deben actuar como punto de partida: a) las materias a desarrollar; b) el alcance del muestreo y; c) los instrumentos a analizar. No obstante, antes de abordar, al menos de manera breve, cada uno de ellos, es preciso aludir a una característica que, aunque tiende a ser evitada, resulta en parte inevitable –parcialmente- en un trabajo de esta naturaleza: el carácter descriptivo.

En este sentido, para hacer frente a los requerimientos que plantean aquellos tres puntos iniciales de referencia debemos dar una respuesta a un interrogante preliminar: ¿qué objeto se persigue con el análisis formulado?

A estos efectos, no se quiere hacer una mera glosa o reiteración de las cláusulas convencionales que recojan cada una de las materias a tratar –evitando así su carácter meramente descriptivo-, sino que, la finalidad, consiste, en esencia, en comprobar el grado de evolución y desarrollo de tales materias en el seno de la negociación colectiva con el marco normativo vigente y producto, fundamentalmente, de la reforma laboral del año 2012.

Desde tal premisa, podemos afrontar la relación de los reiterados elementos, si bien, para una explicación más coherente y ordenada debemos comenzar con el último de ellos, esto es, determinar los instrumentos a analizar.

En este punto, lo más importante es una remisión a otro apartado de esta obra, el que se refiere concretamente a la estructura de la negociación colectiva, puesto que ésta resulta determinante a la hora de especificar los contenidos de la misma. De manera más concreta o como conclusión de lo anterior: no podemos saber cuál es el contenido de la negociación colectiva si no sabemos cuáles son los instrumentos o frutos que conforman su estructura. A partir de ahí, será posible centrar el objeto del presente análisis.

Pero al señalar la estructura no basta con relacionar los diferentes productos de la negociación colectiva, sino que es necesario estudiar cómo se relacionan o articulan entre sí y respecto a la ley. Sea como sea, esta es una cuestión ya abordada y que resulta instrumental para enfocar el estudio del contenido de aquella, pero que, sin embargo, resulta determinante, porque, como hemos afirmado, nos sitúa ante uno de los elementos de partida.

[1] Debe advertirse que la presente introducción general es común para las tres ponencias que integran el apartado del Programa bajo el título "Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral" y que han sido asumidos, además de por quién suscribe, por los profesores Escribano y De la Flor.

De este modo, habremos de recurrir a las ya clásicas teorías de relación entre normas laborales, y retomar, la clasificación entre exclusión, suplementariedad, complementariedad y supletoriedad[2]. Y lo que vienen haciendo las sucesivas reformas laborales es, en aras de la tan cacareada flexibilidad[3], es potenciar la aplicación de la última –supletoridad- respecto de lo regulado en ámbitos inferiores frente a superiores. Esto es, se tratan de romper barreras que han significado un umbral mínimo inderogable para estrados más reducidos, dejando totalmente en manos de las partes negociadoras su regulación. Y ello se consigue a través de tres vías: mediante la reconfiguración de las reglas de articulación y concurrencia generales (art. 84 ET y sus excepciones), fijando reglas de concurrencia específica para materias concretas (v.gr. tiempo de trabajo en el art. 34 ET) y estableciendo mecanismos de revisión o sucesión de convenios que se postulan como dinamizadores del sistema[4].

Recordemos, a tal fin, que la reforma laboral de 2012 nos sitúa ante el siguiente panorama respecto a la articulación y concurrencia[5]:

A.- Regla general de no afección art. 84 ET: vigente un convenio colectivo no podrá ser afectado por otro de ámbito distinto[6].

B.- Excepciones a la regla general de concurrencia del art. 84 ET (que se declara supletoria):

- Art. 83.2: Acuerdo Marco o convenio colectivo sectorial. Pueden fijar estructura de negociación colectiva y reglas para resolver concurrencia de convenios

- Art. 84.2: Convenio de empresa (o grupo de empresas), que pueden negociarse en todo momento, aún vigente el convenio sectorial, tiene prioridad aplicativa (no modificable por acuerdos 83.2) para determinadas materias:

- Cuantía Salario Base y complementos salariales

---

[2] Vid. el ya clásico Martín Valverde, A. "Estructura y proceso de la negociación colectiva", Economía y sociología del trabajo, nº 18, 1992.

[3] V.gr. Preciado Domènech, C.H. "La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", Temas Laborales núm. 118/2013. Pág. 14. Vid. tb. Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 33, 2013.

[4] Vid. de manera global el alcance de la reforma en Rodríguez Piñero, m.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E. "La nueva reforma Laboral", Relaciones Laborales, nº 5, 2012.

[5] Vid. Gorelli Hernández, J. "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IUSTEL, nº 28, 2012, págs. 24 y ss.

[6] Mercader Uguina, J. "Art. 84. Concurrencia" en AA.VV. (Cruz Villalón, J.; García-Perrote Escartín, I.; Goerlich Peset, J. M., direcc), Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Lex Nova, Valladolid, 2012 (2ª edic).

- Abono o compensación horas extra y retribución específica de trabajo a turnos

- Horario y distribución de tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y planificación anual de vacaciones

- Adaptación a empresa del sistema de clasificación profesional

- Adaptación a empresa de modalidades de contratación

- Conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

- Más lo previsto en acuerdo 83.2 ET que puede añadir

- Art. 84.3 y 4: Convenio de ámbito de CC.AA.

- Puede afectar a uno estatal

- Quorum cualificado

- Reserva de materias:

-Período de prueba

-Modalidades de contratación

-Clasificación profesional

-Jornada máxima anual de trabajo

-Régimen disciplinario

-PRL (normas mínimas)

-Movilidad geográfica

-Salvo lo dispuesto por acuerdo art. 83.2

- Art. 41.6 ET: Modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo estatutario: remisión al Art. 82.3 ET: Descuelgue convencional. Precepto que incluye entre sus materias: a) Jornada de trabajo; b) Horario y distribución del tiempo de trabajo; c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración y cuantía salarial; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39; g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Pero, en cualquier caso, ya hemos advertido que existen una serie de reglas específicas de concurrencia para materias concretas. Esto es, mientras que las anteriormente citadas –generales- disponen cómo será el reparto de contenidos entre convenios y, en su caso, como se configura la remisión legal de materias a la negociación colectiva –esto es, a que convenios atribuye la regulación de materias-, en las segundas –específicas- se establecen formas dis-

tintas de relación que se apartan de aquella regulación genérica y que suponen establecer, esencialmente, otras fórmulas de relación entre normas laborales atendiendo a los modelos teóricos enunciados –exclusión, suplementariedad, supletoriedad, complementariedad-.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando se ordena la duración del contrato eventual -art. 15.1b) ET-. En el que se atribuye la posibilidad de modificación, en términos de suplementariedad, exclusivamente a los convenios colectivos sectoriales y con preferencia al que tenga ámbito superior -eliminando, por consiguiente, la prevalencia del convenio de empresa en esta materia-.

Esta configuración de las distintas relaciones ley-convenio obliga, necesariamente, a estudiar, de manera particularizada y respecto a las materias objeto de análisis, los preceptos estatutarios que disponen la referida articulación específica remitiendo a la regulación por convenio colectivo. Y, consecuencia de lo anterior, rastrear estos contenidos en la regulación convencional a la que se haya remitido la ley.

No obstante, ello nos sitúa ante otro horizonte. Pongamos por caso, la referencia del art. 34.2 ET (tiempo de trabajo) al acuerdo de empresa. Si se enfoca de otro modo o a la inversa, habremos de llegar a la siguiente reflexión: tal acuerdo de empresa, como fruto de la negociación colectiva –que incluye, ciertamente todos los acuerdos entre empleador y representantes de los trabajadores- puede regular, de igual manera, materias específicas, si bien, como es sabido, no hay una concreción mínima del acuerdo de empresa, salvo cuando, como acuerdo de reorganización productiva, se regula, v.gr., en el marco del art. 41 o 51 ET. Lo importante es que aquellos acuerdos constituyen parte de esa negociación colectiva de la que se analiza su contenido.

Por último, respecto a las posibilidades de la negociación colectiva y enlazando con lo anterior, las llamadas a los acuerdos se amplían y son una realidad central en este diseño de flexibilidad negociada cuando se establece la posibilidad de llevar a cabo un descuelgue convencional o un acuerdo que indique el régimen de ultraactividad del convenio. Tanto en uno como en otro, se pueden abordar una serie de materias que, obviamente, puede diferir de su regulación inicial del convenio del que parten, estableciendo, de este modo, una nueva frontera en los contenidos de la negociación colectiva.

Todo ello tiene una razón de ser y que no es otra que la de incrementar la flexibilidad interna[7]. Una flexibilidad interna negociada que quiere dejar en manos de las partes la regulación de aquellas materias, por vía convencional,

[7] Valdés Dal-Ré, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", Relaciones Laborales, nº 18, Octubre 2012, Tomo II, Editorial La Ley.

que supongan una mayor adaptabilidad a las necesidades del mercado[8]. Sin embargo, dicha flexibilidad no tiene un perfil único, sino que se presenta de diferentes modos y que se apoya en la utilización de diferentes medios para alcanzar sus fines. De esta manera, lo que pretende articular es un amplio entramado de frutos de la negociación con el objeto de situar la regulación de cada materia en ámbitos cada vez más reducidos. Concluir si tal intención del legislador se ha conseguido o no, solo es posible sobre la comprobación in situ de la actuación de los agentes sociales en el marco de su autonomía colectiva.

Nos encontramos así con muy diversos instrumentos que pueden conformar el contenido de la negociación colectiva en una materia específica. Tanto de carácter estatutario, como extraestatutario. Desde los Acuerdos Marco y Acuerdos sobre materias concretas, pasando por los convenios de sector y la prioridad de los convenios de empresa, los acuerdos en el marco del descuelgue convencional o los específicos de adaptación para determinadas materias en el caso de ultraactividad o, los acuerdos de empresa en términos generales, e incluyendo, además, los Acuerdos y Pactos cuyos destinatarios son los funcionarios públicos o aquellos de naturaleza mixta aplicables a los empleados públicos en régimen laboral o funcionarial.

Ello nos sitúa ante un horizonte inabarcable e incluso inaccesible por la falta de obligatoriedad, en algunos casos, de una tramitación formal y, por tanto, de registro, de alguno de ellos, lo que los coloca fuera del alcance general. Siendo así conscientes que, de acuerdo a lo ya establecido respecto a la estructura de la negociación colectiva, los márgenes de la misma son extremadamente amplios, resulta conveniente si se quiere analizar el contenido de la negociación colectiva, fijarse unos parámetros de referencia. En este orden, debemos tener presente que en gran cantidad de ocasiones los negociadores, por parte de los trabajadores, son los mismos, o mejor dicho, se integran en las mismas organizaciones sindicales que marcan pautas comunes a la negociación.

Así, por tanto, una finalidad del examen de la negociación colectiva será determinar la existencia de tendencias o líneas de actuación y sus salvedades, si aquellas existen, pero, fundamentalmente si, vía negocial, se ha asumido, o no, la apuesta por la flexibilidad del legislador.

A tal fin, la metodología utilizada será la de realizar un muestreo amplio, en una selección de sectores de actividad muy significativos en cuanto al vo-

[8] Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 33, 2013.

lumen de ocupación, de manera vertical, de modo que partiendo del ámbito estatal, se compruebe el contenido de Acuerdos Marcos o de materias concretas, convenios estatales o interprovinciales, de comunidad autónoma, provinciales y, si se ha regulado a nivel de empresa con la prioridad aplicativa en determinadas materias. Pero además, se comprobará si en tales instrumentos se ha incluido, de algún modo, la articulación específica que el ET dispone para materias concretas.

Delimitado, por tanto, el objeto de la muestra, las materias asumidas son, sin duda, tres que permiten realizar el análisis en los términos planteados: modalidades de contratación y empleo, tiempo de trabajo y salario. Materias que se repiten tanto en diversas figuras de flexibilidad general –descuelgue, prioridad aplicativa del convenio de empresa-, como específica –v.gr. fijación de la estructura del salario-.

Consecuencia del análisis anterior, será posible concluir si la reforma laboral del año 2012 ha sido –o no- llevada a cabo con éxito y se ha reflejado realmente en el contenido negocial, pero, al tiempo, dibujar las líneas maestras de determinadas condiciones laborales de carácter sustancial para el trabajador de acuerdo con la práctica negocial.

A ello dedicaremos los siguientes epígrafes.

## 2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MODALIDADES DE CONTRATACIÓN. REPARTO DE CONTENIDOS Y ARTICULACIÓN

Cuando se aborda el tema de la contratación laboral, y a la espera de la evolución normativa que se avecina como consecuencia de la cada vez más intensa y relevante jurisprudencia comunitaria, aparecen, casi de manera absoluta, todas las expresiones del concepto de flexibilidad.

Y es que, en primer término, la existencia o introducción de mecanismos ágiles de contratación, se entiende, facilita el acceso al mercado de trabajo, por lo que, de un lado, nos referimos a la flexibilidad de entrada.

En un segundo término, esta flexibilidad de entrada, se encuentra íntimamente relacionada con la flexibilidad interna, puesto que se pretende que las empresas, el mercado en general, adapte las referidas modalidades contractuales a sus necesidades más concretas. Esto es, volvemos al concepto de adaptabilidad. Se consolida así una relación que se retroalimenta entre ambos tipos de flexibilidad –que son dos caras de una misma realidad- puesto que a mayor adaptación a las necesidades de la empresa mediante una regulación convencional ad hoc, mayores serán las posibilidades de generar empleo, siempre y cuando las fórmulas contractuales sean suficientemente flexibles para incor-

porar ese reiterado grado de adaptabilidad y, en suma, sean capaces de admitir la posibilidad de someter su regulación a escenarios de negociación colectiva de un ámbito reducido. De este modo, encontramos una ordenación flexible de la relación ley-convenio que, en esta materia, deja en manos de los negociadores cerrar determinados aspectos concretos sobre contratación laboral.

Por último, enlazamos con la flexibilidad de salida. En este punto, dos son las líneas que pueden explorarse. De un lado, la posible utilización de modalidades de contratación temporal que admite una salida de personal más fluida y fácil para el entorno empresarial y, de otra, la posible introducción de trabas o barreras, bien sea a la utilización de la misma contratación temporal, bien sea a la facilitación de la extinción mediante el establecimiento de gravámenes o garantías adicionales para los trabajadores.

Sea cuál sea el tipo de flexibilidad al que nos referimos, dos son las cuestiones esenciales que deben resolverse. Así, por una parte, es preciso indicar cuál es el grado de flexibilidad que han introducido las sucesivas reformas laborales y, en particular, la última de ellas y, por otra, que actitud ha adoptado la negociación colectiva en esta materia: ¿ha incidido en la flexibilidad o ha apostado por revertir la misma mediante el establecimiento de una ordenación garantista o en pos del "trabajo decente"?

La crisis económica, acompañada, en primera persona, por la crisis de empleo, ha llevado a ésta a niveles inasumibles por una economía de libre mercado. Precisamente la ley de la oferta y la demanda, en un contexto de desempleo generalizado, ha supuesto una evolución a la baja de las condiciones labores y, en este marco, es cuando la legislación puede incidir o favorecer esta rebaja de garantías o, por el contrario, establecer mínimos inderogables recordando aquello que fue el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo[9].

Así, como hemos afirmado, las reformas labores sucesivas, con la formulación de una legislación de urgencia, han optado por primar el fomento de la ocupación –otra cosa es que se consiga- a costa de introducir incentivos legales –al margen de los económicos- cuyo principal elemento caracterizador es, como se ha dicho, la adaptabilidad a las necesidades empresariales y, para ello, lo que se ha planteado ha sido que los mismos sujetos que intervienen en las relaciones labores, los mismos protagonistas y, especialmente en el ámbito de la empresa, determinen los rasgos que deben definir la contratación atendiendo a la situación concreta de cada unidad de negociación.

[9] Sobre este particular y la evolución más reciente del Derecho del Trabajo y de la protección del trabajo decente, vid. la extraordinaria obra *La Metamorfosis del Derecho del Trabajo* de Monereo Pérez, J.L. Historia y Cultura del Trabajo, Bomarzo, 2017, catalogado como el mejor libro de Derecho laboral del año 2017 (todojuristas.com).

Pero ¿qué han hecho tales negociadores? De las estadísticas oficiales se puede desprender una rebaja en la calidad del empleo, con una reducción de los niveles salariales o de una mayor temporalidad. Las organizaciones sindicales y parte sustancial de la doctrina científica apunta a la incidencia de la reforma laboral del año 2012 en esta tendencia, pero, más allá de señalar esta consecuencia de la acción legislativa ¿ha contribuido la negociación colectiva a ello o se ha utilizado, por el contrario, como mecanismo corrector frente a la reducción de derechos sociales? Y no es baladí esta reflexión, por cuanto que, si se quiere apostar por la calidad en el empleo, ésta debe comenzar a ser garantizada a través de mecanismos negociales, sin que ello suponga una aceptación de la consolidación de la legislación reformista que atendió a una necesidad concreta y coyuntural de carácter económico, pero sin obviar la responsabilidad que los agentes sociales tienen en este campo.

El análisis, por tanto, del contenido de la negociación colectiva resulta esencial, pero no solo para ver la tendencia o los perfiles que ha adoptado la contratación laboral en el seno de la misma, sino para precisar las actuaciones de los negociadores en este ámbito y apuntar, si cabe, nuevas posibilidades al respecto. Pero también para corroborar si la reforma laboral tiene el efecto que se ha señalado y, al tiempo, proponer modificaciones legislativas que corrijan disfunciones, problemas, lagunas o consecuencias indeseadas respecto a los umbrales mínimos en los que debamos situar al denominado "trabajo decente".

## 3. LA RELACIÓN LEY-CONVENIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. PUNTOS CLAVE

Con carácter previo, en la introducción general, se han presentado dos escenarios posibles que ahora deben reproducirse. Una articulación general y una específica[10].

Respecto a la primera, recuérdese que la regla general del art. 84 ET dispone que, en caso de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, se aplicará el primero en el tiempo –prior in tempore, potior in iure-. De esta forma, si un convenio colectivo entra a regular en materia de contratación o empleo –o cualquier otra-, excluye que otro, con posterioridad -y que de alguna manera pueda invadir el ámbito ya ocupado-, entre a regular esa misma materia. Ello nos lleva, necesariamente, a una primera pregunta: ¿qué pueden regular los convenios colectivos al respecto? Pregunta cuya respuesta se contesta mediante la referencia a la articulación específica a la que ya nos hemos referido y que nosotros vamos a situar –para acotar el debate- en el marco

[10] Vid. con detalle al respecto: Vila Tierno, F. *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa*, Editorial Comares, 2017.

de las remisiones que los arts. 11, 12, 14 y 15 ET, realizan respecto de los contratos formativos y de duración determinada, a la negociación colectiva. Pero no únicamente, por cuento que, bien es cierto que los propios convenios colectivos pueden introducir cláusulas o compromisos de empleo y, en este orden, apuestas por la contratación estable.

De lo anterior puede deducirse, por tanto, que cuando un convenio colectivo dispone una regulación sobre contratación, en los márgenes legales que el legislador le ha concedido, queda excluida cualquier otra posterior durante su período de vigencia como consecuencia de la prohibición de concurrencia. De este modo, lo que interesaría, en tal caso, sería ver a qué tipo de convenio se remite la norma legal –sector, sector estatal, empresa…- y estudiar el modo en el que allí se ha configurado los extremos de la contratación que entran en su ámbito de regulación.

Ello nos situaría ante un escenario plano, complejo respecto a la variedad de instrumentos, pero abarcable por su falta de dinamismo. Bastaría con realizar un recorrido desde una mayor extensión y alcance del convenio hacia ámbitos más reducidos, de manera que fuéramos seleccionando aquellos más antiguos en el tiempo.

Y, de nuevo, se abren dos vías: bien las excepciones a la regla general comentada, bien, las remisiones legales en materia de contratación laboral.

En relación a estas últimas, es posible elaborar el siguiente cuadro general (que pretende ser bastante exhaustivo respecto de lo contemplado en el ET):

| Tipo de contrato | Remisión | Tipo de convenio | Referencia normativa |
|---|---|---|---|
| Contrato en prácticas | Determinar puestos de trabajo o grupos profesionales objeto de este contrato (adecuados) Complementariedad | Sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior | 11.1 a) |
| | Duración del contrato (con límites de seis meses a dos años) Suplementariedad | | 11.1 b) |
| | Duración del período de prueba (en defecto de convenio 1 mes) Supletoriedad | Convenio colectivo en general | 11.1 d) |
| | Retribución (en su defecto se fijan límites) Supletoriedad | | 11.1 e) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Contrato para la formación y el aprendizaje | Duración del contrato (con topes legales)<br>Suplementariedad | Convenio colectivo en general | 11.2 b) |
| | Experiencia profesional (suplementariredad) | No se especifica[1] | 11.2 c) |
| | Actividad a desarrollar | No se especifica[2] | 11.2 d) |
| | Tiempo de trabajo efectivo<br>Doble posibilidad: márgenes superiores inderogables (suplementariedad) que admite, por tanto, regulación convencional hasta ese tope, en relación a la jornada fijada en convenio colectivo | Convenio colectivo general | 11.2 f) |
| | Salario (suplementariedad) | Convenio colectivo general | 11.2 g) |
| Contrato a tiempo parcial | Trabajador comparable (fijación de jornada a tiempo completo)<br>Complementariedad | Convenio colectivo general | 12.1 |
| | Modo de distribución de jornada | Convenio colectivo general | 12.4 a) |
| | Interrupción de la jornada laboral (supletoriedad) | Convenio colectivo general | 12.4 b) |
| | Reconocimiento proporcional de derechos (complementariedad) | Convenio colectivo general | 12.4 d) |
| | Conversión en tiempo parcial o viceversa (complementariedad) | Convenio colectivo general | 12.4. e) |
| | Acceso a formación profesional para el empleo (complementariedad) | Convenio colectivo general | 12.4 e) |
| | Topes de horas complementarias respetando los topes legales -30/60%- (suplementariedad)<br>15/30% (suplementariedad) | Convenio colectivo general | 12.5 c) y g) |
| | Preaviso para la realización de horas complementarias (supletoriedad) | Convenio colectivo general | 12.5 d) |
| Contrato de relevo | Fomento de la contratación (complementariedad) | Convenio colectivo general | 12.7 e) |
| Período de Prueba | Duración<br>Supletoriedad<br>Para empresas con menos de 25 trabajadores- Suplementariedad<br>Contratos < 6 meses (supletoriedad) | Convenio colectivo general | 14.1 |
| Obra o servicio | Duración (suplementariedad) | Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior | 15.1 a) |
| | Tareas o trabajos con sustantividad (complementariedad) | Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior, incluidos los de empresa | 15.1 a) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Eventual | Duración y período de referencia (suplementariedad) | Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior | 15.1 b) |
| | Actividades a desarrollar (complementariedad) | Convenio colectivo en general | 15.1 b) |
| | Porcentaje de plantilla eventual (complementariedad) | Convenio colectivo en general | 15.1 b) |
| Conversión en indefinidos | Subrogación, incluye la convencional | Vid. art. 44 ET | 15.5 |
| Contratación temporal | Reconocimiento de derechos. Proporcionalidad Mismos términos si es por antig. | Convenio colectivo en general | 15.6 |
| | Comunicación de existencia de vacantes indefinidos (complementariedad) | Convenio colectivo en general | 15.7 |
| | Criterios objetivos de transformación en indefinidos (complementariedad) | | |
| | Vías de acceso a formación profesional (complementariedad) | | |
| Fijos-discontinuos | Forma y orden de llamada (complementariedad) | Convenio colectivo en general | 16.2 |
| | Posibilidad de celebración a tiempo parcial (complementariedad) | Convenio colectivo de ámbito sectorial | 16.4 |
| | Conversión de temporales en fijos discontinuos (complementariedad) | | |

[1] No se remite a ningún tipo de convenio, pero se fija un tope absoluto que debemos entender como margen absoluto, dentro del cual, la negociación colectiva puede fijar un tope distinto.

[2] No se remite a ningún tipo de convenio, pero se determina que la actividad a desarrollar debe estar relacionada con la formación. De este modo, la negociación colectiva puede establecer aquellas tareas, actividades o puestos que son susceptibles de incluirse en este tipo de contrato.

Y ello al margen de otras posibilidades no relacionadas en el ET como el contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

En términos generales puede decirse que la norma legal concede un amplio margen de acción a la negociación colectiva, cuestión distinta es que ésta aproveche todo el espacio que se le concede. Además, no tiene porqué limitarse a las remisiones explícitas, sino que otros extremos que no han sido expresamente abordadas en la ley podrían ser directamente abordadas por la normativa convencional. Otra cosa es que lo hagan –objeto de concreción por este estudio-.

Así, de este modo, podemos establecer cuatro grandes grupos de medidas a adoptar:

- determinación de puestos, tareas, actividades o funciones a desarrollar;
- duración y condiciones retributivas del contrato;
- concreción del trabajo a tiempo parcial;
- vías de conversión del contrato en indefinido o acceso a la formación.

Retomando, no obstante, aquella articulación general a la que anteriormente nos hemos referido, las excepciones a la regla general del art. 84 ET -una vez que hemos visto el margen de actuación de los convenios colectivos en relación a esta materia-, la más significativa o relevante –en cuanto a su utilización- es la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Esto es, como es sabido, se abandona el criterio cronológico y se acoge el de especificidad, otorgando siempre prevalencia al de ámbito de empresa por encima de cualquier otro. Se trata de una preferencia absoluta, blindada por la ley frente a cualquier otro instrumento negocial, que rompe con la garantía que en tiempos anteriores a la reforma laboral de 2012 suponían los convenios sectoriales ya negociados, en cuanto barreras infranqueables para los de empresa negociados con posterioridad, por la aplicación del criterio del primero en el tiempo.

Hoy por hoy, dicho umbral ha desaparecido, de manera que prima el de empresa, pero únicamente el de empresa –no los de ámbito inferior- y en los términos exactos que establece el legislador[11], esto es, exclusivamente respecto a las materias del art. 84.2 ET[12], entre las que se encuentra "e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa".

El precepto, no obstante, es confuso, porque, ¿a qué se limita? ¿a establecer tal prioridad de manera exclusiva a aquellos aspectos que la ley remita expresa y exclusivamente a los convenios de empresa? Dicho de otro modo, cuando la remisión no sea explícita para el convenio de este ámbito –por ejemplo, un reenvío a los convenios colectivos en general- ¿no se sigue reconociendo dicha prevalencia? En cualquier caso, el mismo art. 84.2 ET se abre a nuevos horizontes en el mismo marco de la negociación colectiva, por cuanto

[11] STS 4385/2016, de 22 de septiembre de 2016 (Id Cendoj: 28079140012016100710).

[12] Ojeda Avilés, A. "El convenio colectivo de empresa prioritario", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 34 (2013), págs. 496 y ss; Valdés Dal-Ré, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012", Relaciones Laborales, n. 23, 2012, (versión on line); Aragón Gómez, C. "La prioridad aplicativa del convenio de empresa tras el RD-Ley 3/2012. Primeros problemas de aplicación práctica del artículo 84.2 ET". SAN 10 septiembre 2012 (AS 2012, 2514)", Revista Doctrinal Aranzadi Social, paraf.num.87/201311/2013 parte Presentación, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (edición on line BIB 2013\437). Vid. tb. Sempere Navarro, A.V. "El convenio de empresa y la Audiencia Nacional", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2012 (versión on line BIB 2012\3077).

que, se posibilita un mayor alcance de materias vía acuerdos o convenios ex art. 83.2 ET.

Sea como sea, ello obliga a situar a los convenios colectivos de empresa en el centro del sistema o, al menos, en un primer nivel de análisis, puesto que si tuvieran una regulación diferenciada respecto al convenio colectivo sectorial primaría aquél frente a éste –bien porque fuera primero en el tiempo por la regla del art. 84.1 ET, bien por la prioridad aplicativa de la regla del art. 84.2 ET respecto a materias como modalidades de contratación-.

En un segundo orden, el art. 82.3 ET regula lo que se ha venido denominado descuelgue convencional. Y que no es otra cosa que la posibilidad de inaplicar el convenio colectivo cuando concurra una causa económica, técnica, organizativa o de producción. En tal caso, mediante un acuerdo de empresa –más exactamente de reorganización productiva, y según los trámites y requisitos establecidos en el art. 41.4 ET, se puede reformular, al menos temporalmente –coincidiendo con la causa que motiva su utilización, si bien no con carácter indefinido- una materia de las que expresamente se incluyen en el listado del precepto citado, sin que entre ellas se incluya referencia alguna a la contratación laboral. Como quiera que el listado es taxativo, no podría, por esta vía, articularse una regulación en paralelo a lo previsto en el convenio colectivo que resulte aplicable a un ámbito concreto. Pero ello no excluye, sin embargo, que aspectos no previstos o regulados en el convenio colectivo y no sometidos a reserva convencional, puedan ser expresamente negociados e incluidos en un acuerdo de empresa con la libertad negocial que tiene esta figura.

Por último, hemos de hacer referencia dos posibilidades distintas: a) la relación entre convenios colectivos de ámbito estatal y autonómico –con indicaciones concretas respecto a contratación laboral- y; b) la posible regulación a través de los acuerdos marco, sobre materias concretas, o convenios colectivos del art. 82.2 y 3 ET.

Respecto a éstos últimos, únicamente señalar que la libertad que tienen los negociadores para determinar su contenido y dada la función de los mismos, es posible establecer reglas que, en materia de contratación, establezca las prioridades y forma de regulación en los diferentes niveles de negociación, por lo que, por ejemplo, se podía reservar la negociación de esta materia a un ámbito determinado o, atribuir la prevalencia a otro distinto. Es significativo, por tanto, establecer si, por esta vía, se han producido diferentes niveles de descentralización o se han reducido las posibilidades de adaptación, teniendo presente, no obstante, que no pueden alterar lo previsto respecto a la prevalencia de los convenios colectivos de empresa, pero sí en cuanto a la regla general del ar. 84.1 o de su excepción del art. 84.3 y 4 ET.

Y, precisamente respecto a ésta, como vía para posibilitar una relación entre convenios colectivos estatales y autonómicos, resulta importante destacar como se establece una reserva de materias para los primeros, entre, ellas, de la regulación relativa al período de prueba y a las modalidades de contratación.

## 4. EL CONTENIDO CONCRETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA MÁS RECIENTE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL[13]

### 4.1. Generalidades y remisiones

Una primera mirada al contenido de la negociación colectiva en relación a contratación laboral, nos lleva a afirmar que, en términos generales, poco establecen, como novedoso o diferencial, los convenios colectivos respecto a esta materia. Independientemente de que nos refiramos al convenio de sector o al de empresa -teniendo presente su prioridad aplicativa-. En este sentido, podríamos decir que no existe, por lo común, un desarrollo que se aparte, sustancialmente, de lo dispone la ley, ni siquiera, en muchos casos, cuando es ésta la que remite a la propia negociación para completar determinados aspectos. Pero, de igual modo, tampoco el convenio de empresa suele incluir una regulación diferente a la del convenio colectivo sectorial (ni mucho menos distinta de la ley). Ello no quiere decir, sin embargo, que no exista una ordenación convencional de la contratación laboral para su ámbito de aplicación, sino que el contenido de la misma, no por ser extenso –en su caso- coincide con el hecho de que sea novedoso –que no lo es en su mayor parte-.

Sea como fuere, en cualquier caso, aunque el convenio colectivo se limite a reiterar lo que dice la ley, no debe desdeñarse la función pedagógica y de utilidad práctica que tiene esto para el trabajador que, de este modo, no debe enfrentarse a la dispersión normativa, teniendo como referencia fundamental, en tal caso, la norma que le resulta más cercana. Y, en particular respecto a determinados aspectos de relevancia en la relación laboral. Entre ellos, los relativos a la contratación y el empleo. Pero, ciertamente, la relación de materias tratadas puede ser muy amplia, de dónde se deriva la necesidad de acotar el estudio. Esto no significa, sin embargo, excluir temas concretos, sino centrarse en aquellos elementos que, por su ordenación convencional distinta de la ley, merezca un tratamiento particularizado, mientras que, para el resto, nos haremos eco de su reiteración normativa, si es el caso.

[13] No se incluye el contrato de interinidad porque la negociación colectiva es absolutamente plana respecto a este contrato, sin señalar absolutamente nada que no esté previsto en la normativa vigente.

Retomando la idea de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, ésta debe ser la primera opción de consulta y análisis. Y recuérdese, en esta línea, las dudas que ya se han manifestado sobre el alcance de tal prioridad por el art. 84.2 ET[14]. Así, por ejemplo, y antes de comenzar directamente con el contenido sobre contratación, es conveniente aludir a determinadas previsiones convencionales sobre las que podrían existir dudas de legalidad. En este orden puede citarse la prioridad absoluta, frente a cualquier convenio y cualquier materia, más allá del art. 84.2 ET que contempla algún convenio colectivo[15] que llega incluso a plantear la inaplicación de cualquier condición que ya estuviera vigente en otro convenio aplicable hasta la entrada en vigor del mismo -*"Altura, Drenajes y Contenciones, S.L."* (BOP Jaén 26/10/2016)[16] o, en los mismos términos *Ursula Consulting, S.L.U* (BOP Jaén 25/10/2016), de dónde se deduce que la coincidencia de ámbito geográfico, funcional y

[14] Merino Segovia, A. "La reforma de la negociación colectiva en el RDL. 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", Revista de Derecho Social, nº 57, 2012, págs. 249 y ss; Mercader Uguina, J. "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad" en Reforma Laboral 2012, Lex Nova, 2012, págs. 363 y ss. Cabeza Pereiro, J. "La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET", Revista de Derecho Social, nº 59, 2012; Perán Quesada, S. "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 33 (2013) pág. 137. Val Tena, A.L. "La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio", Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 2 (2014): 437-478 ISSN: 1698-5583, págs. 437-478, especialmente desde pág. 462 y ss. Sempere Navarro, A.V. "El convenio de empresa y la Audiencia Nacional", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2012 (versión on line BIB 2012\3077).

[15] Por entender que es mejor para los trabajadores: Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013).

[16] Art. 4: "El presente Convenio no podrá ser afectado por otro Convenio de ámbito superior o inferior, que pudiere ser de aplicación a los trabajadores de la Empresa Altura Drenajes Y Contenciones, S.L., teniendo prioridad aplicativa lo pactado en el presente Convenio sobre cualquier otro, especialmente en aquellas materias aludidas en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores. Las condiciones laborales pactadas en el presente Convenio sustituyen a las condiciones laborales que estaban vigentes para los trabajadores de la Empresa Altura Drenajes Y Contenciones, S. L., hasta la fecha de inicio de la aplicación del presente Convenio, fijada en el artículo 2 del presente Convenio Colectivo de ámbito empresarial, quedando sin efecto las mismas a partir de dicha fecha. No serán de aplicación a los trabajadores afectados por el presente Convenio otras condiciones laborales y económicas que no sean las previstas en el mismo, y que estuvieren vigentes hasta la fecha de inicio de la aplicación del presente Convenio por estar fijadas por el Convenio de aplicación hasta el momento del inicio de la aplicación del presente Convenio, sean tanto beneficiosas como perjudiciales para el personal laboral afectado por el presente Convenio. Si por denuncia expresa entre las partes firmantes o por impugnación de dicho Convenio fuera cual fuese el motivo este perdiera su efecto aplicativo y vigencia, a los trabajadores se les aplicara en ese mismo momento las condiciones que anteriormente a la firma del presente Convenio venían aplicándose". En los mismos términos otros convenios colectivos citados.

fechas no es casual, sino con identidad de negociadores y plataformas, sino fuera por el hecho de que se reproduce en los mismos términos, por ejemplo, CC de la *Empresa Francisco Salguero, S.L.* con sus trabajadores (BOP Cádiz 22 de marzo de 2016)-. Como tampoco cabe resaltar el carácter prioritario y preferente del convenio de empresa para regular las relaciones laborales con sus trabajadores, declarando supletorio al sectorial, puesto que ello no es posible respecto a todas las materias. Y sin embargo, aparecen convenios con esta formulación[17].

Debemos entender, no obstante, que un convenio colectivo no tiene una libertad absoluta para determinar su contenido y alcance más allá de los parámetros legales y que, para ello, se fijan las normas de articulación y concurrencia de convenios colectivos. En este sentido, el art. 84.2 ET es taxativo al establecer la prioridad aplicativa respecto al listado de materias enumeradas, únicamente ampliable por un convenio colectivo o acuerdo marco al amparo de lo previsto en el art. 83.2 ET. En cualquier otra circunstancia regiría la aplicación de la regla general de concurrencia del 84.1 ET, por lo que para las materias no contempladas en el reiterado art. 84.2 ET o ampliadas por el también citado art. 83.2 ET, rige la sobradamente conocida *prior in tempore, potior in iure*.

Si ello lo llevamos a un plano absolutamente práctico supondría la inaplicación de una clausula convencional que estableciera de manera indistinta y general una aplicación preferente del convenio de empresa, aun por encima de aquello que se hubiera establecido a nivel sectorial con carácter previo. No en el caso en el que se articulara de un modo adecuado las relaciones entre el convenio sectorial y de empresa en torno al art. 84.2 ET y de acuerdo a lo indicado en el párrafo precedente[18]. Y posibilitaría que, aunque no sea nece-

[17] Restaurantes Temáticos del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015). De igual modo es tampoco es válida la regulación que sitúa como supletorio al convenio de sector en lo no previsto en el de empresa: Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015).

[18] Es modélica, en este sentido, la regulación que realiza el CC de la Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016): "Artículo 8. Concurrencia de convenios. En virtud de lo dispuesto en el Art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, las partes convienen que las normas que recoge el presente convenio, tienen prioridad aplicativa, con respecto a cualquier convenio de ámbito sectorial, sea estatal, autonómico o provincial, con relación a las materias que determina el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En lo no recogido de forma expresa, será de aplicación lo previsto en el Convenio General de Construcción. En el resto de materias en que el convenio de empresa no tiene preferencia aplicativa tal como se recoge en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, será de aplicación lo previsto en el Convenio General de Construcción, salvo que el convenio de empresa establezca una regulación más favorable".

La misma empresa, en el convenio publicado con carácter previo para la provincia de Huelva (BOP Huelva 6/04/2015), no recoge el último párrafo transcrito, que es clarificador respecto de la prioridad aplicativa para las materias que no están incluidas en el art. 84.2 ET,

sario, el convenio de sector pudiera aclarar el correcto reparto de contenidos en función a las materias[19]. Pero sin que pueda excluir, como se hace en algún caso, la prioridad aplicativa del convenio de empresa[20].

Recuérdese, en tal circunstancia, que el precepto estatutario se limita, respecto de la materia que nos ocupa, a "la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa", por lo que, cualquier otra regulación distinta debería atender a lo negociado con carácter previo.

De un modo más concreto podríamos decir que, para entrar a regular por el convenio empresarial cuando rige sobre contratación laboral un convenio de sector, deben concurrir los siguientes parámetros:

- Se trate de una adaptación;
- Se refiera a las modalidades de contratación y;
- Se parta de las remisiones que el propio ET hace al convenio colectivo de empresa.

Esta cuestión, que ya fue objeto de una pequeña referencia en un epígrafe anterior, resulta aquí esencial porque sirve para delimitar si lo que han hecho los agentes sociales a la hora de negociar se corresponde o no con lo previsto en el tantas veces mencionado art. 84.2 ET.

Pero para ello debemos plantear varios interrogantes: ¿cuándo estamos exactamente ante una adaptación? ¿Cuándo se alude a las modalidades de contratación se refiere de manera estricta a las modalidades o pueden incluirse los tipos de contratos temporales del art. 15 ET? Por último, *¿las remisiones al convenio colectivo de empresa a las que se refiere el legislador lo son en*

---

pero aunque no lo dijera, sería consecuencia directa de la propia Ley. No obstante, la redacción que se incluye en el segundo de los convenios por orden cronológico supone una mejora sobre el anterior, lo que debe valorarse positivamente.

De igual modo, con una regulación correcta: General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015).

[19] Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016): "Este Convenio será por tanto el marco de aplicación obligatoria para todas las empresas respecto de aquellas materias que no hayan sido reservadas como prioritarias para el convenio de empresa según el artículo 84.2 ET, o hayan sido remitidas por el propio Convenio Sectorial a la negociación para acuerdo, pacto o convenio en el ámbito de empresa".

[20] Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016): "Artículo 4. Convenios de ámbito distinto. Tanto la parte empresarial como la social, se comprometen a cumplir en su totalidad el presente Convenio colectivo, quedando prohibida la negociación de Convenios de ámbito distinto al presente. No obstante a lo anterior, podrán una o varias empresas pactar con sus trabajadores Convenios de Empresa o grupos de empresas, cuyas condiciones no podrán ser inferiores en cómputo anual, a las del presente Convenio". No parece que se haya entendido lo que significa el art. 84.2 ET.

*sentido literal? ¿o se pueden entender también incluidas aquellas hechas a la negociación colectiva en general? (quién puede lo más, puede lo menos). A tal efecto resulta extremadamente útil el cuadro elaborado anteriormente.*

Siguiendo, por tanto, tales planteamientos, debemos partir, de acuerdo a lo anterior -en el sector de la construcción, sin que existan diferencias significativas según el ámbito geográfico en el que se negocie (aunque sí es cierto que no existe una estructura similar de convenios según provincias)- del convenio de empresa, como centro de regulación convencional en materia de contratación. Aunque rápidamente llegamos a una conclusión: respecto a este punto no hay diferencias sustanciales con los convenios de sector, si bien, esta afirmación tiene que ser matizada.

Concretamente, y en primer lugar, por lo dispuesto en los convenios colectivos nacionales de ámbito sectorial. Pongamos como ejemplo el Convenio Colectivo General de la Construcción (BOE 26/09/2017). En el mismo se fija –en su art. 11- la estructura de la negociación colectiva en ese sector. Una estructura que se apoya en tres referencias: el convenio colectivo general, los acuerdos sectoriales y los convenios colectivos provinciales, de Comunidad Autónoma o ámbito inferior. Respecto al primero, "su contenido regula las condiciones generales de trabajo a aplicar en todo el ámbito sectorial *[...]* se establece buscando una homogeneización de las condiciones laborales de los trabajadores". Los terceros, es decir, los de alcance provincial o autonómico, "tienen por objeto desarrollar las materias propias de su respectivo ámbito de negociación así como aplicar en él los contenidos del presente Convenio y, en su caso, de los acuerdos de ámbito sectorial nacional". Tal previsión se completa –a estos efectos- con lo establecido en el art. 12.1 b) del mismo, que dispone la prioridad aplicativa de éste frente a otros de ámbito inferior, salvo para lo fijado en el art. 84.2 ET para los convenios de empresa (art. 12.2 y 12.6 del convenio, así como por la aplicación del principio de jerarquía contemplado en el art. 13 a)[21], la exclusión de regulación a los convenios colectivos autonómicos vigentes este convenio nacional (art. 12.3) y reservando como materia a los convenios provinciales únicamente la regulación del período de prueba en aquello relativo a contratación laboral (art. 12.4 d). En otros ámbitos, como el Comercio, la compleja estructura de la negociación colectiva del sector, pre-

[21] Resulta especialmente interesante lo previsto en el art. 12.2 del convenio: "Las representaciones sindicales y empresariales firmantes expresan su voluntad de que este Convenio General constituya referencia eficaz para establecer las relaciones laborales en todo el sector de la construcción. A tal fin establecen que los ámbitos inferiores al estatal se deberán remitir a este Convenio General en todas las materias aquí reguladas, así como en calidad de derecho supletorio en el caso de que se alcancen convenios o acuerdos de ámbito inferior, conformes a los términos y requisitos del artículo 84.2 del E.T. Y todo ello dado el carácter de norma prevalente dotada de prioridad aplicativa absoluta que las partes le confieren al presente Convenio".

determina el reparto de contenidos, con una fuerte presencia (y abundante) de convenios sectoriales frente a los de empresa aunque se reconozca de manera continua la prioridad aplicativa de ésta[22].

Y ello se traduce en dos consecuencias: de un lado que actúa como verdadero homogeneizador de las condiciones laborales[23] y, de otro, que todos los convenios de ámbito más reducido, aún los de empresa con prioridad aplicativa, tienden a reproducir –en algún caso a copiar directamente- lo establecido en tal convenio. Lo que se explica, también porque expresamente aparecen reservas de la regulación de la materia sobre contratación laboral para el convenio estatal[24].

Esto significa que, por lo general, por tanto, se respeta lo establecido en el convenio sectorial, pero también, al objeto del análisis, que una vez visto este convenio, se ha visto la mayor parte del contenido en materia de contratación en todo el sector[25]. La duda es si al reiterar el convenio sectorial cuando éste alude a materias reservadas a su regulación en términos de suplementariedad, se debe admitir la regulación a nivel de empresa por entenderse ya habilitada, en su caso, por aquélla –sectorial-.

En segundo lugar, en relación a la semejanza de contenidos de convenios sectoriales y empresariales, la matización de tal afirmación también viene

[22] En este punto, y sin querer profundizar en el estudio de una parte que escapa del alcance de este análisis y es objeto de desarrollo en otro apartado, hay que destacar la compleja estructura del Sector en Comercio. Dicha estructura se fija en el Acuerdo Marco Comercio (BOE 20/2/2012), hoy con el Acuerdo de prórroga de ultraactividad (BOE 10/7/2017) en el que se describe en su art. 8.2 que "la estructura de la negociación colectiva en el sector que estará conformada por: el presente Acuerdo Marco de Comercio, los convenios estatales y/o interprovinciales de sectores existentes, los convenios colectivos sectoriales de Comunidad Autónoma y/o provinciales y los convenios colectivos de empresa", para posteriormente, en su apartado 4 vincular la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET a la concurrencia de una serie de requisitos (vid. fecha de publicación del Acuerdo), lo que no cabe mantenerse a la luz de la redacción literal del citado precepto que no lo somete a ningún tipo de consideración. Lo relevante es que la estructura definida hace que exista un importante número de convenios sectoriales que predeterminan lo negociado, en este caso, en menor número, en los convenios de empresas que en pocas ocasiones regulan de manera diferente.

[23] Precisamente ese parecía ser el objeto del art. 4 del Convenio Colectivo Estatal de grandes almacenes (BOE 22/4/2013) que, sin embargo, ha sido expresamente calificado como nulo por STS de 05/05/2015 en tanto que excluía cualquier otra unidad de negociación.

[24] Con una estructura compleja, se reserva esta materia, respetando la prioridad aplicativa de los convenios de empresa: v.gr. II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017).

[25] Hasta tal punto es así que se ha comprobado que es directamente superponible lo establecido en un convenio de empresa o provincial sobre lo que aparece escrito en el nacional, sin que en algunos casos varíe una coma o, cuanto menos se respeta guion y denominación otorgada a cada una de las clausulas convencionales.

dada por el hecho de que la extensión y desarrollo de los convenios de sector es más significativa, mientras que en los convenios de empresa, dado su mayor número, es también mayor la variedad con la que se afronta su contenido. Desde convenios que no incluyen absolutamente nada en materia de contratación a los que planean contenidos que pueden ser de muy diverso alcance y que abarcan desde la reiteración –en gran cantidad de ocasiones- a la regulación adaptada, al menos, parcialmente.

Lo primero que se comprueba, en este punto, es que, de manera frecuente, se incluye una mera remisión a la normativa legal. No obstante, no hay una fórmula única. Encontramos, por una parte, aunque de un modo habitual, el reenvío a la norma legal desprovista de cualquier otra previsión, a modo de una mera alusión[26], con un aporte poco o nada significativo. O dicho de otro modo, tal remisión resulta del todo punto innecesaria. Bien es cierto, como hemos indicado, que es menos habitual y que responde a una mayor frecuencia la que se encuentra acompañada de la regulación de otros aspectos, aunque algunas veces sea algo testimonial o de carácter muy reducido[27].

Cuando se configura como una introducción para un contenido posterior lo normal es que sirva como preámbulo a un desarrollo posterior más completo de los tipos o modalidades de contratación, lo que se repite en la mayor parte de las ocasiones[28]. Sirve, en este último caso, como declaración de in-

[26] V.gr. "La contratación del personal y la organización del trabajo, con sujeción a la legalidad vigente en cada momento, es facultad exclusiva de la empresa" sin que se añada nada más respecto a esta materia en CC Aguas El Ejido -empresa municipal- (BOP Almería 30/01/2017). Vid. tb. CC Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL. (BOE 25/09/2015): Artículo 10. Contratos de trabajo. Modalidades de contratación. La contratación de trabajadores se ajustará a las normas legales generales sobre colocación vigentes en cada momento y a las específicas que figuran en el presente Convenio colectivo, comprometiéndose a la utilización de los distintos modos de contratación previstos en la Ley, de acuerdo con la finalidad de cada uno de los contratos". Vid. tb. Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017). Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11 de junio de 2015).

[27] V.gr. respecto a las duraciones de los contratos: Convenio Colectivo Cableven (BOJA 10/05/2016). O previsiones muy concretas pero escasas: Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016); Hotel Don Giovanni, S.L. (BOP Granada 12/2/2016).

[28] En el sector de construcción es muy abundante esta previsión, independientemente de que los convenios de empresa tengan un ámbito geográfico más o menos reducido. Cít. v.gr. Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016); Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017); Empresa Gaducon Proyectos y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016); Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016); Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016); Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017); Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014). No es, sin embargo, exclusiva esta fórmula a dicho sector, sino que también en otros ámbitos distintos como el de la Hostería y restauración, v.gr. III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3/32016), Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11/6/2015) o Convenio colectivo de Burger King

tenciones o programática, que sería innecesaria, por cuanto que no es preciso señalar que se cumplirá la Ley, pero que visualiza la relación ley-convenio que se articula a partir de la primera. No obstante, en algún convenio colectivo encontramos una fórmula mixta, ya que, aunque termina siendo la única previsión al respecto, ésta adopta la forma de declaración general pero con un desglose particularizado de contenidos[29].

### 4.2. Desarrollo de tipos de contratos respecto a duración y condiciones laborales, puestos, tareas, actividades y funciones. Especial atención al fijo de obra

No obstante lo señalado en el subepígrafe anterior, hay convenios de empresa que directamente pasan a regular tipos de contrato[30].

---

Spain, SLU. (BOE 3/7/2017); Pastificio Service, SL. (BOE 12 de septiembre de 2014); I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017); Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015); Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015); "Hotel Bahia Tropical, S.A." (BOP Granada 7/5/2015); Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015); Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012).

[29] Resulta ilustrativo al respecto el CC Vestas Eólica, SAU. (BOE 12/8/2016) cuando en su art. 13 regula el "sistema de contratación: Principios generales: En el marco de la política de responsabilidad social de Vestas y de los compromisos en materia de igualdad y diversidad, las partes convienen que la política de contratación de personal de las empresas afectadas por el presente convenio se regirá por los siguientes principios:

1. Uso adecuado de las modalidades contractuales previstas en la normativa laboral de forma que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos y las necesidades puntuales a través de contratos temporales o a través de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal.

2. Utilización del contrato a tiempo parcial cuando el trabajador preste sus servicios durante un número determinado de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo ordinaria regulada en el presente convenio, que podrá celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada en función de la necesidad de empleo a la que corresponda y reconocimiento a los trabajadores contratados a tiempo parcial de los mismos derechos laborales que los trabajadores a tiempo completo en relación al acceso a la formación profesional, progresión y movilidad profesional y promoción, sin perjuicio de las peculiaridades propias inherentes al contrato de tiempo parcial.

3. Utilización de los contratos para el aprendizaje y la formación y en prácticas para la promoción del empleo juvenil.

4. Cumplimiento de las obligaciones legales en materia de contratación de personas con discapacidad.

5. Fomento en la medida de lo posible de la contratación y /o promoción de mujeres en los grupos, niveles o departamentos en los que se encuentren infrarrepresentadas, sin perjuicio de la aplicación de criterios objetivos en los procesos de cobertura de vacantes internas y externas".

[30] Así: CC Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016) o Sistemas Tubulares Al-Ándalus, S.L. (BOP Huelva 6/04/2015). No obstante, el primero incluye una declaración de libertad de la empresa para la contratación laboral en los términos que entienda adecuados –aunque entendamos limitados a los parámetros legales-.

La tónica general, sin embargo, es repetir, de manera literal, el contenido del ET, sin modificar ninguno de sus contenidos, por más que se tenga esa posibilidad atendiendo a las relaciones ley-convenio antes descritas. Así, lo más frecuente es que no se haga uso de las posibilidades de flexibilidad que se otorgan por esta vía. Pero ello resulta sorprendente cuando en el propio texto del convenio se señala justo lo contrario, aun cuando existan dudas sobre si su regulación se ha formulado rebasando los límites legales -tal y como hemos señalado respecto al CC de la empresa Altura, Drenajes y Contenciones, S.L[31].-.

No puede, en cualquier caso, generalizarse, por cuanto que se pueden encontrar ejemplos de una regulación en la que realmente se lleva a cabo una adaptación, a este ámbito más reducido de la empresa, de determinadas modalidades de contratación[32]. En esta situación aparece el convenio colectivo de la empresa Construcciones Gallardo Barrera, S.L[33]. En el que se cumplen claramente dos de los tres parámetros que el art. 84.2 ET exige para la prioridad aplicativa de este tipo de convenios.

Debemos recordar que, al tiempo, se aludía, a un tercer elemento: la reserva que la ley hacía para los convenios de esta naturaleza. Esto es, que los convenios que se amparen en esa posibilidad lo harán respecto de las materias que correspondan precisamente a los de empresa.

Y aquí, en este punto, encontramos una dificultad añadida: en el convenio de la construcción se configura un tipo o modalidad de contrato –entendiendo modalidad en sentido amplio- que supone una forma de adaptación del contrato por obra o servicio a las características del sector[34]. De esta forma, lo lógico

[31] Resulta especialmente llamativo por cuanto que, como se adelantó, se declaraba la prioridad aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa respecto de cualquier materia, para con, posterioridad, reiterar el contenido no ya de algún convenio de empresa –esto es, de materia negociada- sino del propio texto del ET, sin que se haga, por otra parte, de un modo completamente actualizado o que contemple todas las posibilidades, v.gr. la contratación para la formación y el aprendizaje con trabajadores de hasta 30 años de acuerdo a la Ley 11/2013.

[32] Aunque sólo sea para potenciar el uso de un tipo contractual frente al resto: "se utilizarán preferentemente los contratos de obra o servicio determinado, según lo previsto por el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores... La presente inclusión en este Convenio no podrá entenderse en ningún caso como limitación a la modalidad contractual prevista en el referido artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores. Empresa Electra Conilense, S.L./Romero Abreu Hnos,S.L. (BOP Cádiz 31/05/2017).

[33] BOP Jaén 30/12/2014.

[34] Tal y como recuerda el Convenio colectivo general para la construcción: "Artículo 24. Contrato fijo de obra.

1. La Disposición Adicional Tercera del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción otorga a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector

sería respetar lo previsto en tal convenio de ámbito superior, pero, sin embargo, se contempla también en este ámbito de empresa una formulación específica. Es cierto que, no obstante, que cuando se observa el contenido del convenio de empresa respecto del sectorial se observa una reiteración casi absoluta[35]. La discrepancia, al menos en el convenio citado, aparece en relación a un aspecto concreto que, sin embargo, resulta de gran trascendencia: la indemnización por cese[36]. Lo más importante no será la cuantía en la que cambia, sino el propio hecho de variar cuando la determinación de todos los aspectos del contrato parece reservado al convenio de sector.

Precisamente este contrato fijo de obra se presenta como el supuesto de mayor adaptabilidad de la ley a favor del convenio colectivo y a las características de la actividad que el convenio regula[37]. Pero es una flexibilidad que se ordena en torno al convenio de estatal del sector[38]. Y ello es justamente lo que realiza el convenio colectivo general del sector, de manera que los de ámbito inferior reproducen exactamente su contenido como, por otra parte, no puede ser de ningún otro modo[39].

---

de la construcción el contrato de obra o servicio determinado regulado con carácter general en el artículo 15 del E.T."

[35] Así es por lo común, cít. v. gr. Art. 31 CC Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores (BOP Cádiz 22/3/2016). De igual manera art. 20 CC. Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017).

[36] De manera que se separa del porcentaje del 7% sobre los distintos conceptos salariales (con la cuantía mínima asegurada del art. 49.1 c) ET) para establecer una del 1% del Salario Base fijado en las tablas salariales del mismo convenio de empresa (y sin aludir al mínimo legal).

[37] Si bien, en cualquier caso, la doctrina ha señalado las dudas que suscita la regulación del Convenio Colectivo de la Construcción al amparo de la normativa legal por haberse extralimitado respecto a la habilitación legal: CAMPS RUIZ, L.M. "El contrato de trabajo fijo de obra del sector de la construcción y disposiciones adicionales 1.ª.2 de la Ley 35/2010 y 3.ª de la Ley 23/2006", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 33, 2013.

[38] La Disposición Adicional Tercera ET establece que "Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción". Y, de manera concreta, ésta dispone que "Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación".

[39] Así, v.gr. Construcción y Obras Públicas Almería (BOP 29/4/2016), Sector de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (BOP 6/2/2017), Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013).

En este sentido, se ha reservado a la negociación colectiva de ámbito estatal la posibilidad de llevar a cabo esta especial adaptación del contrato de obra o servicio determinado al sector de la construcción, atendiendo a las siguientes características diferenciales[40]:

- Con carácter general se concierta para una sola obra, con independencia de su duración. Sin embargo, sin que salgamos de la esfera de ese mismo contrato, el personal fijo de obra, puede prestar servicios manteniendo su condición:
    - en distintos centros de trabajo pertenecientes a una misma empresa y provincia,
    - mediando acuerdo expreso,
    - durante un período máximo de tres años consecutivos -salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término,
    - suscribiendo a tal efecto el correspondiente documento preceptivo y;
    - teniendo derecho a las compensaciones derivadas de los desplazamientos.
- Su formalización debe hacerse siempre por escrito.
- La conclusión del contrato se vincula a la finalización de los trabajos del oficio y categoría del trabajador en la obra para la que se contrata. No le será de aplicación los límites máximos de 3 años para adquirir la condición de fijo en plantilla. Ni en los casos de encadenamiento de contratos ni en supuestos de subrogación legal o convencional. Y ello tampoco cuando se utilicen varios contratos de esta naturaleza. A tal efecto debe observarse la existencia de puestos de trabajo diferentes cuando se produce la modificación en alguno de los caracteres definidos como básicos por el propio convenio.
- Para el cese de los trabajadores, que consta de un preaviso de 15 días –susceptible de sustitución por una indemnización por los días omitidos- se seguirá como indicativo, la propia evolución de la obra y la reducción de necesidades de personal. La indemnización por cese alcanza el 7% calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato.

[40] Art. 24 del convenio.

- Por último, se establecen una serie de previsiones específicas para los supuestos de paralización temporal de una obra por causa imprevisible, salvo por conflicto laboral.

La sorpresa surge cuando algún convenio de empresa[41] regula el contrato fijo de obra, eliminando cualquier referencia en su articulado a la reserva establecida para el convenio de sector. Y lo que resulta aún más significativo: introduce variables como la reducción del plazo de preaviso –a 5 días- o límites a la indemnización por cese -20 días-. Cuestión que no parece que se resuelva, tampoco, mediante la remisión legal al convenio de sector pero con una función de Derecho supletorio. Una función que se puede otorgar por los negociadores del convenio de empresa[42] al convenio de sector, aunque, en la práctica, la reproducción literal de lo señalado en este último –que le haría perder ese carácter supletorio- podría entenderse equivalente a una remisión al mismo y, por tanto, una aplicación de lo regulado pero en tal convenio sectorial[43].

El convenio de sector, no obstante, no se limita a esta figura, sino que hay un desarrollo completo y extenso de los distintos tipos de contratos, aunque sea, en su mayor parte, para reiterar el contenido legal, si bien, introducen elementos novedosos que van más allá de las remisiones legales que la ley hace respecto a la negociación colectiva. Así, por ejemplo, en el sector de la construcción se fija de manera común a todos los contratos algunos elementos como la determinación de diferentes instrumentos para la vigilancia de la Salud –en consonancia con la LPRL- o la indemnización por fin de contrato que hace extensiva al contrato de interinidad y en una cuantía distinta al ET[44].

*4.2.1. El contrato por obra o servicio determinado*

Al margen de las adaptaciones que tienen como resultado la configuración del peculiar contrato fijo de obra, existen dos elementos que pueden ser

[41] Sistemas Tubulares Al-Ándalus, S.L. (BOP Huelva 6/04/2015). Vid. tb. Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016).

[42] Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017).

[43] Aunque en el citado convenio se añade un presupuesto para los contratos de corta duración: "También tendrá derecho a percibir dicha indemnización el trabajador o trabajadora cuando la duración del contrato sea inferior al plazo establecido como período de prueba en el artículo 19 del presente Convenio, siempre que el cese se produzca por terminación de los trabajos o de los servicios contratados".

[44] Vid. por ejemplo, por todos (se reproducen en los mismos términos) el Convenio Colectivo Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014): "Los trabajadores que formalicen contratos de duración determinada, por circunstancias de la producción, o por interinidad, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7%, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas de convenio aplicable devengados durante la vigencia del contrato".

desarrollados por la negociación colectiva respecto a este contrato: la duración y las tareas a desarrollar.

a) La relación de suplementariedad respecto a la duración

Debe tenerse presente que la remisión que realiza el art. 15.1 a) ET, cuando se prevé que la duración pueda ser ampliada hasta los 4 años, es a Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior[45]. Pero no contempla que el convenio colectivo de empresa pueda hacerlo. Nada se dice, tampoco, cuando establece los topes legales de entre 6 meses y tres años, por lo que debe entenderse que dentro de tales márgenes sí podría tener cabida la negociación colectiva empresarial. La duda, en un plano teórico actualmente, a la vista de la muestra de convenios vigentes analizados, sería precisar si un convenio colectivo, sea cuál sea su ámbito, puede rebajar la duración máxima del contrato. En este caso podría chocar el interés en limitar el uso de la contratación temporal con el derecho y las políticas de empleo.

En cualquier caso, lo que encontramos es una regulación de sector que, en primer término, en la Construcción no amplía la referida duración del contrato al plazo máximo, pero porque se regula el contrato fijo de obra como adaptación del de obra o servicio para este ámbito. Pero tampoco se hace en otros sectores como el de la restauración en la que se mantiene el tope de tres años[46]. Si bien, nuevamente destaca el hecho -a pesar de lo que ya se ha afirmado sobre la limitación legal al convenio de sector - de que, en el sector de la construcción, son algunos convenios de empresa los que hacen uso de la ampliación de 12 meses, lo que podría interpretarse como una extralimitación[47]. Mientras, en otros sectores dependerá de que haya alguna regulación puntual que lleve hasta los cuatro años[48].

Por otra parte, en la mayoría de los convenios de empresa nada o prácticamente nada se dice respecto a la duración y, cuando lo hace, es como si tampoco hiciera nada[49]. E incluso, se observa que, en alguno de los convenios

[45] Sobre la duración máxima y problemas jurídicos: Blasco Pellicer, A. "La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado", Actualidad laboral, Nº 2, 2011, pág. 2 o GARCÍA NINET, I. y VICENTE PALACIO, M.A. "El contrato por obra o servicio determinado" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico. Editorial Comares, 2010, págs. 49 a 54.

[46] Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016).

[47] Proyectos y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016) o Cableven (BOJA 10/05/2016).

[48] Como en el caso del Convenio Colectivo Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015); Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014).

[49] Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016): "La duración de estos contratos habitualmente, y salvo el supuesto contemplado en el párrafo siguiente, estará en función de la

analizados, se contempla una cuestión fuera de todo debate e innecesaria inclusión: "En ningún caso, el tiempo de contratación empleado bajo la modalidad de obra o servicio determinado será computable a efectos de lo previsto para el contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, salvo en los supuestos comprendidos en el artículo 15.5 del ET[50].

b) La determinación de las tareas o trabajos con sustantividad propia

Mediante una relación de complementariedad se remite el 15.1 a) ET a los Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior, incluidos los de empresa, para articular esta materia. Una llamada que, no es absoluta e ilimitada, sino dotada de una finalidad de concreción[51] y que puede resultar, como ha destacado la doctrina[52], de enorme utilidad para acotar la utilización de este tipo contractual[53].

---

duración de las campañas u obras que lo identifican, pudiendo éstas acumularse y tener diferente duración para cada trabajador contratado en función de las circunstancias concurrentes".

O reitera la duración legal, especialmente en el sector del Comercio: Empresa Electra Conilense, S.L./Romero Abreu Hnos, S.L. (BOP Cádiz 31/05/2017); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016); Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014); Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOE 9/11/2013); Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014); Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013); Convenio Colectivo para el Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014); Convenio Colectivo de ámbito sectorial para el Sector de Actividades (BOP Jaén 31/7/2013).

[50] Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016).

[51] Dentro del respeto a las leyes: STS de 4 de octubre de 2007 (rec. 1505/2006): "tal texto legal no ofrece a los negociadores unas facultades omnímodas, puesto que el Convenio Colectivo no es instrumento hábil para alterar los términos legales de la contratación para obra o servicio determinado, de forma que la determinación de los supuestos de la contratación temporal y sus requisitos (art. 15 ET), constituyen un núcleo de derecho necesario indisponible para las partes, con la consecuencia de que la consignación o enumeración convencional de puestos de trabajo susceptibles de contratación temporal para obra o servicio determinado, no resulta vinculante ni obsta el control jurisdiccional sobre la adecuación del contrato a la legalidad (SSTS 07/10/99; y 26/10/99), siendo así que el derecho constitucional a la negociación colectiva únicamente puede ser ejercitado con "respeto a las leyes", como explicita el art. 85.1 ET y que no puede aceptarse que por la vía del art. 15.1.a) ET la norma colectiva introduzca nuevos contratos temporales o modifique sus exigencias (STS 07/03/03 -rco 36/02).

[52] GARCÍA NINET, I. y VICENTE PALACIO, M.A. "El contrato por obra o servicio determinado" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc*), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*. Op. cit., pág. 29.

[53] De hecho, para la jurisprudencia la determinación de las tareas es un elementos indispensable: STS 19 de diciembre de 2014 (rec. 1940/2013).

Lo más habitual, sin embargo, es una determinación vaga o absolutamente reducida, pero sin perder esa vaguedad[54]. Laxitud que tampoco se pierde cuando en algún caso aislado se extiende la definición de tareas pero de un modo vacío: "además de las generales contempladas en la Ley, las correspondientes a las siguientes actividades: Campañas específicas, servicios propios o de terceros, y otras obras y servicios con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la Empresa determinadas e identificadas así por la misma"[55] o que "Dichos contratos podrán cubrir todas aquellas tareas o trabajos suficientemente diferenciados por el volumen adicional de trabajo que representa que, limitados en el tiempo y cuya duración pueda preverse, estén directa o colateralmente relacionados con el proceso productivo de la empresa"[56] o alguna otra precisión que resulta poco inteligible o que en realidad sigue sin suponer una verdadera concreción[57].

A pesar de todo, no puede afirmarse que sea desdeñable el número de los que concretan de manera exacta las tareas o puestos a ocupar en tanto que reúnen el requisito de autonomía y sustantividad propia o los que al menos dan unas pautas para su identificación[58].

---

[54] Por ejemplo, en el Convenio de Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014), se refiere a los contratos del IMSERSO en temporada baja. En los mismos términos: Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015), Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016), Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016), "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016); Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014).

[55] Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016). En parecidos términos: Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes (BOE 22/4/2013); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013); 3M España, SA. (BOE 30/7/2013).

[56] Empresa Electra Conilense, S.L./Romero Abreu Hnos,S.L. (BOP Cádiz 31/05/2017).

[57] III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3 de marzo de 2016): "Específicamente se define como una obra o servicio propio a realizar en las Empresas aquellas obras o servicios que viniendo determinados por las franquiciadoras de las marcas que explotan y que tengan una duración limitada en el tiempo aunque desconocida y que siendo imprevisibles no constituyan causa de eventualidad". En el convenio colectivo de Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015) se alude a la figura de los "trabajadores extra" en este marco igual que en el convenio Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012).

[58] Si bien es cierto que con una cláusula de cierre abierta: Empresa "Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15/9/2016): podrán concertarse contratos de esta naturaleza cuando el trabajador vaya a realizar alguno de los trabajos o tareas que se determinan seguidamente al ostentar éstos autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad habitual de la compañía:

- Rehabilitación o mejora de locales, instalaciones o centros de trabajo.
- Desarrollo de actividades relativas a procesos de carácter organizativo, industrial, comercial, administrativo y de servicio, siempre que tengan sustantividad propia dentro de la actividad propia de la Empresa.
- Implantación, modificación o sustitución de sistemas informáticos, contables, administrativos y de gestión de personal y recursos humanos.

Bien es cierto, no obstante, que esa determinación de tareas realizada en los convenios colectivos analizados choca, en gran medida, con los más recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del TS. Así, en STS 3687/2017, de 4 de octubre (Id Cendoj: 28079149912017100050), se acuerda la nulidad del art. 9 del Convenio Colectivo de recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana (DOGV 26/5/2015) en el que se identificaba "como trabajo o tarea con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de las empresas del Sector, que puede cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios, las siguientes:

- Apertura de nuevos mercados, o recolección para mercados emergentes, o mercados liberados de bloqueos y/o aislamientos.
- La recolección en comarcas, o zonas concretas y determinadas diferentes de aquellas en las que la empresa desarrolla habitualmente la recolección.
- La recolección para promociones concretas para clientes determinados con especificidades propias en cuanto a la calidad, el calibre, envase, etc.
- La recolección para iniciativas solidarias, y/o campañas de organismos públicos y privados para la vida saludable.
- La recolección de nuevas variedades de fruta, que no constituyan la que habitualmente viene recogiendo la empresa…"

---

Se considerará como obra o servicio, en todo caso, la contratación para la realización de aquellas funciones que, en el ámbito general de la hostelería, se conocen como "Servicios Extraordinarios".

Vid. tb. Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016) que limita este contrato al desempeño como monitor de comedor escolar; Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015): Con la finalidad de ordenar la utilización de los supuestos de contratación temporal previstos en la normativa reguladora de aplicación, se acuerda conforme a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores identificar como trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, además de las generales contempladas en la Ley, las correspondientes a las siguientes actividades: Campañas específicas, campañas de navidad, reyes, rebajas, semana santa y verano; ferias, fiestas locales, autonómicas y nacionales; exposiciones, promociones específicas de productos o servicios propios o de terceros, los aniversarios; inventarios y recuentos; y otras obras y servicios con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa determinadas e identificadas así por la misma". De igual modo: Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25/1/2017); Bofrost SAU (BOE 10/2/2015); Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014); Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOE 9/11/2013); Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014); Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014); Digital Milenium 2008, S.L. (BOJA 1/4/2016).

Entiende la Sala que, al amparo de su reiterada doctrina, recogida en la también reciente STS de 20 de julio de 2017[59], "resulta evidente que carecen de

[59] Y que reproducimos a efectos clarificadores: "La doctrina de la Sala, sobre los contratos para obra o servicio determinado en supuestos en los que los trabajos contratados forman parte de las tareas propias de la empresa contratante, es resumida con detalle por nuestra reciente sentencia de 20 de julio de 2017 (R. 3442/2015 ) diciendo: «La jurisprudencia de la Sala en orden a las exigencias que la norma impone a los contratos de obra o servicio determinado para que puedan considerarse como tales es antigua y clara. En efecto, la jurisprudencia ya unificada desde antiguo respecto a los contratos temporales para obra o servicio determinado, al hilo de la interpretación que haya de darse al art. 15.1-a) ET, tal como recuerda la STS de 23 de noviembre de 2016 (rcud. 690/2015), tiene dicho que la interpretación de este precepto ha sido unánime en la doctrina de esta Sala. Así la cuestión ha sido ya unificada por la Sala en la STS de 21 de abril de 2010 (rcud. 2526/2009 ) que siguiendo las SSTS de 21 de enero de 2009 (rcud. 1627/2008 ) y de 14 de julio de 2009 (rcud. 2811/2008 ), entre otras, ha recordado que los requisitos para la validez del contrato para obra o servicio determinados han sido examinados por esta Sala, señalando que es aplicable tanto para las empresas privadas como para las públicas e incluso para las propias Administraciones Públicas, lo siguiente: «son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los arts. 15.1.a) ET y 2 RD 2720/1998, de 18 de diciembre los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas». Además, esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurran conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho [Corroboran lo dicho, las de 26 de marzo de 1996 (rec. 2634/1995), de 20 de febrero de 1997 (rec. 2580/96), de 21 de febrero de 1997 (rec. 1400/96), de 17 de marzo de 1998 (rec. 2484/1997), de 30 de marzo de 1999 (rec. 2594/1998), de 31 de marzo de 2000 (rec. 2908/1999) y de 15 de noviembre de 2000 (rec. 663/2000), entre otras que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los sucesivos que han regulado la materia].».

« Asimismo la STS de 23 de noviembre de 2016 (rcud. 690/2015) reitera que la doctrina de esta Sala, al delimitar de alguna manera los servicios concertados que pueden justificar esta modalidad contractual, ha establecido la necesidad de que los mismos reúnan consistencia, individualidad y sustantividad propias (SSTS de 21 de febrero de 2008, rcud. 178/2007 y de 5 de abril *[...]* de 2003, rcud. 1906/01 *[...]* sin que resulte idónea la contratación si su objeto es el desarrollo de una actividad normal o permanente de esa administración, aunque los trabajadores afectados no puedan considerarse fijos de plantilla (por todas, SSTS de 20 de octubre de 2010, rcud. 3007/09 , o de 20 de enero de 2011, rcud. 1869/10 , y cuantas en ellas se citan), siendo siempre necesario que el objeto del propio contrato, además de intrínsecamente temporal ( STS 4 de 18 de octubre de 1993, rcud. 358/93 ), se encuentre suficientemente identificado y que, en su ejecución, exista concordancia con lo pactado ( SSTS de 5 de diciembre de 1996, rcud. 2045/96 y de 21 de abril de 2010, rcud. 2526/09 , entre otras).».

«Nuestra doctrina viene admitiendo el recurso al contrato temporal de obra o servicio determinado para efectuar trabajos de carácter permanente cuando éstos son objeto de una contrata mercantil de obra o servicio, de una encomienda concreta o de una concesión administrativa *[...]*"

sustantividad propia las tareas que, a efectos del art. 15-1-a) del ET enumera el art. 9 del Convenio cuestionado, por cuanto todas ellas suponen la realización de labores de recolección de cítricos cualquiera que sea la variedad de los mismos y el destino que les de la empleadora. Es por ello que todas esas tareas se consideran actividad permanente de la empresa "recolectora", sin que ninguna tenga sustantividad propia, pues no responden a una necesidad temporal transitoria, sino a la actividad normal y ordinaria, sin que la acumulación de tareas pueda justificar este tipo de contrato, por cuanto para esa situación ya el art. 15-1-b) del ET tiene previsto el contrato eventual, al igual que el convenio".

*4.2.2. El contrato eventual por circunstancias de la producción*

a) Duración y período de referencia en régimen de suplementariedad

El art. 15.1 b) ET remite a los convenios colectivos sectoriales estales o de ámbito inferior para poder modificar la duración legal del contrato –así como el período de referencia- y así lo hace, de manera reiterada, un importante número de convenios, hasta la máxima duración permitida por la ley[60]. Sin embargo, no se justifica cuáles son las razones que existen en el sector, ni en qué circunstancias cabe esa ampliación, puesto que una vez declarado el referido aumento de la duración del contrato, se limita a dar reglas para efectuar su cálculo pero limitándose a concretar el inicio del cómputo desde que se reconoce la existencia de causa para su celebración –simplemente vienen a decir que cuando se incremente el volumen de trabajo o se considere necesario aumentar el número de personas que realicen un determinado trabajo o presten un servicio, o dicho de

[60] Convenio colectivo general de la Construcción (26/09/2017), Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016) -que además prevé la utilización del contrato con duración no superior a cuatro semanas para cubrir las actividades extraordinarias del sector-, VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017); Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOE 9/11/2013); Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014); Comercio piel y calzado Cádiz (12/5/2016); Comercio del Calzado, de la provincia de Jaén (31/7/2013); Comercio construcción Cádiz (BOP Cádiz 14/10/2014); Comercio en General Córdoba (21/3/2013); Convenio Colectivo para el Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017); Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014); Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014); Convenio Colectivo de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla de la provincia de Cádiz (BOP Cádiz 1/3/2016); Comercio textil Jaén (BOP Jaén 24/7/2013); Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013); Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016),Convenio Colectivo Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014); Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017); Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012), Hostelería Huelva (BOP Huelva 22/09/2014), Hostelería Jaén (BOP Jaén 17/7/2017), Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014), Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016) que establece 11 meses en un período de referencia de 16 y medio, entre otros.

otro modo, se deja una causa absolutamente abierta-. No aparecen cláusulas que limiten o argumenten la duración del contrato, decantándose la mayoría, como hemos afirmado, por la ampliación de la misma. Si acaso, si aparece como razonable, alguna previsión como en la hostelería, de establecer un doble sistema, uno el ordinario de 12 meses en un período de referencia de 18 y otro para las empresas estacionales o de temporada atendiendo a las distintas características de una y otra[61].

Ya apuntaba, en este sentido, la doctrina desde hace ya largo tiempo, sin embargo, que "aunque debe controlarse por los Tribunales la extensión vía convenio colectivo del contrato eventual, este control debería centrarse en la regulación que aparece de ésta en el mismo ya que solamente debería permitirse en supuestos tasados, cuando el hecho de la continuidad de la relación laboral por encima del plazo legal se estime necesaria «a priori» y evitar, así, que se extienda la duración del contrato de forma masiva, como se ha hecho hasta ahora[62]". Entendiendo que, cuando se superan los topes máximos que permite la norma legal, el contrato se presume fraudulento y la relación laboral deviene en indefinida[63].

Por otra parte, al margen de los convenios de sector, los convenios colectivos de empresa, fundamentalmente por reiteración del sectorial, amplían también la duración del contrato, aun cuando ello, como en el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción, está expresamente vedado. Así se manifiesta, v.gr. la STS 18 de noviembre de 2003 [RJ 2004, 504] cuando afirma que la habilitación para tal actuación es exclusivamente para el convenio de sector, no para el de empresa: "el convenio de empresa carecería de competencia para establecer esa remisión *[...]* porque, conforme al artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, ese convenio no puede entrar en la ampliación de la duración del contrato de eventualidad".

No obstante, se deben distinguir dos supuestos: cuando el convenio de empresa se remita o ampare por el convenio de sector (sea para esta materia o sea con carácter general) y cuando dicha remisión no exista, en cuyo caso no debería admitirse tal regulación[64].

---

[61] Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017)

[62] Ballester Pastor, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción: la necesaria formalización de la causa de la contratación, la naturaleza del contrato como sometido a término cierto y el esfuerzo jurisprudencial por controlar la extensión temporal de la duración máxima operada por vía convencional". Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. I parte Presentación. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1999 (on line)

[63] Ballester Pastor, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción" en AA. VV. (Monereo Pérez direcc*), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*. Editorial Comares, 2010, pág. 96.

[64] Cítese la misma sentencia: "si la regulación del convenio sectorial fuese una regulación

En la negociación colectiva se han visto ejemplos tanto en un sentido como en otro. Pero destaca sobremanera la regulación que, a estos efectos, se hace de la duración sin la habilitación legal para ello y sin que exista la más mínima referencia al convenio de sector[65]. Lo que no es óbice para encontrar ejemplos en los que, en sentido contrario, sí existe un adecuado reparto de contenidos y una llamada al convenio colectivo sectorial[66]. Pero también puede existir una regulación previa, en los mismos términos, en el convenio colectivo sectorial. En esas circunstancias se podría entender la validez de la cláusula convencional del convenio de empresa, pero no como tal, como una ordenación de la duración establecida por el convenio colectivo de empresa, sino que, por coincidir en cuanto al fondo, al limitarse a repetir el contenido de aquél, se produciría un reconocimiento a su validez, por no oponerse a lo regulado por el tipo de convenio colectivo al que la ley remite[67]. No cabría, sin embargo -debemos entender-, ninguna otra regulación que se apartara lo más mínimo del convenio de sector –salvo su mejora-, por cuanto que la aplicación

que pudiera tener una aplicación automática en el ámbito de la empresa por tratarse de un convenio estatutario, pues en este caso la remisión sólo estaría aclarando que la norma del convenio sectorial será aplicable, aunque el convenio de empresa tenga garantizada su prioridad aplicativa en virtud del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores".

[65] Así lo hace, por ejemplo, el convenio colectivo de Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017), que primero hace referencia, en cuanto a la naturaleza jurídica del convenio a su regulación de acuerdo a lo previsto en la Ley 3/2012 y, posteriormente, en su art. 7 únicamente cita como derecho supletorio el ET. De acuerdo a la prioridad aplicativa absoluta que se predica en su articulado con carácter previo: Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores (BOP Cádiz 22/3/2016) o "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016). Sin que se diga absolutamente nada: Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016); Empresa Electra Conilense, S.L./Romero Abreu Hnos, S.L. (BOP Cádiz 31/05/2017); Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016); Empresa "Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15 de septiembre de 2016); Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21/4/2015); Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015); Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015); Convenio Colectivo para la Empresa Almacenes Barragan Espinar, S.L (BOP Granada 21 de enero de 2015); Empresa Francisco Donaire Torres con sus trabajadores (BOP Cádiz 07/08/2015); Grupo Empresarial Innovasur S.L. (BOP Córdoba 5/7/2016); Inverser MJ Córdoba S.L. (BOP Córdoba 25/4/2016); Megaexit, S.L. (BOP Granada 11/2/2015); Ofertel Comunicaciones, S.L. (BOP Córdoba 25/8/2016).

[66] Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016); Empresa Leasan 2007 S.L. (BOP Cádiz 5/6/2017); Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016); Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014).

[67] Eso podría ocurrir cuando, por ejemplo, se alude a la aplicación supletoria del Convenio Colectivo General de la Construcción aunque, si bien es cierto, se limita a aquellos aspectos no contemplados en el convenio colectivo de empresa. Debería, en consecuencia, entenderse por no puesta la referencia sobre duración del contrato eventual en el convenio de empresa y aplicar directamente el de sector. Así por ejemplo en Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014).

de la duración del contrato eventual por encima de los límites legales nunca sería prerrogativa del convenio empresarial en los términos en los que se han expresado los órganos de lo Social[68]. Una fórmula mixta adecuada es la de reproducir la remisión legal, pero remitiéndose a la máxima convencional "si así se prevé en el Convenio Colectivo Sectorial de aplicación"[69].

Prácticamente, por otra parte, no se justifica la ampliación de la duración del contrato y solo en casos aislados –en algunos no se debería haber regulado- se introduce un mínimo razonamiento en el que los rasgos más característicos son la ambigüedad y la generalización: "se considera que se produce la causa que justifica la celebración del citado contrato, en los casos previstos en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuando se incremente el volumen de trabajo, o se considere necesario aumentar el número de personas que realicen un determinado trabajo o presten un servicio"[70].

b) La concreción de las actividades a desarrollar

También este aspecto se plantea como una cuestión cuya regulación es compartida a través de una relación de complementariedad entra la ley y el convenio colectivo en general (15.1 b) ET).

Al respecto, es preciso tener presente que la causa de temporalidad es, justamente, la que diferencia y admite el uso este contrato frente a uno indefinido cuando se cubre una necesidad permanente de la empresa. Ello supone que, obviamente, tiene que existir una relación entre las tareas a desarrollar y la causa de eventualidad, no pudiendo el trabajador realizar unas funciones distintas de aquellas que motivan la propia temporalidad. O dicho de otro modo: la duración determinada del contrato deviene por la prestación específica que se reclama. De esta manera, hay que recordar que los órganos judiciales del Orden Social han venido afirmando que no resulta aceptable una cláusula convencional que tenga por objeto admitir el uso de los contratos sin precisar las razones de la eventualidad, no bastando para ello la simple remisión a la propia regulación convencional que regula dicho tipo contractual[71]. Considerando, además, que la causa de temporalidad, en

[68] Lo que se traduce en respetar literalmente los límites legales: Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017) o Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015); Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017); Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23/6/2014); Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014).

[69] Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11 de junio de 2015) o III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3/3/2016); Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015).

[70] Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014).

[71] SAN 1 de marzo de 2017 [AS 2017, 118].

este sentido, es determinante para la válida celebración de este tipo de contrato[72].

Pero lo cierto es que la negociación colectiva apenas si se dedica e esta cuestión. Lo más que hace es la utilización de una fórmula genérica que aparece en un número reducido de convenios: "podrá concertarse para cubrir puestos en centros de trabajo que no tengan la consideración de obra"[73].

En algún caso, en el que sí hay una mayor especificación, vienen a coincidir en gran medida con las causas que se han utilizado para amparar un contrato por obra o servicio determinado[74] –vid. infra-, si bien, ya se ha advertido por doctrina científica y judicial que no sirve para justificar, por ejemplo, la reiterada causa de eventualidad, las nuevas aperturas o el lanzamiento de un nuevo producto[75]. A pesar de lo que, hay convenios colectivos que siguen insistiendo en esta formulación[76].

c) El Porcentaje de plantilla eventual frente al total de la empresa

---

[72] STS de 9 de marzo de 2010 (rec. 955/2009) que reiterando doctrina anterior afirma que es preciso "que «se concierten para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa». Y en la configuración de esa eventualidad, se ha dicho que la misma ha de entenderse como un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual y que -por su excepcionalidad- tampoco razonablemente aconseja un aumento de personal fijo (STS 20/03/02 -rcud 1676/01-); que la «temporalidad de este tipo de contratación es causal y contingente, pues en el proceso productivo o en la prestación de servicios se produce de manera transitoria un desajuste entre los trabajadores vinculados a la empresa y la actividad que deben desarrollar, permitiendo la Ley la posibilidad de acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra» (STS 21/04/04 -rcud 1678/03-); y que el «contrato eventual está caracterizado por la temporalidad de la causa que lo origina,... evitando con ello que por este procedimiento se lleguen a cubrir necesidades permanentes de las empresas acudiendo a contrataciones de tiempo limitado; la causa radica en las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, es decir, se trata de un contrato caracterizado por la temporalidad de la causa que lo legitima; si la causa no es temporal, la relación se convierte en indefinida» (SSTS 17/01/08 -rcud 1176/07-; y 15/01/09 -rcud 2302/07-).

[73] Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014).

[74] Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016): "Campañas o promociones específicas, campaña de Navidad, cobertura de vacaciones, ventas especiales, rebajas, aniversarios y otras tareas comerciales cuando resulte necesario contar con personal efectivo adicional para su puesta en marcha. 2) Así como en todos aquellos otros supuestos legalmente habilitados, y sin perjuicio de otras situaciones no contempladas actualmente que pudieran llegar a regularse en el futuro".

[75] BALLESTER PASTOR, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc*), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*. Op. cit., págs. 81 a 83.

[76] V.gr. General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015).

A pesar de que nuevamente se dispone una relación de complementariedad con el convenio colectivo en general (art. 15.1 b) ET) para determinar el volumen de plantilla respecto a la total con contratos eventuales, llama la atención como ni un solo convenio del sector de la construcción –o al menos en la extensa muestra analizada- regula esta materia. En la Hostelería se ha encontrado algún ejemplo, pero de manera conjunta al contrato por obra o servicio determinado, estableciendo un porcentaje del 65-35%[77]. Y alguna referencia se puede ver en los ámbitos del Comercio o Alimentación limitando expresamente la utilización de este tipo contractual o, como es bastante reiterado en este sector, haciendo referencia al porcentaje de contratación indefinida frente a los temporales en general, normalmente en el contexto de un compromiso por el empleo estable[78].

*4.2.3. Elementos comunes a los contratos temporales*

Como primer elemento en común aparecen regulados, aunque de manera aislada, requisitos formales y de fondo que se exigen para todos los contratos de duración determinada, siendo lo más relevante, en este punto, la declaración de la necesaria concreción de la causa de temporalidad, ya que, si no es así, el contrato se convierte en indefinido[79]. Y ello tiene una doble lectura, tanto positiva, como negativa. Decimos positiva, porque acerca la realidad legal a su ámbito de aplicación, en cuanto que traslada los efectos que se prevén en la ley al propio convenio colectivo. Pero, al tiempo, significamos como negativa, porque al no haber provisto un instrumento, medio o procedimiento que prevea como se produce la conversión desde contrato temporal irregular a indefinido, parece abocarse a los mecanismos –esencialmente judiciales- para llegar a ese resultado, sin que aporte nada, por tanto, tal referencia convencional –salvo para la interpretación judicial-.

Por otra parte, un elemento que aparece de manera reiterada es la regulación de indemnizaciones por fin de contrato. Y, a tal efecto, se fijan parámetros de referencia que atienden a conceptos salariales definidos en el convenio[80]

[77] Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017); Mirang Restauracion S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016). O en términos similares pero concretando además el modo de cómputo de los trabajadores en el Convenio Colectivo de Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015). En un porcentaje de indefinidos menor: Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012) o Hostelería Huelva (BOP Huelva 22/09/2014). Ver para el cómputo: Hostelería Málaga (BOP Málaga 21/4/2015) y porcentajes en función del tamaño de la plantilla.

[78] Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016); Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016), entre muchas reiteraciones en el sector.

[79] Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016).

[80] "Los trabajadores que formalicen contratos de duración determinada, por circunstan-

o se establece la indemnización legal de 12 días[81] pero extendida a todos los contratos "no indefinidos", por lo que deberíamos entender que incluye también a los formativos[82].

Por último, también ha sido objeto de regulación un sistema que reserva esta cuantía para los contratos de duración superior al año pero con la posibilidad de aumentarse (1 día por mes de trabajo, por lo que si se supera el año de trabajo, obviamente se superará tal cantidad), mientras que los que tienen una duración inferior al año lo que hacen es garantizar la parte proporcional con la fórmula de asegurar 2 días por mes de trabajo[83]. El problema viene por su defectuosa e incomprensible redacción. Así se prevé que es un sistema previsto para los contratos temporales pero, posteriormente, se añade que en este sistema no alcanza ni los contratos fijos, ni los fijos discontinuos, pero tampoco los contratos de hasta un mes. Y es que esta última referencia –la del contrato corta duración inferior al mes- sí sería lógica –al margen de estar o no justificada-, pero respecto a las otras dos -los contratos fijos, ni los fijos discontinuos-, no responde a ninguna lógica porque, como se ha afirmado es un sistema que se reserva para el contrato temporal que, por naturaleza, no puede ser fijo. De este modo, éste –el fijo-, de manera automática quedaría excluido de la aplicación de este mecanismo indemnizatorio, en tanto que está reservado, como ya se define en la primera parte del precepto, a los de dicha naturaleza temporal, sean de duración inferior a uno o dos años, pero no indefinida[84].

---

cias de la producción o por interinidad, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por 100 calculada sobre el salario base y el plus de asistencia y actividad devengados durante la vigencia del contrato". Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores; Construcción y Obras Públicas (BOP Cádiz 22/3/2016). "La indemnización por fin de contrato será del 7 por ciento calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato hasta un máximo de 20 días naturales". Sistemas Tubulares Al-Ándalus, S.L. (BOP Huelva 6/04/2015).

[81] "Hotel Bahía Tropical, S.A." (BOP Granada 7/5/2015); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016); Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOP 9/11/2013); Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23/6/2014); Elaboración de Congelados Málaga, Sociedad Anónima (BOP Málaga 30/9/2015).

[82] Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016).

[83] Esta fórmula es parecida a la que se acoge otros Convenios como Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016) que establece 3 días por mes para los contratos eventuales.

[84] Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017): "Se establece, para casos de extinción de contratos temporales, las indemnizaciones siguientes:

- Un día de salario por mes de trabajo para los contratos temporales que sean superior a un año.

### 4.3. Concreción del trabajo a tiempo parcial

De un lado, se contemplan los convenios colectivos que se limitan a enumerarlos como una posibilidad de contratación, pero remitiéndose a la regulación legal[85] o bien haciendo referencia a sus características generales[86].

Uno de los principales aspectos que se reserva a los negociadores es la determinación de las horas complementarias. Sobre este particular, el ET, en su art. 12.5, distingue, en su apartado c) y g) entre el pacto de horas complementarias en los contratos indefinidos con una jornada no inferior a las 10 horas semanales en cómputo anual y aquellas horas que, aun siendo complementarias, se realizan fuera de aquel pacto. Independientemente de su naturaleza o caracteres, interesa para este análisis, la flexibilidad negocial que existe al respecto. En relación a las primeras, permite el legislador que se estipule, sea cual sea el tipo de convenio, un número de horas complementarias que oscilará entre el 30 y el 60% de las horas ordinarias. Mientras que en el segundo caso, el 15% legal, puede ser ampliado hasta en un 30% de las horas ordinarias (no computando estas últimas para las relacionadas anteriormente).

Y ese es, precisamente, el contenido que se trata, de manera *cuasi* exclusiva, en un número importante de convenios colectivos[87]. Únicamente hay

---

- Dos días de salario por mes de servicio para los contratos de hasta un año.

Se excluyen de este sistema indemnizatorio los contratos fijos, fijos discontinuos y los contratos estipulados de hasta un mes".

De empresa, en la misma provincia y en los mismos términos: Mirang Restauracion S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016).

[85] Empresa Gaducon Proyectos y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016). Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016).

[86] Vestas Eólica, SAU. (BOE 12/8/2016). En el mismo sentido: "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016), Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016), Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016), Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015), Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014), si bien fijan un mínimo de 2 horas diarias.

[87] Por ejemplo, Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016), que distingue entre los contratos que antes hemos señalado en primer término (indefinidos con más de 10 horas/semanales en cómputo anual) para lo que dispone un pacto de horas complementarias que no puede superar el máximo de horas que prevé la ley (60%), y las horas voluntarias, para los contratos que no reúnen aquellos requisitos y cuyo porcentaje eleva también al máximo que le permite la ley (30%), sin que la suma de unos y otros pueda superar el tope del trabajo a tiempo parcial definido en el art. 12.1 ET. Los mismos porcentajes en Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015). De ámbito sectorial, el Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016), establece únicamente el parámetro del 60%. O el Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016) fija un solo máximo del 50%, así como la posibilidad de suscribir un período de prueba (¿?). Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017) hasta 60%. Pero en este último se establece la preferencia para la cobertura de vacantes, la especificación en los contratos el número de horas al día, a la semana o al año contratadas, la distribución del horario realizada por los encargados de cada centro de

algunas especificaciones en torno a la exigibilidad de las horas complementarias –cuando concurren una serie de circunstancias[88]- y las causas que motivan la exención de la obligación de cumplimiento del pacto –conciliación de la vida laboral y familiar o concurrencia de otro empleo- además de la distinción entre horas complementarias en el marco del pacto al efecto y las voluntarias realizadas fuera de dicho ámbito, además de la posibilidad de consolidación de las horas[89]. De manera ocasional, no obstante, hay algún convenio que precisamente lo que no hace es determinar el número de horas complementarias, pero sí una regulación más completa de diversos factores que permiten una ordenación adecuada de la prestación en un contexto de parcialidad[90].

---

trabajo y atendiendo a las necesidades del mismo y la imposibilidad de interrumpir la jornada en turnos diarios de prestación de servicios de 3 horas o inferior, repetida en otros convenios pero variando el número de horas mínimo. Empresa "Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15/9/2016) aunque realizando con carácter previo una defensa de la utilización y de los beneficios de su uso para determinados colectivos como jóvenes y mujeres en edad madura con responsabilidades familiares. En los mismos términos exactamente: Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21/4/2015). Vid. tb. Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015) o Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015) también con distinción del máximo del 60% y 30% dependiendo del tipo de horas y características del contrato; Bofrost SAU (BOE 10/2/2015). Vid. tb. Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013) en el que se añade el valor económico de la hora complementaria y los requisitos formales para su ejecución; Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014).

[88] Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017).

[89] Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11/6/2015) que también establece un porcentaje de horas que alcanza el 50% para el pacto y el 30% en el caso de voluntarias. Concretamente respecto a la aceptación de las horas dentro del pacto: "Las horas complementarias solo serán exigibles para su realización cuando vayan unidas al inicio o final de la jornada, o se trate de realizar una jornada un día no programado previamente como de trabajo, preavisándose las mismas con el preaviso contemplado en el artículo 12.5.d), de tres días. El preaviso podrá ser inferior, únicamente en los casos en los que las horas complementarias se realicen al principio o al final de la jornada diaria programada, de conformidad con el mismo artículo estatutario". En los mismos términos: III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3/3/2016). Cít. tb. Pastificio Service, SL. (BOE 12 de septiembre de 2014) aunque introduciendo la Franja horaria en la que se pueden prestar servicios por los trabajadores a tiempo parcial. Todos los aspectos y las distinciones según la duración en número de horas de los contratos se incluyen en el Convenio Colectivo Hostelería Jaén (BOP Jaén 17/7/2017) pero añadiéndose, además, algunos aspectos novedosos como la posibilidad de consolidar las horas. En estos mismos términos podemos observar a nivel nacional el VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); de manera clara y completa en el Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016); Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013); Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014).

[90] Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017): "Se estará a lo regulado en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y las normas que lo desarrollen.

Se especificará en los contratos de trabajo a tiempo parcial el número de horas al día, a la semana, al mes, o al año contratadas, así como su distribución en los términos previstos en el presente convenio.

Del resto de posibilidades que tienen los convenios colectivos, nada se contempla en el marco negocial que sea reseñable puesto que las posibilidades relativas a la determinación de la jornada se solventan, en la mayoría de las ocasiones con una remisión a otra parte del convenio[91] o las interrupciones de aquella suelen venir establecidas en referencia a la duración mínima de la misma (no caben si la jornada no alcanza el mínimo indicado)[92], así como la garantía a una prestación de horas mínimas[93] o la interesante descripción que se hace en la Hostelería en Málaga sobre el trabajador comparable[94].

---

En el contrato de trabajo, en las ampliaciones temporales y en el pacto de horas complementarias se fijarán las franjas horarias y los días de la semana y períodos en los que es exigible la prestación de trabajo ordinario y, en su caso, las horas complementarias.

Tal fijación deberá permitir identificar con claridad los momentos en los que el trabajador está dispuesto, por su perfil de trabajador a tiempo parcial, a prestar el trabajo contratado.

La identificación genérica o la que conlleve una disponibilidad plena del trabajador incompatible con el trabajo a tiempo parcial dará lugar a la consecuencia prevista en el apartado a) del número cinco del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

El tiempo mínimo de contratación a tiempo parcial para aquellos trabajadores que presten sus servicios regularmente más de tres días a la semana será de 16 horas de promedio semanales.

A título indicativo la franja establecida en el contrato con carácter general no podrá ser superior a ocho horas, y a 12 horas en los casos de días o temporadas concretos en los que la jornada deberá ser: o partida, o no inferior al 80% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

El pacto de horas complementarias podrá alcanzar al 40% de las horas ordinarias contratadas y para que sean exigibles para el trabajador deberán solicitarse por la empresa con el preaviso legal y dentro de las franjas horarias marcadas en el contrato o en el pacto específico de realización de horas complementarias.

Tampoco será exigible la realización de horas complementarias cuando no vaya unida al inicio o fin de la jornada ordinaria, y sólo será posible una interrupción (nunca mayor de cuatro horas) si la jornada efectivamente realizada tal día es superior a cuatro horas.

Sólo será exigible la realización de horas complementarias en días en los que no esté planificada jornada ordinaria para un mínimo de cuatro horas continuadas y siempre dentro de la franja contratada.

El trabajador podrá dejar sin efecto el pacto de horas complementarias por los supuestos establecidos en la ley de conciliación de la vida familiar y laboral". Como el anterior, pero que sí incluye los porcentajes máximos para las horas complementarias: Decathlon España, SA. (BOE 27/3/2017). Y completando otros aspectos diferentes, en el sentido de establecer medidas garantistas para el trabajador a tiempo parcial: Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012). En términos parecidos al anterior: Megaexit, S.L. (BOP Granada 11 de febrero de 2015).

[91] V.gr. VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017).

[92] Convenio Colectivo de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla de la Provincia de Cádiz (BOP Cádiz 1/3/2016); Inverser MJ Córdoba S.L. (BOP Córdoba 25/5/2016); Ofertel Comunicaciones, S.L. (BOP Córdoba 25/8/2016).

[93] II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017), en el que se incluye también una cláusula para vincular, vía art. 12.4 ET, esta modalidad con la reducción por guarda legal y el contrato de interinidad; Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013); Comercio en General Córdoba (21/3/2013).

[94] Hostelería Málaga (BOP Málaga 21/4/2015).

Y si bien, en los convenios analizados –y citados- que contemplan alguna referencia sobre el contrato a tiempo parcial, aparece, de manera conjunta, una remisión o reiteración de lo previsto legalmente para el contrato de relevo, pero sin ofrecer aspecto novedoso alguno[95].

### 4.4. Contratos formativos

Es absolutamente recurrente la regulación de los contratos formativos a través de cláusulas convencionales, pero ello choca con dos fuertes contradicciones. Por una parte que la mayor parte de su contenido se concreta en repetir lo previsto en la ley[96] y, por otra, que el porcentaje de utilización es escasísimo. La reflexión, por tanto, está servida: es mucho más el reconocimiento formal que el real, el que se hace de unas modalidades contractuales que están infrautilizadas y a las que se les tiene un intenso respeto por lo complejo y extenso de su regulación legal[97]. Hasta tal punto es así, que en los convenios

[95] Para evitar reiteraciones innecesarias, cítense los convenios señalados en las notas anteriores, v.gr. "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016), Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016), Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016), Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015), Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014). Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017); Pastificio Service, SL. (BOE 12 de septiembre de 2014); Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014).

[96] Respecto a los dos contratos: Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017); "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016); Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016); Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015); Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014); Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21 de abril de 2015); Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016); Orán Sasso, Sociedad Limitada (Málaga 21/10/2014); Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015) aunque incluyendo una mínima mejora retributiva para el contrato para la formación y el aprendizaje; Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012); Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes (BOE 22/4/2013); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22 de agosto de 2017), con mejora salarial; Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013); Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (BOP Jaén 10/8/2017); Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23 de junio de 2014); Drosolu, S.L. (BOJA 13 de marzo 2014). Respecto al contrato para la formación: Empresa Gaducón PROYECTOS Y OBRAS, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016); Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016), si bien remitiendo los salarios a los fijados para los correspondientes oficios o puestos desempeñados, pero en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11/6/2015); Pastificio Service, SL. (BOE 12/9/2014); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla (BOE 9/11/2013); Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficina de Sevilla (BOP Sevilla 4/12/2014).

[97] Vid. Vila Tierno, F. *El contrato para la formación en el trabajo,* Thomson Reuters-Aranzadi, 2008. ISBN 978-84-8355-594-1.

no se hacen –salvo escasas excepciones[98]- eco de las posibilidades que ofrece para incrementar su utilización[99] la DT 2ª ET en relación a los topes de edad[100] o la Ley 11/2013 respecto a la fecha de obtención del título para el contrato en prácticas[101]. No obstante, veremos una serie de especificaciones sobre los mismos para visualizar los contenidos concretos en la negociación colectiva.

*4.4.1. Contrato para la formación y el aprendizaje*

Respecto a este contrato, que tanto margen de desarrollo puede encontrar en la negociación colectiva, y en el que pueden concretarse detalles relativos a la función del tutor, a lugar o el modo de impartición de la formación, a la vigilancia del proceso formativo, etc. apenas si, como hemos adelantado, se reitera el tenor legal y acaso, de manera tímida, se alude a algún aspecto de la tutoría o, fundamentalmente del salario[102]. Pese a todo, en los convenios sectoriales, es posible encontrar una regulación es más incisiva. O al menos, se hace indicación de alguna de aquellas cuestiones.

Comenzando por los convenios de empresa, entre ellos, sobresalen diversas estipulaciones significativas como, por ejemplo, mantener una doble escala salarial para los mayores y menores de edad[103] sin que se especifique

[98] Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE 26/09/2017) y convenios de empresa como Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017) que se comentarán con detalle posteriormente pero, en este último, expresamente se alude a la contratación hasta 30 años en el contrato para la formación y el aprendizaje. Llama la atención, sin embargo, que las referencias no son ni correctas ni actualizadas. I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017) hace una utilización correcta de la previsión legal referenciándola a un porcentaje de desempleo superior al 15%.

[99] Salvo los que se limitan a hacer una remisión –incompleta y no actualizada- a la legislación que prevé tales posibilidades; Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016)

[100] "1. Hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del quince por ciento podrán realizarse contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de treinta años sin que sea de aplicación el límite máximo de edad establecido en el párrafo primero del artículo 11.2.a)".

[101] Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, art. 13 "Incentivos a los contratos en prácticas. 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores podrán celebrarse contratos en prácticas con jóvenes menores de treinta años, aunque hayan transcurrido cinco o más años desde la terminación de los correspondientes estudios". Una excepción es la que hace el I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017) que sí se acoge a tal posibilidad.

[102] Por ejemplo, Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017) establece un salario de aprendiz en el convenio y determina que el tutor "deberá velar por la adecuada formación del trabajador, así como vigilar todos los riesgos profesionales inherentes al puesto de trabajo".

[103] Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores Construcción y Obras Públicas (BOP Cádiz 22 de marzo de 2016). En el que se determina también que le corresponden las mismas subidas que al resto de trabajadores, lo que, lógicamente no puede ser de otro modo de

el motivo para dicha diferenciación[104] o vinculando dichas partidas al incremento que recibirán, en su caso, el resto de trabajadores, cuando éstas deban ser revisadas –y como no puede ser de otro modo, de acuerdo a su naturaleza laboral-.

De esta forma, los aspectos salariales son los que tienen una mayor variedad de tratamiento. Lo más usual –en la inmensa mayoría de los convenios- es su acotación mediante el establecimiento de categorías de aprendices o de unas cantidades específicas que mejoran, usualmente la norma legal, sea mediante la asignación de una cantidad concreta, sea mediante su vinculación a un puesto determinado, e incluso fijando una cantidad que puede extenderse durante un cuarto año como incentivo a la contratación indefinida de aquellos[105].

De lectura positiva, por otra parte, debe interpretarse todo aquello que favorezca la naturaleza formativa del contrato, como delimitar los puestos con cualificación que pueden ser objeto del mismo -desdeñando expresamente aquellos otros que no lo son-, prolongar la formación a toda la vida de aquel y comprometer un alto porcentaje de transformaciones en indefinidos, de manera que esta modalidad cumple su misión de inserción estable en el mercado laboral gracias a la formación para el empleo. Esto es, se consigue por esta vía, a través de la negociación, dar cumplimiento a la causa real del contrato[106].

En cuanto a la duración, sin ir más allá de los límites legales, se contemplan regímenes de prórroga distintos al legal, sin que tal modificación se admita, de manera expresa en el art. 11.2 b) ET[107]. En otro orden, es llamativa la regulación de la duración por debajo del límite legal pero con el compromiso expreso de continuidad en otro puesto superior en la empresa o ante la inexistencia de vacante continuando un año más como aprendiz[108].

---

acuerdo a la naturaleza laboral de su contrato. O equivalente a aprendices, esto es, que tienen su propia retribución específica: Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15 de marzo de 2016).

[104] Recuérdese que las diferencias de retribución no se considerarán discriminatorias si responden a una justificación objetiva y razonable, vid. v. gr. STS 19-6-2000 [RJ 2000, 5117]. Para el tratamiento de la ya clásica doctrina constitucional sobre esta materia y su repercusión en el contrato, vid. Vila Tierno, F. "El contrato…" op. cit.

[105] V.gr. Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25 enero 2017).

[106] Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016).

[107] Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016) establece hasta cuatro prórrogas. Igual número de prórrogas en el Convenio Colectivo de Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25 enero 2017). Recogiendo todos los aspectos anteriores, pero de un modo un tanto peculiar encontramos el Convenio Colectivo de Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014); Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014): entre 6 y 18 meses pero ampliable con prórrogas hasta los 3 años; Decathlon España, SA. (BOE 27/3/2017).

[108] Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015).

Alguna otra referencia aislada se concreta en la salvedad para contratar a menores de edad, únicamente, al amparo de este contrato en un contexto de prohibición de formalizar contratos con menores[109]. Pero en relación también con la edad, llama la atención que se mantengan las establecidas en regulaciones anteriores del contrato, e incluso en algún caso porque se sigue haciendo referencia a normas derogadas, lo que, sin duda, es manifiestamente reprochable y una necesaria mejora para los negociadores[110]. Hecho opuesto a la previsión de aumentar la edad hasta los 30 años mientras que se permita legalmente[111].

No obstante, en la línea señalada con anterioridad, la importancia, al menos en lo formal, que se quiere otorgar a los contratos formativos, se refleja en una descripción amplia y extensa de esta modalidad contractual, principalmente en el ámbito sectorial. Y ello, precisamente vinculado al reconocimiento de esa importancia de manera expresa –"el sector reconoce la importancia que el contrato para la formación puede tener para la incorporación, con adecuada preparación, de determinados colectivos de jóvenes": Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE 26/09/2017) y reproducido por algún convenio colectivo de empresa, en los mismos términos, como Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017- y en el que sí aparecen algunos elementos significativos. En primer lugar, se concreta –sin concretar- que la formación se realizará en las "instituciones formativas de que se ha dotado el sector". Y no es que solamente no es que se especifique cuáles son, sino que más adelante, la misma cláusula convencional se remite a los centros formativos señalados en la Ley 5/2002 (no incluyéndose, por tanto, la posibilidad de formación en la misma empresa) sin señalar cuáles son aquellas instituciones formativas del sector a las que se aludía. Reconocimiento que no es tan explícito en otros sectores en los que la regulación es más reducida o cercana a la norma sin introducir cambios sustanciales[112].

---

[109] Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017).

[110] Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15 de marzo de 2016) hace referencia a la Ley 63/1997 cuando dicho convenio es del año 2016. Vid. tb. Respecto a aquellas edades: Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014), con la inclusión de la edad de versiones anteriores del ET (hasta 21 años o 24 en supuestos especiales).

[111] Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014); Decathlon España, SA. (BOE 27/3/2017); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Convenio Colectivo de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla de la Provincia de Cádiz (BOP Cádiz 1/3/2016); Comercio textil Jaén (BOP Jaén 24/7/2013).

[112] Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017) en lo que el único elemento diferencial es el salario establecido expresamente para esta figura. Del mismo modo: Hostelería Jaén (BOP Jaén 17/7/2017). O II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017) en el que se da una pequeña mejora salarial.

En otro orden, del conjunto de apartados que dedican los convenios sectoriales a regular otros caracteres del contrato, habría que limitarse a reproducir los que no suponen una mera reiteración de la ley. En este sentido, conviene destacar la exclusión de determinadas tareas que no encajan con la naturaleza del contrato[113] –que exige un proceso de cualificación- pero incluyendo expresamente otras –limpieza de utensilios-, por la vinculación con un oficio o los puestos a desempeñar[114].

Por su parte, la duración del contrato es acotada a dos años, pero con la posibilidad de ampliar 1 año[115], bien sin justificar, bien en determinados supuestos –necesidades formativas, organizativas de la empresa de acuerdo al propio convenio y para concluir la ESO-. Y es que por convenio se han mantenido dos aspectos derogados en la ley: la vinculación de los estudios para concluir la enseñanza obligatoria a quién carezca de ella y el comienzo de la actividad formativa en el plazo de cuatro meses desde el comienzo del contrato.

Finalmente, en la última parte de la regulación convencional que el convenio sectorial de la construcción[116] dedica a este contrato, es dónde aparecen los elementos más significativos. En primer término, se describe, brevemente, la función del tutor, en lo que lo más notorio es la necesidad de que el mismo preste los servicios en la misma obra o centro que el aprendiz[117]. En segundo término, se fija una tabla retributiva que va referenciada a diferentes colectivos del convenio con distintas tareas. Esto es, que será su prestación real la que determina su remuneración. En materia salarial, además, se dispone tanto una condición más beneficiosa de carácter colectivo, consistente en el mantenimiento de las remuneraciones superiores que el aprendiz viniera perci-

[113] "No podrán ser contratados bajo esta modalidad por razón de edad, los menores de dieciocho años para los oficios de vigilante, pocero y entibador, ni para aquellas tareas o puestos de trabajo que expresamente hayan sido declarados como especialmente tóxicos, penosos, peligrosos e insalubres". O determinados puestos de trabajo: Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015).

[114] Comercio de Alimentación de la provincia de Jaén (BOP 24/7/2013); Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014); Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014).

[115] II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017).

[116] En los mismos términos los provinciales, v.gr. Sector Construcción y Obras Públicas Almería (29/4/2016). Sector de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (6/2/2017). Convenio Colectivo Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014); Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013).

[117] "El empresario, en el contrato de trabajo, viene obligado a designar la persona que actuará como tutor del trabajador en formación, que deberá ser aquella que por su oficio o puesto cualificado desarrolle su actividad auxiliada por este y que cuente con la cualificación o experiencia profesional adecuada. El propio empresario podrá asumir esta tarea, siempre que desarrolle su actividad profesional en la misma obra que el trabajador en formación".

biendo por la aplicación de otro convenio anterior de distinto ámbito; como el derecho al percibo de pluses al igual que el resto de trabajadores –atendiendo a la naturaleza de la relación laboral del aprendiz-.

Para la suspensión y cese, se enumeran y distinguen qué causas de suspensión suponen una interrupción en el cómputo de la duración del contrato y se determina el montante de la indemnización en caso de extinción (no prevista legalmente), así como los derechos a la acreditación de la formación y prestación realizada.

Y en el mismo ámbito funcional –el sector- pero en distinta actividad, el VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia[118], además de reflejar la posibilidad de suscribir el contrato por jóvenes de hasta 30 años al amparo de la habilitación legal[119] –al margen de otros aspectos menos relevantes-, añade una serie de garantías para el proceso formativo. Así debe entenderse cuando, en primer lugar, se estipula una jornada de exactamente 30 horas de trabajo efectivo y 10 de formación el primer año, pasando a ser de 34 horas y 6, respectivamente, el segundo año. Y ello se completa con la declaración expresa de que si no se cumplen tales parámetros se entenderá que no ha existido formación. Un proceso de cualificación que tiene que venir, también, completamente delimitado en cuanto a la parte de la jornada en la que se llevará a cabo. Esta regulación merece, tanto ser reflejada, como señalar el acierto de los negociadores por introducir estas precisiones que, sin duda, repercuten de manera positiva en la consecución del fin esencial que caracteriza este contrato.

*4.4.2. Contrato en prácticas*

Baste una mínima referencia para indicar la ausencia de cambios importantes respecto al tenor legal, si acaso una mínima mejora en las retribuciones salariales[120]. No obstante, en ámbitos elevados de negociación -V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE 21 de mayo de 2015)- si se especifican algunos aspectos más del contrato además de la remisión inicial al art. 11 ET. Así, se concretan los puestos de trabajo que pueden

[118] BOE 6/7/2017.

[119] Vid. tb. V.gr. Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013) con mejora salarial incluida; Comercio del Calzado, de la provincia de Jaén (31/7/2013) y en términos idénticos: Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013); Convenio Colectivo de ámbito sectorial para el Sector de Actividades (BOP Jaén 31/7/2013) y Convenio Colectivo para el Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017) o Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014).

[120] Entre los pocos que lo hacen (hay pocas muestras), pueden citarse: Empresa Leasan 2007 S.L. (BOP Cádiz 5/6/2017); Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Comercio en General Córdoba (21/3/2013).

desempeñarse, pero también los que quedan al margen del mismo y, entre otros, se contemplan las prácticas realizadas como méritos para la cobertura de vacantes.

### 4.5. Priorización del contrato indefinido y vías de conversión. Especial referencia al fijo discontinuo

El empleo estable y de calidad es una de las aspiraciones que, aunque parece reservado a los intereses de los trabajadores, es una tendencia que transmite la buena marcha de un sector o de la economía en general. Y es que la confianza en el crecimiento económico y en la inversión, se traduce, en gran parte de las ocasiones en una mejora no solo de la cantidad del empleo, sino de la calidad del mismo. Pero es que además, la estabilidad en el empleo es una garantía en el marco de protección de los trabajadores que debe suponer la limitación del uso de la temporalidad[121] y que debe ser objeto de especial atención en tiempos de crisis para evitar la destrucción masiva del empleo de calidad.

Siendo así, no debe extrañar que -unido al hecho de la conveniencia de trasladar al texto convencional un catálogo de buenas intenciones[122]- se refleje

[121] Cláusula 5 del Acuerdo Marco que figura como Anexo a la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal.

[122] El más claro ejemplo de ello es el Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016):

"Principios generales de contratación en el sector:

a) Promocionar la contratación indefinida en el acceso al mercado de trabajo, la transformación de contratos temporales en contratos fijos, el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades.

b) Fomentar el uso adecuado de las modalidades contractuales de forma tal que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos, las actividades discontinuas o estacionales con contratos fijos discontinuos y las necesidades coyunturales, cuando existan, puedan atenderse con contratos temporales causales, directamente o a través de las empresas de trabajo temporal.

c) Analizar en el ámbito del convenio, y en función de sus características, la posibilidad y conveniencia, o no, de determinar el volumen global de contrataciones temporales, incorporando en su caso definiciones precisas de las referencias, márgenes o límites materiales y temporales para medir su aplicación, lo que conllevaría mayores capacidades de flexibilidad interna en caso de su cumplimiento.

d) Evitar el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales para cubrir un mismo puesto de trabajo, con el objetivo de prevenir abusos.

e) La modalidad del contrato a tiempo parcial indefinido puede ser una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos.

f) La regulación del periodo de prueba por la negociación colectiva a efectos de facilitar el mutuo conocimiento de las partes contratantes y también la idoneidad del trabajador y sus aptitudes, así como su adecuación a las perspectivas de desarrollo profesional y a la demanda de sus cualificaciones en la organización de la empresa.

g) La jubilación parcial y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas.

en el mismo otra declaración programática en apuesta por el empleo indefinido[123]. Declaración de intenciones que, no obstante, sirve de excusa, en ocasiones, para dar entrada a la justificación para la utilización de la contratación temporal[124]. Es ésta la primera fórmula que podemos encontrar en el sector de la construcción, la hostelería o el comercio y entre los convenios de empresa que optan por decantarse por la contratación estable[125], compartiendo este objetivo, en algún convenio, con el de potenciar el empleo juvenil u otros colectivos con dificultad de acceso al mercado de trabajo[126].

---

h) Fomentar la contratación de los trabajadores con mayores dificultades para su incorporación en el mercado laboral: mayores de 45 años, parados de larga duración y personas con alguna discapacidad, teniendo en cuenta el sistema de bonificaciones a la contratación.

i) Establecer mecanismos de seguimiento y control de la evolución del empleo, y de la contratación en el sector cuando se adopten medidas de empleo, a fin de compartir el resultado de las medidas implementadas de fomento del mismo.

j) Asegurar como mínimo, en este contexto de internacionalización, que se aplica a los trabajadores contratados en el exterior y/o trasladados y/o desplazados a nuestro país, las disposiciones contempladas en el convenio colectivo correspondiente al lugar y centro de empleo en España, ya se trate de acuerdo o convenio colectivo de sector o de empresa, y sea cual sea el ámbito geográfico de aplicación del convenio correspondiente.

k) Las/os trabajadoras/es que sean contratados en más de una ocasión en la misma empresa y en el mismo puesto de trabajo, no tendrán periodo de prueba

l) Las empresas afectadas por el presente convenio se comprometen a respetar los ratios de monitoras, personal de cocina y office, que en cada momento marque el Ministerio de Educación así como las diferentes consejerías de educación de las Comunidades Autónomas.

En sentido similar: II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017).

[123] Convenio colectivo general de la construcción (BOE 26/09/2017); Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015); Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016); Comercio de Alimentación de la provincia de Jaén (BOP 24/7/2013).; Comercio del Calzado, de la provincia de Jaén (31/7/2013); Convenio Colectivo para el Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017); Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (BOP Jaén 10/8/2017); Comercio textil Jaén (BOP Jaén 24/7/2013); Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014); INDALIM, SOC. LIMITADA (BOP Almería 3/3/2015).

[124] Acuerdos de modificación del I Acuerdo Marco de Comercio (31/10/2014); 3M España, SA. (BOE 30/7/2013); Convenio Colectivo de ámbito sectorial para el Sector de Actividades (BOP Jaén 31/7/2013); Elaboración de Congelados Málaga, Sociedad Anónima (BOP Málaga 30/9/2015).

[125] Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015): "Artículo 34. Contratación.

La contratación de personal se realizará, en la medida de lo posible, bajo la intención y la tendencia de realizar una contratación estable de los trabajadores.

No obstante y con independencia de cualquier otro tipo de contrato laboral tipificado en el Estatuto de los Trabajadores, las empresas, para resolver los altibajos laborales que devienen de la concentración de campañas en fechas determinadas, podrán optar por utilizar alguno de los tipos de contrato que se definen a continuación…". Cít. tb. Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016); Bofrost SAU (BOE 10/2/2015).

[126] Empresa "Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15 de septiembre de 2016). De manera similar:

Como segunda fórmula, se plantea reforzar el compromiso entre las partes para hacer efectiva la transformación de contratos temporales en indefinidos[127]. Esto es, se trata de una declaración programática blindada, que pretende trasladar el compromiso por la contratación estable, desde lo abstracto de las intenciones a la política de contratación de la empresa, siendo ésta una realidad palpable (aunque ello no suponga renunciar a la contratación temporal y algunas veces apoyada en una legislación desfasada)[128].

La tercera opción consiste en reiterar, de manera exacta, un precepto legal que promociona el fomento de la transformación de contratos en indefinidos. Reiteración, por lo demás, absurda, ya que, en tales casos el precepto estatutario remite a la negociación colectiva para disponer mecanismos de conversión de los contratos en indefinidos y, precisamente el resultado de la negociación no incluye tales compromisos, sino la propia remisión legal[129].

---

Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21 de abril de 2015); Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6 de septiembre de 2016). Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013); Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012); Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficina de Sevilla (BOP Sevilla 4/12/2014).

[127] Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Comercio del mueble, antigüedades y objetos de arte. (BOE 4/6/2016); Sector de Comercio del Automóvil, Caravanas, Motocicletas, Bicicletas y sus accesorios de Sevilla (BOP Sevilla 21/10/2015); Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23 de junio de 2014); Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013); Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012); Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficina de Sevilla (BOP Sevilla 4/12/2014); Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014); Megaexit, S.L. (BOP Granada 11/2/2015).

[128] V.gr. Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016): "6.2. Fomento de la contratación indefinida.

Las partes negociadoras acuerdan expresamente que durante la vigencia y ultraactividad del presente convenio Fuertemant tendrá la posibilidad de formalizar transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos. Este acuerdo se realiza para que conste que la voluntad de las partes no es solo permitir la posibilidad de formalizar transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos sino para promocionar activamente este tipo de conversiones como parte de la política de contratación laboral de la Empresa". En el art. 6, además se abre la posibilidad de acudir a la contratación temporal y a la posible transformación en indefinidos. En el convenio de Mirang Restauracion S.L.U. (BOP Cádiz 15 de marzo de 2016) se establece también una prioridad por la contratación fija y una política de incentivos, con el único problema que está falta de actualización. Mismo problema que se observa en el I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017); Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017); Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015).

[129] El mismo convenio citado en la nota anterior –Fuertemant, SL-, en el mismo artículo, pero respecto a los contratos formativos, al copiar literalmente el art. 11.2 ET establece: "En la negociación colectiva se fijarán…

Asimismo, podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido". Esto es, que en lugar de establecer los mencionados compromisos como dispone la ley, se limita a repetir lo que puede hacer la negociación colectiva,

La técnica más elaborada parece ser, sin embargo, la acogida por algún convenio como el III Convenio colectivo del Grupo Zena[130] o Pastificio Service, SL[131] (algo más breve) en el que a la apuesta por la contratación estable se une todo un protocolo de actuaciones tendentes a garantizar el mantenimiento del empleo. Esto es, introduce una cláusula de garantía del empleo en su Disposición adicional 5ª, en la que se contienen toda una batería de medidas que tienen por objeto proteger la estabilidad laboral. De este modo, puede afirmarse que esta regulación convencional da un paso más en la apuesta por el empleo de calidad, limitando la utilización de mecanismos de flexibilidad por parte de la empresa que puedan socavar las condiciones laborales disfrutadas por los trabajadores, además de establecer mecanismos que favorecen su empleabilidad como el acceso a la formación[132]. Queda por

pero sin hacerlo. En los mismos términos exactamente: Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014), incluso con el mismo número de artículo y la misma redacción. Lo que denota poca originalidad –o ninguna- por parte de los negociadores.

[130] BOE 3 de marzo de 2016.

[131] BOE 12 de septiembre de 2014.

[132] "Disposición adicional quinta. Empleo.

Los firmantes del convenio entienden que el mantenimiento y la recuperación del empleo es un objetivo prioritario de esta negociación colectiva, favoreciendo la estabilidad, sin perjuicio de mantener la referencia de la contratación temporal para permitir responder a las necesidades claramente coyunturales producto de la gran variabilidad, en el tiempo y en la intensidad, de la demanda de nuestros consumidores.

En consecuencia, los firmantes del Convenio, conscientes de la necesidad de conjugar la efectividad de la garantía de empleo en el ámbito del Grupo con las transformaciones y adaptaciones al mercado y a los clientes, convienen en que las empresas afectadas por el Convenio no llevarán a cabo medidas que puedan afectar al empleo en alguno o algunos de los centros afectados por el presente convenio, sin antes haber agotado las previstas en el siguiente protocolo:

1. Cuando las medidas afecten a más de un centro de trabajo el órgano competente para la consulta y deliberación de las mismas, con respeto de la legalidad vigente, será el Comité Intercentros, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de este Convenio, o las representaciones sindicales si así lo decidiesen estas en los términos legales.

2. Como medidas necesarias para evitar o reducir los efectos y atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados será necesario contemplar preferentemente las siguientes:

a) La recolocación interna de los mismos dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas.

b) Movilidad funcional de los afectados conforme a lo establecido en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

c) Movilidad geográfica conforme a lo establecido en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores dentro del ámbito de actuación del Grupo.

d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo conforme a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

e) Acciones de formación o reciclaje profesional de los afectados que puedan contribuir a su continuidad en el proyecto empresarial.

f) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

Como parte integrante del plan de garantía y crecimiento del empleo, y con amparo en la

ver si esta regulación tan positiva queda en una mera redacción formal o se corresponde con una efectiva aplicación práctica.

En la línea de mantener el empleo estable, la figura del fijo discontinuo se presenta como una realidad frecuente en el marco negocial. Una figura que, se detecta, no se diferencia, con bastante frecuencia, del contrato fijo de carácter periódico en el contexto del contrato a tiempo parcial. Y es que los negociadores llaman, de manera habitual, coloquial e indistinta al contrato como fijo discontinuo[133] aunque de las características descritas pueda deducirse que se trata de una figura incardinable en el art. 12 ET y no en el 16 ET –salvo excepciones[134]-.

---

jurisprudencia constitucional, las partes firmantes del presente Convenio, conscientes de que es necesario acometer una política de renovación y reparto o distribución del trabajo, limitándolo a un grupo de trabajadores que ya han tenido una larga vida activa en favor de otro grupo que no ha disfrutado de tal situación, establecen la jubilación obligatoria, como causa de extinción de los contratos de trabajo siempre que los trabajadores afectados puedan acceder al 100 por 100 de la pensión de jubilación y sean sustituidos por otro trabajador.

En los casos en que el trabajador no tenga la plenitud de derechos prevista en el párrafo anterior, la jubilación forzosa no se producirá hasta la cobertura de dicho período de carencia.

Esta política de jubilaciones potenciará especialmente el fomento de la contratación indefinida de los trabajadores y trabajadoras contratados al amparo de las modalidades de contrato formativo que hayan agotado la duración máxima legalmente establecida".

[133] Dudas de la redacción por ejemplo, surgen con la lectura del Convenio Colectivo del Hotel Flamero, S. L. (BOP Huelva 2/9/2010) pero que se solventan mediante la regulación separada y distinta de las dos posibilidades, definiendo de manera especialmente clara al fijo de carácter periódico de su artículo 12 (previamente en el 11 se define el fijo discontinuo no de manera tan clara y que puede inducir, por momentos, a error).

[134] Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016). Es muy significativo, sobre el particular, algún convenio que no tiene ninguna otra previsión en materia de contratación, pero que destina una completísima cláusula al fijo discontinuo, dejando claro a que figura se refiere y que consideramos adecuado reproducir como ejemplo: Barnet Hoteles, S.L. (BOP Huelva 17/6/2015) o en términos parecidos "Fundovel S.A." (Hotel Tierra Mar) (BOP Huelva 24/08/2010), citamos el primero de ellos: "Son aquellos trabajadores contratados con tal carácter de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores o norma vigente en cada momento.

Adquirirán la condición de fijos discontinuos los trabajadores que presten sus servicios durante tres campañas consecutivas mediante alguna modalidad de contratación temporal, cuando alcancen un promedio de 180 días trabajados por temporada, y siempre que no se produzca una interrupción de la relación laboral superior a 30 días en cada una de ellas.

A los efectos del cómputo de las jornadas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, el plazo se computará desde el 1 de abril al 30 de octubre de cada año.

La actividad no tendrá que desarrollarse en todo el período completo, ya que la duración de la campaña dependerá de lo establecido en los párrafos anteriores.

La prestación de servicios, por su naturaleza, puede ser intermitente, ya que dependerá de la demanda de pedidos, circunstancias climatológicas, etc.

La ejecución del trabajo se desarrollará con las intermitencias propias de las actividades cíclicas o periódicas no continuas, y los días de trabajo efectivo durante la campaña dependerán de las circunstancias indicadas en el párrafo anterior.

Cierto es que, en ocasiones, como una simple alusión para llamar la atención sobre el posible uso de esta forma de contratación[135].

Sin justificar claramente su uso o los casos en los que se utiliza, también se cita dentro del sistema de contratación, como una posibilidad más, estableciendo los requisitos formales para su utilización –como las características y plazos para los llamamientos[136] o, especialmente, pero de manera puntual,

---

Este tipo de trabajador deberá ser llamado a partir de adquirir la condición de trabajador fijo discontinuo cada vez que la empresa vaya a realizar la faena o tarea por la que haya adquirido tal condición, teniendo preferencia respecto de los trabajadores eventuales.

La forma de llamamiento se llevará a cabo mediante la publicación de listas en una página web o tablón de anuncios, que deberá conocer el trabajador bien porque conste la referencia a ellos en el finiquito expedido al final de la anterior campaña, bien mediante comunicación telefónica del trabajador a la empresa a un número facilitado por ésta a tal efecto.

El llamamiento se llevará a efecto por riguroso orden de antigüedad acumulada. El empleador podrá llamar y cesar al número de trabajadores fijos discontinuos que considere pertinente y necesario para la faena a realizar, procurando la máxima equidad, ajustado a las circunstancias climáticas, de mercados y técnicas de las empresas.

Llegado el día de la incorporación al puesto de trabajo, si éste hubiera de ser suspendido por causas climatológicas o causas imprevistas, el preaviso inicial servirá y será suficiente.

En el supuesto en que la actividad laboral se suspenda por causas climatológicas o por otras causas imprevistas, llegado el día de trabajo de la reanudación de la actividad, el trabajador se incorporará a su puesto inmediatamente.

Los ceses serán en orden inverso al llamamiento, teniendo en cuenta entre otros criterios el volumen de actividad de la empresa, criterios técnicos de rendimiento y de producción, factores climatológicos de terminación de campaña, etc.

Si el trabajador no acude al llamamiento y no se incorpora al puesto de trabajo perderá la condición de fijo discontinuo y se considerará baja voluntaria a partir del tercer día. Se perderá igualmente la condición de fijo discontinuo y se extinguirá su contrato, a todos los efectos y por la mismas causas que pierde la condición de fijo, cualquier trabajador que tuviese esa condición.

En los supuestos en los que el llamamiento coincida con una situación de baja médica o de incapacidad temporal del trabajador, la empresa se compromete, una vez causado el alta, a su reincorporación en la siguiente plaza vacante, manteniendo en todo caso la posición que le corresponde por antigüedad".

[135] Por ejemplo, como opción para cubrir los contratos de temporada: Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016); Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25/1/2017). Reiterando el tenor legal: Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016).

[136] Fórmula utilizada, por ejemplo, en los convenios de empresa del sector de la construcción negociados en la provincia de Jaén: «Altura, Drenajes y Contenciones, S.L.» (BOP Jaén 26/10/2016); Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L.» (BOP Jaén 11/03/2016); Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016); aunque no de manera exclusiva, v.gr. con el mismo esquema de convenio en la provincia de Málaga: Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015); Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014). O en otros sectores, como hostelería: III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3/3/2016); Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015); Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012); Hostelería Huelva (BOP Huelva 22/09/2014).

a la transformación de eventuales en fijos discontinuos por la reiteración de llamadas[137]-. Es, en este sentido, muy pobre su regulación convencional, con excepciones esporádicas en las que se establecen, por ejemplo, el porcentaje de plantilla con este tipo de contrato[138], pero la poca profundización de la regulación convencional es más destacada aun cuando las llamadas a la normativa vigente para este contrato carecen de cualquier tipo de actualización[139].

### 4.6. Otros contenidos: bolsas de trabajo y período de prueba

#### *4.6.1. Bolsas de trabajo*

La bolsa de trabajo se configura como un mecanismo para acceder a la empresa o para la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de la misma, llegándose a establecer procedimientos complejos de coberturas de vacantes por esta vía como fórmula de acceso a la empresa[140].

#### *4.6.2. Período de prueba*

En relación al período de prueba, y atendiendo a la relación de supletoriedad que, para empresas de 25 o más trabajadores establece el ET –suplementariedad para los que no sean técnicos titulados en empresas de menor tamaño- lo más frecuente es encontrar, entre los convenios de empresa, una acotación temporal del mismo. Período que se suspende por la aparición de los arts. 45 y 46 ET. Pero no es igual el modo en el que se enfrenta.

Así, en primer lugar, encontramos repeticiones del contenido del precepto legal sin variar ninguna de sus posibilidades o la remisión a la norma legal[141], lo que también entra dentro de las opciones de los negociadores, si

[137] Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016); Marbella Club Hotel, Sociedad Anónima (Málaga 19/11/2014); Barnet Hoteles, S.L. (BOP Huelva 17/6/2015); "Fundovel S.A." (Hotel Tierra Mar) (BOP Huelva 24/08/2010).

[138] Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015).

[139] Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016).

[140] Así por ejemplo, en el acta de reunión de la comisión paritaria del convenio colectivo de la UTE Lisan y su personal adscrito al servicio de limpieza del hospital universitario de Jerez de la Frontera (BOP Cádiz 10 agosto 2017), en lo que reproduce el texto del convenio, se establece un procedimiento de cobertura de vacantes en los que se establece unas prioridades: trabajadores nocturnos, a tiempo parcial y nuevas contrataciones, estableciendo, a su vez, un proceso para confeccionar anualmente la bolsa.

[141] Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016), si bien especificando que se refiere a titulados universitarios o de grado (¿?) o títulos equivalentes, de un modo similar a la titulación habilitante para el contrato en prácticas. "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016) también repitiendo la fórmula de suplementariedad para empresas de menos de 25 trabajadores cuando lo lógico sería hacer referencia a una sola fórmula atendiendo al número de trabajadores de la empresa que constituye la unidad de negociación. Exactamente igual: Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015) o Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014), Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén

bien, en algún caso hay una mínima variación respecto a las duraciones[142]. En otros convenios se distinguen dos topes máximos, uno que se supone que es para los contratos indefinidos y temporales de larga duración (6 meses) y otro para los contratos temporales de duración reducida (1/3 de ésta)[143] o con alguna pequeña variación que tiende a incrementar[144] o reducir[145] la duración de este período.

Se observan también variaciones que afectan únicamente a los trabajadores que no son técnicos titulados, bien rebajando (un mes o 15 días)[146] o aumentando[147] el máximo del período de prueba o aumentándolo (3 meses)[148] o estableciendo una única y reducida duración sea cual sea el colectivo (15 días u otra)[149].

---

11/03/2016), Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016). En Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016), además se incluye la referencia del contrato indefinido de apoyo a emprendedores, aunque sea únicamente para hacer la remisión legal. I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017); Convenio Colectivo para la Empresa Almacenes Barragan Espinar, S.L (BOP Granada 21/1/2015); Megaexit, S.L. (BOP Granada 11/2/2015).

[142] Empresa Francisco Donaire Torres con sus trabajadores (BOP Cádiz 07/08/2015); Granada Unión Detallistas Alimentación, SA (BOE 13/6/2013); Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida-Fresón de Palos (BOP Huelva 8/11/2016); Empresa Mixta Municipal Mercados Centrales de Abastecimiento de Granada, S.A. (Mercagranada,S.A.) BOP 17/5/2016.

[143] Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014).

[144] Cableven (BOJA 10/05/2016) en el que decimos que se supone porque el primero lo reserva para los contratos indefinidos y los "eventuales" y el segundo para los contratos de duración determinada. De este modo, esa referencia a eventuales, sin duda, se trata de un error conceptual. Sin embargo, en el convenio para la empresa Enercon Windenergy Spain, SL. (BOE 2/2/2016) existe una clara diferenciación de estos períodos para contratos indefinidos y temporales, respectivamente. Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015) distingue entre indefinidos (180 días), Temporal de más de seis meses 140 días, Temporal de entre 3 y 6 meses 2/3 partes de la duración del contrato, Temporal de menos de 3 meses 2/3 partes de la duración del contrato. En los mismos términos: Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015).

[145] General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015); Inverser MJ Córdoba S.L. (BOP Córdoba 25/5/2016).

[146] Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores (BOP Cádiz 22/3/2016), un mes; Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014), pero en ese caso con 30 días, el 50% de la duración del contrato temporal con un mínimos de 15 días.

[147] Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012)

[148] Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017); Empresa Gaducon Proyectos Y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016); Empresa Leasan 2007 S.L. (BOP Cádiz 5/6/2017); Vestas Eólica, SAU. (BOE 12/8/2016) distinguiendo por Grupos Profesionales.

[149] Acta de reunión de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de la UTE Lisan y su personal adscrito al Servicio de Limpieza del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera (BOP Cádiz 10/8/2017). Con la excepción de un grupo concreto al que se le aplica la duración legal. Sin embargo, no se especifica en dicho precepto convencional la justificación para un

En el menor de los casos, se plantea una regulación completamente diferenciada[150] o novedosa que puede hacer incluir duraciones distintas según los Grupos profesionales[151], y la opción a su utilización o no (voluntariedad que se deja en manos de la empresa y del contrato) o la posibilidad de exigir la realización de pruebas teóricas, prácticas y psicotécnicas para comprobar el grado de preparación del trabajador[152]. O, por ejemplo, establece mecanismos

trato diferente a los mismos. O referida a grupos concretos: Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21/4/2015); Pepsico Foods AIE (BOP Granada 11/2/2015).

[150] Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016).

[151] Española de Instalaciones de Redes Telefónicas, SAU (BOE 29/06/2017): entre 15 y 180 días. Vid. tb. Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015). En los mismos términos: Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014) pero porque traslada el contenido íntegro del convenio colectivo del sector; Alain Afflelou España, SAU. (BOE 10/5/2013); Bofrost SAU (BOE 10/2/2015) distinguiendo, además, entre indefinidos y temporales; Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013) aunque diferenciando únicamente entre 5 y 6 meses y fijando una diferencial del 30% en relación a la duración del contrato temporal; en términos parecidos Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016) con una distinción más completa en los supuestos de contratación temporal; Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016), en el que se diferencia, a su vez, entre contratos indefinidos (con 120 días, 150 y 180 días según grupo) y temporales (1/2 de la duración del contrato), y todo ello de manera independiente a la regulación inicial, añadiéndose, además, la posibilidad de un nuevo período de prueba si se cambia de grupo; Primark Tiendas, SLU. (BOE 31/102013) también distingüendo entre temporales e indefinidos; 3M España, SA. (BOE 30/7/2013); Comercio del mueble, antigüedades y objetos de arte (BOE 4/6/2016); Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (BOP 15/10/2013); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014); A3M Auto ID SL (BOP Córdoba 18/1/2016) diferenciando entre titulados de grados superior, medio y otros trabajadores; Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23/6/2014); en los mismos términos: Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014); Digital Milenium 2008, S.L. (BOJA 1/4/2016) diferenciando a colectivos por sus funciones; Elaboración de Congelados Málaga, Sociedad Anónima (BOP Málaga 30/9/2015); Empresa Francisco Donaire Torres con sus trabajadores (BOP Cádiz 07/08/2015); Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014); Indalim, Soc. Limitada (BOP Almería 3/3/2015).

[152] A título de ejemplo, una regulación en la que pueden verse los diferentes aspectos comentados, en el convenio colectivo de la empresa Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016) establece lo siguiente:

"Artículo 18. Periodo de prueba.

La empresa podrá someter a los aspirantes a las pruebas teóricas, prácticas y psicotécnicas que considere convenientes, para comprobar su grado de preparación.

Las contrataciones del personal se considerarán provisionales durante un período de prueba que, en ningún caso, podrá exceder del que se señala en la siguiente escala:

Grupo I: Seis meses.

Grupo II: Cuatro meses.

Grupo III: Tres meses.

Grupo IV: Dos meses.

Grupo V: Dos meses

para superponer o sumar períodos de prueba en la hipótesis de concatenación de contratos o conversión del temporal en indefinido[153].

En los convenios sectoriales, se crea una plantilla con grupos y períodos de prueba completamente diferenciados con unos márgenes cerrados. Unos topes que, en el sector de la construcción, oscilan entre un mínimo de 15 días y 6 meses[154], estando exentos, de la realización del mismo aquellos trabajadores "titulares de la Tarjeta Profesional de la Construcción expedida por la Fundación Laboral de la Construcción con contrato de fijo de obra u otra modalidad de contrato temporal regulado en el presente Convenio, estarán exentos del período de prueba para los trabajos de su categoría profesional, siempre que conste en su Tarjeta Profesional haber acreditado su cumplimiento en cualquier empresa anterior"[155], pero además, se generaliza la realización de pruebas de aptitud y controles médicos previos a la contratación[156]. A su vez, en el Sector de la Hostelería[157] se conforma un sistema que parte de una primera distinción entre personal directivo y el resto del personal con un contrato indefinido o temporal –ya que las modalidades de contratación (formación y prácticas concretamente) tienen una regulación diferenciada-. En el primer caso se establece una duración de 4 ó 6 meses dependiendo del carácter temporal o no del contrato, mientras que en el segundo caso, habrá que diferenciar entre duración del contrato y grupo profesional y con unos parámetros que van desde los 15 a los 90 días. Además de disponer el efecto de "nulidad" al período de prueba celebrado con un trabajador que con carácter

Durante este periodo, tanto el trabajador como el empresario, podrán, respectivamente, desistir de la prueba o proceder al despido sin previo aviso, sin que ninguna de las partes tenga por ello derecho a indemnización. En todo caso, el trabajador tendrá derecho al percibo, durante el período de prueba, de la retribución correspondiente a la categoría profesional del trabajo encomendado.

Transcurrido el plazo referido, el trabajador pasará a figurar en la plantilla de la empresa, y el tiempo que hubiese servido en período de prueba le será computado a efectos antigüedad en la empresa.

El período de prueba, de que queda hecha la mención, no es de carácter obligatorio y la empresa podrá, en consecuencia, proceder a la admisión del personal con renuncia parcial o total a su utilización.

[153] Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL. (BOE 25/09/2015) –art. 8-.

[154] Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016).

[155] Convenio colectivo general de la construcción (BOE 26/09/2017). Construcción y Obras Públicas Almería (29/4/2016). Sector de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (6/2/2017); Convenio Colectivo Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014); Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013).

[156] Vid. nota anterior.

[157] V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE 21/5/2015). Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012).

previo haya desempeñado las mismas funciones en la empresa (habiendo superado tal período). Por último, en el sector del Comercio, se observan varias regulaciones que, sin embargo, no resultan muy diferentes entre sí ni respecto de lo ya comentado en otros sectores, estableciéndose duraciones que varían según el grupo profesional (entre 3 y 6 meses)[158].

## 5. UNA BREVE CONCLUSIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

De manera muy breve, quisiéramos, en este último apartado, enumerar, en forma de síntesis, alguna de las conclusiones generales que se pueden extraer de este amplio análisis, teniendo en cuenta que lo que se ha realizado ha sido un muestreo que se ha querido y entendido suficientemente amplio –vid. anexo de convenios consultados- y que muestran una clara tendencia en materia de contratación temporal.

1.- Partimos de una estructura compleja, en la que prima el convenio de empresa con prioridad aplicativa. Sobre este particular debemos decir que se constata la utilización de una prioridad aplicativa mal entendida y que se excede regulando materias que escapan de los límites del art. 84.2 ET o de otros preceptos convencionales. Por ejemplo en la duración del contrato eventual, dado que el precepto citado establece la prioridad respecto a contratación laboral, pero sin eliminar la regulación específica del art. 15.1 b) ET que reserva la ampliación de la duración legal a los convenios sectoriales. Y ello no se respeta. En otros casos, se hace poco uso real de esta prioridad aplicativa de empresa, tendiendo, en la mayor parte de las ocasiones, a reiterar el convenio colectivo de sector y modificando, como mucho, algún aspecto muy concreto. Pero es más lo formal, es decir, la afirmación de que ésta existe, de lo que se produce finalmente.

2.- De ello se deriva que no se hace un uso adecuado de los mecanismos de flexibilidad, particularmente del mencionado en el párrafo precedente, introducidos por la reforma laboral de 2012, dando la sensación que los negociadores no los han entendido en muchos casos, por su incorrecta aplicación, o porque en cuanto al fondo no lo han utilizado en la mayor parte de las ocasiones.

[158] Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes (BOE 22/4/2013). En términos similares: VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017). En el II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017) sigue la misma estructura pero con períodos más reducidos, contemplándose, además, un ajuste en el caso en el que la duración del contrato coincida con la prevista para el período de prueba fijado para su Grupo Profesional, de forma que entonces se adapta a los 2/3 de éste.

3.- La línea general es la reiteración de contenidos, sin que se aporte mucho más de lo que la ley ya dispone. No obstante, hay algunos elementos en los que se ha puesto mayor interés por los negociadores y que sí han supuesto adaptaciones –en algún caso- de las modalidades al marco negocial, si bien, con mayor o menor acierto –excediendo en ocasiones la habilitación legal. Las posibilidades que se utilizan de flexibilidad se deben a reformas que afectaron a los contratos antes de 2012, especialmente cambios relativos al art. 15 ET de los años 2006 y 2010, pero no en su integridad.

4.- En este sentido, la regulación del período de prueba, con sujeción a los topes legales, es una variable bastante rica en el ámbito negocial, con un enfoque diverso según los sectores y empresas analizados. Pero como regla común es la adaptabilidad con respeto al marco legal.

5.- Respecto a las duraciones de los contratos, no puede decirse lo mismo. Se hace en gran medida reiterando lo establecido en la ley o repitiendo ésta pero de un modo erróneo, con extralimitaciones a su regulación, como en el contrato eventual con una ampliación de los márgenes legales por los convenios de empresa.

6.- No se concretan los aspectos que la ley regula mediante remisiones o llamadas a la ley, por ejemplo, en el art. 15 ET. Y así, en pocas ocasiones –y de manera muy escueta- se determinan puestos a cubrir o tareas a desarrollar con contratos temporales o los porcentajes respecto a la plantilla total. En este último caso se observa, especialmente en Comercio y Alimentación, una inclusión dentro de los compromisos de empleo estable que se adquieren en los convenios. Además, existen dudas razonables, muy razonables, sobre la adecuación legal de preceptos convencionales a los parámetros legales, más aun a raíz de la interpretación judicial que, de manera reiterada, se pronuncia en torno al posible alcance de dichas cláusulas convencionales y la concreción de las tareas a desarrollar en el marco de estos contratos.

7.- Hay contratos, como el de interinidad, que se limitan a reproducir previsiones legales o a citarse a efectos de su utilización.

8.- Sí se pone especial interés en modelos como el contrato fijo de obra o el contrato fijo discontinuo, que sí encuentra un desarrollo respecto a aspectos relevantes del mismo como las llamada, la justificación de su uso, etc. y que debe tener una lectura positiva puesto que su utilización puede significar una reducción del uso masivo y fraudulento de la contratación temporal.

9.- La regulación de los contratos formativos está sobredimensionada, especialmente la del contrato para la formación y el aprendizaje. Y todo para repetir, en la mayor parte de las ocasiones lo expresamente contemplado en el ET. Sin embargo, aquellos aspectos que deben ser desarrollados no lo son

(incluso copiando a veces el precepto legal con la llamada a la negociación colectiva, tanto aquí como en otros contratos). Es cierto, no obstante, que hay algunos elementos como la tutoría o garantías del proceso formativo que en algunos convenios –muy escasos- tienen una ordenación o desarrollo muy interesante y que debería extenderse por los negociadores.

10.- El contrato a tiempo parcial es objeto de muy continuas referencias, especialmente en lo relativo a las horas complementarias. Estadísticamente, si coincidiera con su continua presencia en convenios colectivos, debería señalar un uso frecuente, así como de las horas complementarias. Esta regulación debe servir de guía para comprobar su utilización correcta. En términos generales, obedece a los márgenes legales.

11.- Hay errores tipo que se trasladan de uno a otro convenio en la misma provincia y sector como consecuencia de la identidad en los negociadores. Hasta tal punto hay identidad de negociadores y se trasladan contenidos que, en algún caso la referencia a las campañas del IMSERSO aparecen como justificación para la celebración de contratos de duración determinada en ámbitos que no parecen tener tanto encaje como la construcción, y es porque se regulan exactamente del mismo modo en la hostelería.

12.- Por último, no obstante todo lo anterior, es cierto que se pueden ver líneas diferentes según el sector analizado, por lo que debemos concluir que, a pesar del escaso desarrollo novedoso, hay materias dentro de la contratación laboral que encuentran diferentes modos de adecuación según el ámbito analizado, pero que, en la medida de lo posible, debería apostarse por una mejora, y no ya únicamente respecto a los contenidos, sino a la forma y al conocimiento de la normativa laboral en su conjunto, de dónde debemos extraer una reflexión final: debe abrirse y extenderse la formación a los negociadores puesto que, de este modo, se enriquecería muchos de los contenidos en materia de contratación laboral, más aún porque la ley permite dicho margen. Un margen que significaría, de un lado una adaptabilidad real a los ámbitos que están al alcancen y conocen los negociadores y, de otro, el establecimiento de unas garantías más adecuadas a los derechos de los trabajadores.

Sea como fuere, queda mucho por hacer en el ámbito convencional.

## BIBLIOGRAFÍA


- Aragón Gómez, C. "La prioridad aplicativa del convenio de empresa tras el RD-Ley 3/2012. Primeros problemas de aplicación práctica del artículo 84.2 ET". SAN 10 septiembre 2012 (AS 2012, 2514), Revista Doctrinal Aranzadi Social, paraf.num.87/201311/2013 parte Presentación, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (edición on line BIB 2013\437).
- Ballester Pastor, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción: la necesaria formalización de la causa de la contratación, la naturaleza del contrato como sometido a término cierto y el esfuerzo jurisprudencial por controlar la extensión temporal de la duración máxima operada por vía convencional". Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. I parte Presentación. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1999 (on line)
- Ballester Pastor, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico. Editorial Comares, 2010,
- Blasco Pellicer, A. "La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado", Actualidad laboral, Nº 2, 2011
- Cabeza Pereiro, J. "La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET", Revista de Derecho Social, nº 59, 2012;
- Camps Ruiz, L.M. "El contrato de trabajo fijo de obra del sector de la construcción y disposiciones adicionales 1.ª.2 de la Ley 35/2010 y 3.ª de la Ley 23/2006", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 33, 2013.
- García Ninet, I. y Vicente Palacio, M.A. "El contrato por obra o servicio determinado" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico. Editorial Comares, 2010.
- Gorelli Hernández, J. "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IUSTEL, nº 28, 2012.
- Martín Valverde, A. "Estructura y proceso de la negociación colectiva", Economía y sociología del trabajo, nº 18, 1992.
- Mercader Uguina, J. "Art. 84. Concurrencia" en AA.VV. (Cruz Villalón, J.; García-Perrote Escartín, I.; Goerlich Peset, J. M., direcc), Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Lex Nova, Valladolid, 2012 (2ª edic).
- Mercader Uguina, J. "La reforma de la negociación colectiva en el Real

Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad" en Reforma Laboral 2012, Lex Nova, 2012.

- Merino Segovia, A. "La reforma de la negociación colectiva en el RDL. 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", Revista de Derecho Social, nº 57, 2012
- Monereo Pérez, J.L, La Metamorfosis del Derecho del Trabajo en Historia y Cultura del Trabajo, Bomarzo, 2017.
- Ojeda Avilés, A. "El convenio colectivo de empresa prioritario", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 34 (2013).
- Perán Quesada, S. "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 33 (2013)
- Preciado Domènech, C.H. "La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", Temas Laborales núm. 118/2013.
- Rodríguez Piñero, m.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E. "La nueva reforma Laboral", Relaciones Laborales, nº 5, 2012.
- Sempere Navarro, A.V. "El convenio de empresa y la Audiencia Nacional", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2012 (versión on line BIB 2012\3077).
- Sempere Navarro, A.V. "El convenio de empresa y la Audiencia Nacional", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2012 (versión on line BIB 2012\3077).
- Val Tena, A.L. "La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio", Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 2 (2014)
- Valdés Dal-Ré, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", Relaciones Laborales, nº 18, Octubre 2012, Tomo II, Editorial La Ley.
- Valdés Dal-Ré, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012", Relaciones Laborales, n. 23, 2012
- Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Nº. 33, 2013.
- Vila Tierno, F. El contrato para la formación en el trabajo, Thomson Reuters-Aranzadi, 2008. ISBN 978-84-8355-594-1.

**Convenios analizados**

| Ámbito | Construcción | Hostelería y restauración | Comercio y Alimentación | Totales |
|---|---|---|---|---|
| Sector Estatal | 1 | 2 | 5 | 8 |
| Sector provincial | 6 | 9 | 20 | 35 |
| Empresa | 24 | 35 | 42 | 101 |
| Totales | 31 | 46 | 67 | 144 |

**Convenios citados y analizados en detalle por incluir contenido relevante**

- 3M España, SA. (BOE 30/7/2013).
- A3M Auto ID SL (BOP Córdoba 18/1/2016)
- Acta de reunión de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de la UTE Lisan y su personal adscrito al Servicio de Limpieza del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera (BOP Cádiz 10/8/2017)
- Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE 21/5/2015).
- Acuerdo Marco Comercio (BOE 20/2/2012), hoy con el Acuerdo de prórroga de ultraactividad (BOE 10/7/2017)
- Acuerdos de modificación del I Acuerdo Marco de Comercio (31/10/2014);
- Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23/6/2014);
- Aguas El Ejido -empresa municipal- (BOP Almería 30/01/2017).
- Alain Afflelou España, SAU. (BOE 10/5/2013);
- Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013);
- Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOE 9/11/2013);
- Altura, Drenajes y Contenciones, S.L. (BOP Jaén 26/10/2016)
- Barnet Hoteles, S.L. (BOP Huelva 17/6/2015)
- Bofrost SAU (BOE 10/2/2015).
- Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017).
- Burgercampo, SL. (11/6/2015);
- Cableven (BOJA 10/05/2016).
- Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017);

- Comercio construcción Cádiz (BOP Cádiz 14/10/2014);
- Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013)
- Comercio de Alimentación de la provincia de Jaén (BOP 24/7/2013);
- Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficina de Sevilla (BOP Sevilla 4/12/2014).
- Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013);
- Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla de la provincia de Cádiz (BOP Cádiz 1/3/2016);
- Comercio del Automóvil, Caravanas, Motocicletas, Bicicletas y sus accesorios de Sevilla (BOP Sevilla 21/10/2015);
- Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (BOP Jaén 10/8/2017);
- Comercio del mueble, antigüedades y objetos de arte (BOE 4/6/2016);
- Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017);
- Comercio en General Córdoba (21/3/2013).
- Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012);
- Comercio piel y calzado Cádiz (12/5/2016);
- Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014),
- Comercio textil Jaén (BOP Jaén 24/7/2013);
- Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014).
- Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016).
- Construcción y Obras Públicas Almería (29/4/2016).
- Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013).
- Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014).
- Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017)
- Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014),
- Decathlon España, SA. (BOE 27/3/2017).
- Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014);
- Digital Milenium 2008, S.L. (BOJA 1/4/2016)
- Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014);
- Elaboración de Congelados Málaga, Sociedad Anónima (BOP Málaga 30/9/2015).

- Empresa “Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15/9/2016):
- Empresa Almacenes Barragan Espinar, S.L (BOP Granada 21/1/2015);
- Empresa Francisco Donaire Torres con sus trabajadores (BOP Cádiz 07/08/2015);
- Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores (BOP Cádiz 22/3/2016).
- Empresa Gaducon Proyectos Y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016);
- Empresa Leasan 2007 S.L. (BOP Cádiz 5/6/2017);
- Empresa Mixta Municipal Mercados Centrales de Abastecimiento de Granada, S.A. (Mercagranada,S.A.) BOP 17/5/2016.
- Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Huelva 6/04/2015)
- Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016)
- Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017).
- Enercon Windenergy Spain, SL. (BOE 2/2/2016)
- Española de Instalaciones de Redes Telefónicas, SAU (BOE 29/06/2017)
- Estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017);
- Estatal de Grandes Almacenes (BOE 22/4/2013);
- Estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016).
- Estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017).
- Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016).
- Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015)
- Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L.” (BOP Jaén 11/03/2016),
- Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015)
- Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016),
- Fundovel S.A. (Hotel Tierra Mar) (BOP Huelva 24/08/2010).
- Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016);
- General del sector de la construcción (BOE 26/09/2017)
- General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015).
- Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016);
- Granada Unión Detallistas Alimentación, SA (BOE 13/6/2013);
- Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de
- Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016);

- Grupo Empresarial Innovasur S.L. (BOP Córdoba 5/7/2016);
- Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014).
- Grupo Zena (BOE 3/32016),
- Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017)
- Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017);
- Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012);
- Hostelería Huelva (BOP Huelva 22/09/2014)
- Hostelería Jaén (BOP Jaén 17/7/2017).
- Hostelería Málaga (BOP Málaga 21/4/2015)
- Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015).
- Hotel Bahía Tropical, S.A. (BOP Granada 7/5/2015);
- Hotel Bahia Tropical, S.A." (BOP Granada 7/5/2015);
- Hotel Don Giovanni, S.L. (BOP Granada 12/2/2016).
- Hotel Flamero, S. L. (BOP Huelva 2/9/2010)
- Indalim, Soc. Limitada (BOP Almería 3/3/2015).
- Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014);
- Inverser MJ Córdoba S.L. (BOP Córdoba 25/5/2016).
- Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016);
- Marbella Club Hotel, Sociedad Anónima (Málaga 19/11/2014);
- Megaexit, S.L. (BOP Granada 11 de febrero de 2015).
- Megaexit, S.L. (BOP Granada 11/2/2015).
- Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014);
- Mirang Restauracion S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016).
- Mueble, antigüedades y objetos de arte (BOE 4/6/2016);
- Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015)
- Ofertel Comunicaciones, S.L. (BOP Córdoba 25/8/2016).
- Orán Sasso, Sociedad Limitada (Málaga 21/10/2014);
- Pastificio Service, SL. (BOE 12/9/2014);
- Pepsico Foods AIE (BOP Granada 11/2/2015).
- Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014)
- Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017).
- Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016)
- Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014)

- Proyectos y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016)
- Restauración colectiva (BOE 22/3/2016)
- Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016)
- Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015).
- Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015);
- Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015);
- Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25/1/2017);
- Sector de Actividades (BOP Jaén 31/7/2013)
- Sector de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (6/2/2017).
- Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL. (BOE 25/09/2015)
- Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21/4/2015).
- Sistemas Tubulares Al-Ándalus, S.L. (BOP Huelva 6/04/2015).
- Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida-Fresón de Palos (BOP Huelva 8/11/2016);
- Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013);
- Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013)
- Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014).
- Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016),
- Vestas Eólica, SAU. (BOE 12/8/2016)

# CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN EN EL NUEVO CONTEXTO LABORAL: EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA

María Luisa De La Flor Fernández

*Prfª. TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Cádiz

Índice

1. Las fuentes reguladoras de la distribución irregular
2. La estructura de la negociación colectiva y la regulación de la distribución irregular en los convenios de sector
3. Las reglas de funcionamiento de la distribución irregular en los convenios colectivos de empresa
   - 3.1. Consideraciones generales
   - 3.2. Aspectos cuantitativos de la distribución irregular
   - 3.3. Aspectos cualitativos de la distribución irregular de la jornada
   - 3.4. La regulación del preaviso
   - 3.5. La compensación de los excesos y defectos de jornada
   - 3.6. Jornadas diferenciadas en función de la fecha de ingreso a la empresa
4. Las cláusulas de flexibilidad en atención a conciliación de la vida personal y familiar

## 4. LAS CLÁUSULAS DE FLEXIBILIDAD EN ATENCIÓN A CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

### 1. Las fuentes reguladoras de la distribución irregular

Unos de los instrumentos más importantes de flexibilidad empresarial es, sin duda alguna, la gestión del tiempo de trabajo, para la cual se arbitran por parte del legislador numerosas medidas. Entre ellas, quizás la más significativa sea la distribución irregular de la jornada establecida en el artículo 34.2 ET, por cuanto incrementa las prerrogativas ordinarias del empresario en la gestión del tiempo de trabajo permitiéndole distribuir irregularmente el 10 por ciento de la jornada en defecto de pactos y sin necesidad de justificación alguna[1]. Las reformas realizadas bajo la premisa de evitar la flexibilidad externa, profundizan en las medidas de flexibilización de esta condición laboral permitiendo la alteración del horario y la distribución del tiempo de trabajo contenidos en acuerdos y convenios colectivos. Así, se modifica el artículo 41 ET en el que se incrementa las posibilidades de modificaciones individuales resultado de una nueva forma de valorar el carácter colectivo o individual en función no de la fuente, sino a través del criterio del número de trabajadores afectados[2] y el artículo 82.3 ET que permite la inaplicación de esta concreta condición de trabajo pactada en el convenio de sector o en el convenio de empresa. Se completan las reformas sobre la distribución irregular y horarios, asegurando el reforzamiento de los poderes del empresario con el establecimiento de la preferencia por la negociación en el ámbito de la empresa mediante el establecimiento en el artículo 84.2 ET del principio de prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa o grupos de empresa o una pluralidad de empresas en concurrencia conflictiva con otro convenio de ámbito superior y de vigencia anterior, en determinadas materias entre las que se encuentran el horario y la distribución de jornada y las medidas de conciliación[3].

La distribución irregular de la jornada fue introducida por la reforma de 1994 que confiaba a la negociación colectiva la posibilidad de distribución

---

[1] J. Gorelli Hernández "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" en XXIX Jornadas de estudios sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, 2016http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/CCNCC_XXIX_Jornadas_2016_Ponencia_JuanGorelli.pdf pág.

[2] F. Valdés Dal-Ré "Hacia un derecho común a la flexibilidad interna" RL 19-20/2012 pág 8.

[3] M.E. Casas Baamonde "La prioridad aplicativa de los convenios de empresa" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012" Observatorio de la Negociación Colectiva"*, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M-A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguineti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016 pág. 65.

irregular a lo largo del año. Tal regulación, al margen de la introducción realizada por la LO 3/2007 del párrafo 8 del artículo 34 referido a los derechos de adaptación y distribución de jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida, familiar, laboral y personal de los trabajadores, había permanecido invariable desde esa fecha hasta que las reformas de 2011[4], pero sobre todo la de 2012[5] trastocó su contenido y lo que resultó más significativo, la fuente reguladora, por cuanto ya no puede afirmarse que la distribución irregular esté supeditada de forma absoluta a la negociación colectiva, pues en defecto de pacto se atribuye la posibilidad al empresario de distribuir el 10 por ciento de la jornada[6].

Es cierto que el origen de tal porcentaje se encuentra en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 que señalaba que los "convenios colectivos debieran facilitar que el empresario pudiera distribuir irregularmente un 10% de la jornada anual ordinaria aplicable"[7], pero la reforma avanzó más allá atribuyendo legalmente al empresario tal facultad en defecto de pacto estableciendo una norma supletoria con función de "malla de seguridad"[8] a favor del empresario. Resulta innegable que la nueva articulación de las fuentes para la activación de la jornada irregular unido al principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre esta materia, puede producir desequilibrios en la correlación de fuerzas entre las partes, situando a los negociadores en un escenario de tensión con una posición más debilitada que ante la negativa del empleador de alcanzar acuerdos, los obligaría a rebajar las condiciones ante la posibilidad que abre el artículo 34.2 para el empresario de decidir unilateralmente sobre 10 por ciento de la jornada.

Pese a todo, la negociación colectiva, si bien no constituye ya la "regla de oro"[9] para el establecimiento de la jornada irregular sigue siendo la vía

[4] RDL 7/2011de 10 de junio de Medidas Urgentes para la Negociación Colectiva que amplió el contenido mínimo de los convenios colectivos introduciendo en el artículo 85.3 i) un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año que será del 5 por ciento salvo pacto en contrario.

[5] RDL 3/2012 de 10 de febrero posteriormente Ley 3/2012 de 6 de julio de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo.

[6] J. Cabeza Pereiro "La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012" en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson,2015 pág. 335 que señalaba que "la parte patronal llega a la mesa de negociación con un 10 por ciento de jornada irregular ganada".

[7] BOE nº 31 de 6 de febrero de 2012.

[8] R. Escudero Rodríguez "Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: La Ley 35/2010 y el RD-Ley 7/2011" RL nº 23, 2011, pág. 18.

[9] M. R. Alarcón Caracuel "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución" en *Tiempo de Trabajo*, (Coord J. Aparicio Tovar y J. López Gandía) Bomarzo 2007, pág. 50.

prioritaria, correspondiendo al convenio colectivo con carácter preferente, respecto del acuerdo de empresa y a la decisión unilateral del empresario, el establecimiento de fórmulas de distribución irregular de la jornada.

El artículo 34.2 ET no establece ningún tipo de preferencia por un ámbito negocial concreto, pudiendo por tanto fijarse tanto en el convenio de sector como en el convenio de empresa, siendo muy habitual que aquéllos atribuyan dicha facultad al acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sin que, en general, ofrezcan una regulación detallada de las mismas. Obviamente, la virtualidad de los convenios de sector puede verse reducida con el establecimiento *ex* artículo 84.2 ET de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en esta materia, ya que un convenio de empresa posterior podrá en cualquier momento regular la jornada irregular sin que en ningún caso se requiera justificación causal. Con todo, lo cierto es que quizás por el tamaño reducido de las empresas que conforman nuestro tejido empresarial o por la falta de voluntad de las empresas en crear unidades de negociación propia, es que los convenios de sector siguen manteniendo su influencia con un porcentaje de afectación muy amplio tanto de trabajadores como de empresas[10] como tendremos ocasión de ver posteriormente.

Con carácter subsidiario al convenio, el artículo 34.2. ET habilita al acuerdo de empresa para la articulación de la jornada irregular, sobre el que no existe la reserva aplicativa establecida en el artículo 84.2 ET, por lo que su regulación deberá respetar lo establecido en el convenio superior ya sea de sector ya de empresa. En sentido contrario, esto es, ante la ausencia de pautas establecidas en los mismos, el acuerdo podrá articular con total libertad las fórmulas de adaptación de la jornada que se consideren más adecuadas a las necesidades productivas de la empresa.

En la muestra no hemos podido integrar ningún acuerdo para su análisis, ni contamos con datos estadísticos sobre la evolución cuantitativa de los mismos y por tanto no conocemos si a través de esta vía se están articulando reglas que determinen la distribución irregular. Sin embargo, es cierto, como ya se ha señalado, que es muy frecuente que los convenios colectivos de sector se remitan al acuerdo entre los representantes de los trabajadores y empresa, con lo que es de suponer que sea ésta una de las vías por las que se están estableciendo las reglas de funcionamiento dentro del marco normativo del convenio sectorial. No obstante, es cuestionable que el empresario tenga interés en regular la distribución irregular mediante acuerdo de empresa, ya que la falta de éste supone la total libertad para el empresario de distribuir el 10 por ciento de la jornada, salvo que dicho interés radique en la posibilidad de

[10] Como auguraba J. Cruz Villalón "Hacia una nueva concepción de la legislación laboral" Temas Laborales 115/2012 pág. 41.

incrementar el límite de la jornada diaria y descansos siempre que obviamente éste no haya sido determinado en el convenio superior[11].

Respecto del régimen jurídico de la distribución irregular de la jornada ha de destacarse la ausencia de reglas o límites de este importante instrumento de flexibilidad interna que pudieran ser consideradas como contenido mínimo o como dispositivas para la negociación colectiva. Parece que el legislador ha considerado que esta fórmula de gestión flexible del tiempo de trabajo debe quedar dentro del seno de la empresa de forma que se permita ante necesidades imprevisibles de la misma aumentar o disminuir la jornada de forma inmediata sin tener que acudir a mecanismos extraordinarios[12] Concretamente el artículo 34.2 ET solo establece como límites de carácter general los períodos de descanso diario y semanal (acumulables por períodos de 14 días), a los que habrán de añadirse festivos y vacaciones[13], y el límite del preaviso del día y la hora de la prestación de la jornada irregular de 5 días. Junto a éstos, la distribución irregular de la jornada estará limitada por la jornada máxima anual legal o pactada y por las reglas de funcionamiento que determinen los convenios colectivos, siendo muy frecuente como se analizará la ampliación de la jornada máxima diaria o semanal para la aplicación de la distribución irregular. En cuanto al porcentaje de jornada objeto de distribución irregular señalado por la ley, éste solo rige cuando la distribución irregular es aplicada unilateralmente por el empresario en defecto de pacto, por lo que podrá acordarse bien su ampliación o bien su reducción mediante el convenio colectivo[14].

Cuestiones adicionales suscita la compensación de los excesos o defectos de jornada por cuanto la reforma operada en el artículo 34.2 ET por el RDL 16/2013 introdujo una excepción al principio de anualidad de la jornada, módulo sobre el que se sustenta la regulación de esta condición laboral. De acuerdo con el artículo 34.2 ET el período en el que han de regularizarse las diferencias con respecto a la jornada máxima legal o pactada será el acordado en pacto, y en su defecto, será de 12 meses desde que se produzcan. De este modo, la distribución irregular implica el desplazamiento de los excesos o defectos de jornada en relación con la máxima la legal o pactada a la anualidad

[11] M. J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas,* Francis Lefebvre, 2015 pág. 18. N.M. Martínez Yáñez "Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales" RL nº5/2013.

[12] Sobre el concepto y las diferencias entre distribución irregular de la jornada y la anualización derivada del artículo 34.1 vid J. Gorelli Hernández ""Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 37.

[13] M. R. Alarcón Caracuel "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución" op. cit. pág. 53.

[14] G. E. Rodríguez Pastor "Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo" RL nº 12/2014 pág. 5.

siguiente[15]. Así, de generarse excesos sobre la jornada máxima ocasionados por la activación de la jornada irregular no podrán ser considerados como horas extraordinarias, ni a los defectos podrá aplicarse el artículo 30 ET[16] con lo que se produce un importante ahorro de costes para el empresario y un defecto de ingresos de cuotas a la Seguridad Social y además un traslado del riesgo de inactividad de la empresa al trabajador[17].

Pues bien en este aspecto, la regulación descrita no se ajusta a lo establecido en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo[18], cuyo artículo 19 permite a los Estados, siempre que se respeten los principios generales de seguridad y salud, establecer un módulo que puede alcanzar hasta los 12 meses cuando medien razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo y siempre que sean los convenios o acuerdos la fuente reguladora de dicho período máximo[19], condiciones que no exige el 34.2 ET que no requiere causa que justifique la aplicación de la jornada irregular, pudiendo además en defecto de pacto, regularizarse en el citado plazo previsto legalmente[20].

Por otro lado, la regulación de la jornada irregular está suponiendo que en su aplicación se estén ocasionando importantes problemas de control y genere permanentes conflictos e incumplimientos. De hecho, en el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2015 se pone de manifiesto que en el área de condiciones de trabajo el mayor número de actuaciones se dirige al control del tiempo de trabajo realizándose 21.492 actuaciones de las que se formularon 7073 requerimientos si bien se detectó sólo la comisión de 3.455 infracciones. Igualmente, respecto de las horas extraordinarias se llevaron a cabo 2.847 actuaciones de las que se derivo 690 requerimientos detectándose 552 infracciones, datos de los que se deducen los problemas de

[15] E. Moreal Brigsvaerd "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo" RL nº 10/2014 págs. 3 ss.

[16] En el que se señala que en los supuestos en los que el trabajador que no pudiera prestar sus servicios por impedimentos imputables al empresario "conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo".

[17] Vid una explicación extensa en J. Gorelli Hernández, "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" en XXIX Jornadas de estudios sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, 2016 pág. 40; E. Monreal Bringsvaerd "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo" RL nº 10/2014, pág. 5.

[18] DOUE L 299/9 18.11.2003.

[19] A. Pazos Pérez "Algunos puntos críticos de la Directiva 2003/88/CC sobre el tiempo de trabajo" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 190/2016 BI 2016/80295.

[20] E. Moreal Brigsvaerd "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo" op. cit. págs. 4-5.

control sobre esta condición laboral. Asimismo en 2015 el 46,54 por ciento de los incumplimientos en ésta área se concentran en "tiempo de trabajo, salario y condiciones mínimas" lo que supone un incremento del 50,20 por ciento respecto de 2011 y un aumento del 27,09 por ciento respecto de 2014[21].

La regularización de las diferencias exige reglas de verificación y control de la ejecución de la jornada, sobre todo cuando el empresario además de distribuir irregularmente la jornada emplea otras fórmulas de gestión flexible como las horas extraordinarias. No coadyuva a clarificar, sobre todo por el posible solapamiento entre ambas fórmulas flexibilizadoras, la inexistencia de instrumentos de control y registro de la jornada ordinaria. En efecto, la extensión de los instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo y muy señaladamente la distribución irregular de la jornada, ha generado un debate sobre la conveniencia de llevar un registro de la jornada diaria en orden al control de la misma y su delimitación cuando concurre junto a las horas extraordinarias, ya que solo el convenio en el que se establece el régimen jurídico de la distribución irregular podrá determinar cuando estamos ante una u otra figura[22]. Como es conocido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017 desde una interpretación literal y sistemática del artículo 35.5 ET concluye que la obligación de registrar la jornada solo es exigible respecto de las horas extraordinarias sin que pueda extenderse a la jornada ordinaria, ya que de haber sido esta la voluntad del legislador habría incorporado tal previsión en el artículo 34 ET. Mantiene el Tribunal que tal argumento encuentra su sentido y se refuerza si se tiene en cuenta que esta obligación de llevar registro de la jornada se contempla para el trabajo a tiempo parcial y otras actividades como la de los trabajadores móviles, marina mercante y ferroviarios. Así, tras añadir que la normativa española se ajusta a la normativa europea cierra el debate temporalmente, ya que aunque esa obligación no existe por ahora, "*de lege ferenda"* convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias[23].

Pues bien, meses después se registró una proposición de ley que está en fase de tramitación, por la que se modifica el artículo 34 ET en el que se pretende introducir "la obligación de registrar diariamente e incluyendo el ho-

[21] "Informe Anual 2015 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social" Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Dirección General de Trabajo y Seguridad Social pág.101.

http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2015_w.pdf.

[22] J. Gorelli Hernández "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 46.

[23] RJ 2017/1174 recurso de casación 81/2016.

rario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador"[24], y además que se incluya en el artículo 4.2 ET como contrapeso a la distribución irregular establecida en el artículo 34.2 ET, un nuevo apartado, en el que se reconozca a las trabajadoras el derecho "a la distribución irregular de su jornada" por ser un aspecto esencial para garantizar un desarrollo de la actividad laboral compatible con la vida personal y familiar del trabajador.

Como contrapeso a la distribución irregular de la jornada, el ET recoge en el apartado 8 del artículo 34 y 37 una serie de derechos de dimensión constitucional que pretenden la adaptación o la reducción de jornada por responsabilidades familiares, y permiso por lactancia, introduciendo con ello medidas que procuran facilitar a los trabajadores atender a sus responsabilidades familiares[25]. De nuevo el papel de la negociación colectiva en relación a los derechos de conciliación es clave ya que el diseño legal de los derechos de conciliación se realiza sobre la base de su reenvío a la negociación colectiva para la determinación de los términos de su disfrute sobre todo respecto los derechos de adaptación de la jornada reconocido en el artículo 34.8 ET que remite su contenido material a lo que establezca el convenio colectivo o al acuerdo entre las partes[26].

Ciertamente resulta muy significativa la asimetría con la que se reconoce el derecho a la distribución irregular y el derecho a la adaptación de jornada y horario: mientras el primero se concibe como una prerrogativa ordinaria del empresario, el segundo regulado en el artículo 34.8 ET, reenvía a la negociación colectiva los términos de su ejercicio, desvirtuando con ello su contenido[27]. Por otro lado, la regulación de ambos derecho se realiza de forma aislada sin tener en consideración la interconexión existente entre ambos derechos, renunciando con a la búsqueda de soluciones equilibradas a los intereses del empresario y los trabajadores[28].

---

[24] BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, 23 de junio 2017, nº 139-1 "Proposición de Ley por la que se modifica el artículo 34 del RD Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el TRLET, para incluir la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador", presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

[25] STC 3/2007de 15 de enero a partir de la prohibición de discriminación por razón de sexo, artículo 14 CE implícito en el ejercicio de derechos por motivos familiares artículo 39 CE.

[26] M. B Fernández Collados, "Negociación colectiva sobre la adaptación de jornada por razones personales y familiares" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 168/2014 pág. 10.

[27] T. Pérez del Río "Tiempo de trabajo: una óptica de género" en *Tiempo de trabajo* op. cit. pág. 274; M. A. Ballester Pastor "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo" Revista de Derecho Social nº 62, 2013, pág. 87.

[28] J. Cruz Villalón "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España" http://portal.ugt.org/actualidad/2014/julio/boletin18/Ponencia%20Jesus%20Cruz%20Villalon.pdf

Por otro lado, pese a la mayor intensidad en el reconocimiento de los derechos de reducción de jornada y permiso por lactancia dado que se trata de un derecho individual de aplicabilidad directa también puede la negociación colectiva incidir facilitando su ejercicio. Así centrándonos en el actual artículo 37.6 y 7 ET tras las reformas se amplía la edad del menor hasta los 12 años y con el fin de terminar con las controversias jurisprudenciales sobre esta materia y dar certeza al empresario, establece que ésta habrá de realizarse sobre la "jornada diaria" tratando de asegurar con ello que tal derecho no pueda concentrarse en días completos. Tal restricción obviamente, no impide que el trabajador pueda aplicar distintas reducciones a cada una de las jornadas, ni concretar su reducción en un turno diferente al asignado[29], e incluso existe algún pronunciamiento de un Juzgado de lo Social que propone una interpretación de jornada basada en el actual apartado 7 del artículo 37 en el que se mantiene la referencia a la jornada ordinaria[30]. Además en este último párrafo, con el objetivo de establecer reglas homogéneas para el ejercicio del derecho dispone que los convenios colectivos "podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas"

Partiendo de estas premisas, el presente trabajo trata de explicar desde una perspectiva práctica las tendencias observadas en la negociación colectiva en torno a la distribución irregular de la jornada con el propósito de poner de relieve los problemas aplicativos de las mismas y hasta que punto se equilibran de manera satisfactoria los intereses empresariales y personales de los trabajadores como señalaban los Acuerdos para el empleo AENCs.

Finamente, en cuanto a la muestra de convenios, se han seleccionado tres sectores para su análisis que se corresponde con los de construcción, hostelería y comercio. Existen diversas razones que fundan tal selección: primera, se trata de sectores con un alto volumen de empleo y que además tienen una alta presencia en Andalucía; por otro lado, son sectores que están sometidos a los vaivenes del mercado con períodos puntas que exigen la adaptación de la jornada a los mismos; también ha influido en la selección el hecho de que al menos en dos de los sectores, se dan empleo a un alto número de mujeres[31] con lo que presumimos que estos convenios recogerán con mayor frecuencia medias que tengan en cuenta las circunstancias familiares y, en el fondo, para

[29] STSJ de 5 de abril de 2017 AS 2017/1201, recurso de suplicación 2736/2016.

[30] S del Juzgado de lo Social de Barcelona de 23 de abril de 2014 AS 2014/1288, recurso de suplicación 216/2014.

[31] De acuerdo con los datos del segundo trimestre de 2017 ofrecido por el INE (EPA) en el sector del comercio las mujeres representan el 50 por ciento del total de los trabajadores, mientras que en el sector de la hostelería las mujeres representan un 53,7 por ciento.

analizar hasta qué punto se equilibran, de manera satisfactoria, los intereses empresariales y los personales de los trabajadores.

## 2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA REGULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR EN LOS CONVENIOS DE SECTOR

Los convenios de sector estatal abordan con carácter general el contenido de sus cláusulas ordenadoras de la estructura de la negociación colectiva con la voluntad de constituirse en referente eficaz para las relaciones laborales del sector. Obviamente, tal pretensión queda desvirtuada por el principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre las materias enumeradas en el artículo 84.2 ET. Concretamente, y respecto del tiempo de trabajo, el apartado c) reserva al convenio de empresa el horario, y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones y en el apartado f) las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal, lo que supone que en materia de distribución irregular de la jornada y desarrollo de los derechos de conciliación en caso de concurrencia es prevalente el convenio de empresa.

Como no podía ser de otra manera, dado que el artículo 84.2 ET es una norma imperativa, todos los convenios de sector estatal analizados han incluido la prioridad aplicativa del convenio de empresa dentro de las cláusulas dedicadas a la estructura. Así, los distintos convenios consultados, aunque se constituyan como "el marco de aplicación obligatorio para todas las empresas"[32], siendo "prioritario" en las materias tratadas[33], debiendo los ámbitos inferiores remitirse al mismo en todas las materias regulada en "calidad de derecho supletorio"[34] o de "mínimo necesario"[35], añaden en todos los casos, con el fin de evitar la nulidad[36], "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84.1 y 2 ET". Alguno de estos convenios optan por enumerar expresamente una serie de materias que

[32] Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva BOE nº 70, 22/03/2016; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015.

[33] Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva BOE nº 70, 22/03/2016; V I Acuerdo Marco del Comercio BOE nº 43, de 20/02/2012; V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería BOE nº 121 21/05/2015.

[34] Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE nº 232, 26/09/2017.

[35] CC de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias BOE nº 230, 23/09/2016.

[36] M.E, Casas Bahamonde "La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresas" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012"* op. cit. pág 70.

considera "exclusivas"[37] en atención a su singular naturaleza, entre las que se encuentran la regulación de la jornada máxima y su regulación básica, o descansos, materias, al menos en lo que a la determinación de la jornada máxima y descansos junto con la duración de las vacaciones, que no se encuentra en el listado del artículo 84.2 del ET, ya que como ha confirmado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014 la cuantificación de la jornada no puede confundirse con las normas sobre su distribución como tampoco la duración de las vacaciones con la planificación de su disfrute[38].

Dentro de este grupo, destaca el convenio de la construcción general que no se limita a reservar la cuantificación de la jornada máxima y descanso, sino que da un paso más profundizando en la estructura del sector al reservar a la negociación colectiva de ámbito provincial, o en su caso autonómico una serie de materias específicas entre las que se encuentran la distribución de la jornada anual de trabajo efectivo y su regulación en cuanto a horarios y calendarios, señalando la aplicación prevalente de estos convenios sobre los de ámbito inferior, salvaguardando, claro está, lo establecido en el artículo 84.1 y 2 del ET[39].

Frente a esta realidad no hemos encontrado, como era previsible, ningún convenio de sector que hiciera uso de la habilitación realizada en la letra g) del artículo 84.2 ET ampliando el listado de materias en las que rige el principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa. Es más, en un intento de soslayar el citado principio y con el fin de que lo acordado en esta unidad de negociación no sea neutralizado, se advierte que la negociación en el ámbito de la empresa no debe utilizarse "como elemento o fórmula para rebajar condiciones laborales" comprometiéndose los firmantes a no fomentar ni admitir prácticas que tengan "como único propósito rebajar las condiciones laborales sectoriales, en concreto, en las materias en las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa"[40]. Sin duda, parece aflorar aquí la desconfianza de los negociadores de los convenios sectoriales hacia la fórmula legal y los miedos tanto a la devaluación de condiciones laborales como a la competencia desleal entre empresas.

---

[37] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE nº 232, 26/09/2017.

[38] SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª) num. 190/2014 de 1 diciembre Procedimiento 259/2014 como tampoco lo "está la duración de las vacaciones, que no puede confundirse con la planificación de su disfrute".

[39] Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE nº 232, 26/09/2017.

[40] Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva BOE nº 70, 22/03/2016.

Finalmente, frente a estos convenios que no renuncian a la regulación de aquellos elementos que no se encuentran en el listado del mentado artículo 84.2 ET, el V Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería se aleja de esta línea y aunque se reserva una serie de materias que no podrán ser negociadas en ámbitos distintos, no se menciona aspecto alguno referente a la gestión del tiempo de trabajo ni en la disposición dedicada a la estructura, ni posteriormente en el desarrollo del mismo[41], renunciado a la regulación de la cuantificación de la jornada máxima y descanso, omisión que supone dejar en ámbitos negociales inferiores la determinación de su régimen jurídico sin ningún tipo de condicionante[42].

En esta misma línea, el I Acuerdo Marco del Comercio, tanto en la reserva realizada en la cláusula ordenadora de la estructura como en el desarrollo del convenio, omite cualquier referencia al tiempo de trabajo[43]. No obstante, el citado Acuerdo merece ser destacado por cuanto que, refiriéndose a los convenios colectivos de ámbito empresarial que se negocien tras la entrada en vigor del Acuerdo Marco, ordena que únicamente tendrán prioridad aplicativa en las materias relacionadas en el citado precepto cuando se trate de empresas que cuenten con un mínimo de plantilla de 500 trabajadores en el ámbito provincial o autonómico correspondiente y desarrollen su actividad en dos o más Comunidades Autónomas o en más del 50 por ciento de las provincias de una misma Comunidad Autónoma, subrayando que en defecto de tales circunstancias "la preferencia aplicativa sobre las mencionadas materias serán las recogidas en el presente acuerdo y las recogidas en los convenios colectivos sectoriales de comunidad autónoma o provinciales que resulten de aplicación", resolviéndose los conflictos de concurrencia mediante la aplicación de la regla contenida en el artículo 84.1 ET, sin hacerse mención a la fórmula de salvaguarda de lo dispuesto en el artículo 84.2 ET. Resulta obvio que

[41] V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería BOE nº 121 21/05/2015 las únicas referencias que se hacen en el mismo se dirigen a la regulación de los derechos de conciliación, señalando que son materias reservadas, aunque no reservada en exclusiva, las medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, atribuyendo a los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre que las mismas no se negocien y acuerden en el ámbito sectorial estatal la promoción "de medidas de flexibilización de la jornada laboral y horario que faciliten el derecho efectivo a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de los trabajadores varones en las labores domésticas y en la atención a la familia".

[42] A. Merino Segovia, C. Aragón Gómez, O. Contreras Hernández, D. Pérez del Prado, F.J. Trillo Párraga "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012" Observatorio de la Negociación Colectiva"*, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M-A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguineti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016 op. cit. pág 328.

[43] BOE nº 43 20/02/2012.

tal disposición en la que se ha diseñado un sistema alternativo contraviene de manera flagrante el mandato imperativo del artículo 84.2 ET y por tanto dicha cláusula será considerada nula.

Respecto al ámbito negocial provincial en nuestra Comunidad Autónoma se han analizado 31 convenios provinciales de los cuales 16, se remiten en lo no regulado en los mismos al convenio sectorial estatal correspondiente, 9 a la legislación estatal y 6 no contienen normas al respecto. Si analizamos estos datos diferenciando por sectores, los resultados muestran evidentes diferencias entre los sectores estudiados. En el sector de la hostelería se han analizado 8 convenios de los cuales 7 se remiten al Acuerdo del sector o a algún convenio de sector estatal de la hostelería, y sólo 1 lo hacen al Estatuto de los Trabajadores; similares resultados arroja el sector de la construcción que de los 5 convenios, 4 se remiten al Convenio de sector general de la construcción y 1 de los convenios no contiene cláusula al respecto. Frente a ello, en el sector del comercio, en el que se ha analizado 18 convenios provinciales, las cifras se invierten, ya que sólo 5 se remiten al I Acuerdo Marco de Comercio o algunos de los convenios del sector estatal existentes, aunque también hemos encontrado convenios que se remitía a la derogada ordenanza de trabajo o a su acuerdo de sustitución, siendo mayoritarios, 8 los que se remiten al Estatuto de los Trabajadores, mientras que 5 no contienen referencia alguna.

El tratamiento convencional de la distribución irregular por sectores resulta ineludible, por cuanto existen una multiplicidad de variables derivadas de su actividad productiva. No se pretende, no obstante, realizar un estudio exhaustivo de las cláusulas flexibilizadoras en este ámbito, sino que lo que nos interesa es destacar si se están acogiendo los requerimientos dados por el II y III AIENCs en los que como ya se ha comentado se insta a que sea el ámbito del sector, "especialmente el provincial por su proximidad a la empresa, el que promueva una flexibilidad negociada en este nivel para posteriormente en un segundo momento y, en su caso, ser adaptada en el ámbito de la empresa"[44].

Por otro lado, la aproximación al contenido de los convenios del sector provincial en nuestra comunidad autónoma adquiere especial significación ya que resulta patente, atendiendo al grado de afectación personal, la primacía de los convenios sectoriales provinciales, por cuanto que el 94,34 por ciento de trabajadores y el 99,7 por ciento de las empresas están bajo la cobertura de los

[44] A. Merino Segovia, C. Aragón Gómez, O. Contreras Hernández, D. Pérez del Prado, F.J. Trillo Párraga "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 317 señalando que la empresa obtiene importantes concesiones de los AIENCs para gestionar flexiblemente los tiempos de trabajo, siempre que sea colectiva y preferiblemente orientada desde el sector.

convenios de sector provincial (Memoria del CARL 2016), cifras que a julio de 2017 se mantienen casi invariables (Memoria parcial julio 2017).

La totalidad de los convenios sectoriales estatales analizados, salvo los ya mencionados Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería y el I Acuerdo Marco del Comercio, que guardan un completo silencio sobre la regulación del tiempo de trabajo, y un nutrido grupo de los convenios de sector provincial de nuestra Comunidad Autónoma regulan con mayor o menor profundidad alguno de los aspectos de la distribución irregular de la jornada, con el propósito de establecer determinadas reglas básicas o pautas comunes, que sean trasladadas a otros ámbitos de negociación en los que puede que la correlación de fuerzas de las partes no sea tan equilibrada.

En esta línea, en cuanto al contenido concreto, la pauta seguida en los convenios de sector es el reenvío al ámbito de la empresa para que sea ésta la sede en la que se concrete las reglas de funcionamiento de la jornada irregular. Así el sector de la restauración colectiva dispone que la "jornada será flexible", encomendado a las empresas y las representaciones de los trabajadores la posibilidad de establecer la jornada continua y/o distribución irregular, y negociar el descanso mínimo entre jornadas en los términos previstos en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales. Igualmente, todos los convenios de sector estatal de los distintos subsectores de comercio, remiten la misma al pacto entre los representantes de los trabajadores y la empresa, si bien en éstos la regulación de la jornada irregular adquiere más concreción[45], siendo usual que se reserve bien un porcentaje de la jornada que coincide con el establecido en el artículo 34.2 ET[46], o se precisa un número de horas flexibles de naturaleza ordinaria que formarán parte del cómputo anual de la jornada[47]. En la mayoría estos convenios se admite de forma generalizada y sin ambages la superación de las nueve horas diarias[48], permitiéndose jornadas de hasta diez horas[49] o en caso

[45] Convenio colectivo estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017; II Convenio colectivo estatal del comercio de minorista de droguería, herboristería y perfumerías BOE nº 192, 12/08/2017.

[46] II Convenio colectivo estatal del comercio de minorista de droguería, herboristería y perfumerías BOE nº 192, 12/08/2017; Convenio colectivo estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017.

[47] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015.

[48] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015.

[49] VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº

de inventarios o balances "por el tiempo suficiente"[50]. Por su parte el Convenio General de la Construcción traslada la articulación de la distribución irregular al ámbito convencional de la empresa, si bien de una forma indirecta, ya que prevé, en línea con lo dispuesto en el III Acuerdo para el Empleo, que en su defecto "se observará el calendario establecido en el convenio provincial o, en su caso, autonómico aplicable" pero siempre que no haya regulación sobre esta materia en el convenio de empresa luego, subsidiariedad de aquéllos.

Igualmente en lo que atañe al ámbito de negociación provincial de nuestra comunidad autónoma, son mayoritarios los convenios que contienen alguna disposición referida a la distribución flexible de la jornada, si bien hay que advertir que son muy escasos los que ofrecen una regulación pormenorizada, predominando los convenios que contienen cláusulas con una gran pobreza en sus contenidos. En este sentido, la mayoría de los convenios que contienen alguna disposición habitualmente se agota con la reserva incondicionada de esta materia al pacto colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o directamente con los trabajadores afectados.

Por lo que respecta a los sectores de hostelería y comercio, ha de reseñarse que concretamente dos de los convenios del sector de aquél y nueve de éste no parecen haber considerado la oportunidad de regular un régimen de distribución irregular. El resto de los convenios analizados se remiten mayoritariamente al pacto entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, admitiéndose en algún caso, que la representación la ostente la comisión mixta constituida de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.4 ET[51].

Frente a esta tendencia, en algún caso, se confía al acuerdo entre el trabajador y el empresario[52], o se atribuye esta facultad a la empresa con la sola obligación de "informar" al comité de empresa o representantes del personal[53], o se reitera lo dispuesto en el artículo 34.2 ET, con el único límite máximo de 9 horas diarias[54]. Merece la pena destacar que en uno de los convenios

160 , 6/07/2017; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017 cuando se produzca sobrecarga de trabajo extraordinario.

[50] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015.

[51] CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015 que regula procedimiento completo con un plazo de negociación de 15 días en el que de no alcanzarse acuerdo.

[52] CC provincial de Sevilla de panadería y el CC de comercio único de la provincia de Huelva BOP nº 229 1/12/2014; CC para el comercio en general de Jaén que guarda silencio sobre esta cuestión pese a que regula parcialmente la compensación de los excesos. CC para el comercio en general para Granada.

[53] Art. 8 del CC provincial para las industrias hosteleras de Huelva BOE nº 180, 22/10/2014.

[54] Art. 20 CC de sector de hostelería de la provincia de Cádiz BOP nº 153, 11/08/2017.

analizados se regula un procedimiento en el que se establece un plazo de 15 días para llegar a un acuerdo, que de no alcanzarse las partes someterán a la consideración de comisión mixta del convenio provincial[55]. Resulta especialmente relevante que estos convenios incluyan al menos cláusulas de reenvío al acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, ya que en los supuestos en los que no sea posible o no haya voluntad de negociar un convenio, se impide la imposición unilateral del empleador de distribuir irregularmente, ya que como tal la posibilidad es defectiva solo en aquéllos casos en que el pacto no concurre o intentado no se llega a un acuerdo, el empresario puede libremente y de forma unilateral distribuir la jornada de manera irregular, hasta un máximo del 10 por ciento de la jornada de trabajo y con respeto a las condiciones que estipula el propio precepto en su párrafo in fine[56].

En estos sectores, la pauta más generalizada para la aplicación de la distribución de la jornada consiste en el establecimiento de una bolsa de horas para cuya aplicación podrán ampliarse los límites de jornada y semanal en prolongación de jornada (de 9 o 10 horas o 45 o 50 horas semanales), siendo la aplicación de la misma incompatible con las fiestas abonables[57], si bien también existen convenios que optan por su aplicación durante un número máximo de semanas al año[58].

Frente a estos sectores, se distinguen los convenios del sector provincial de la construcción por su gran uniformidad en los contenidos y mimetismo respecto del sector general. En todos los convenios provinciales analizados se establece un calendario laboral en el que por lo general se distribuye regularmente la jornada, disponiéndose en alguno de ellos un límite a la jornada diaria que no podrá ser superior a 9 horas[59], fijándose además los períodos

[55] CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015.

[56] STSJ (Castilla-León) de 17 de julio 2013 recurso de suplicación nº 351/2013, AS 2013/2646.

[57] Así el CC para la Hostelería de la provincia de Jaén nº 129, 7/072017 que establece una bolsa de 250 horas; CC de Hostelería para la provincia de Málaga BOP nº 208, 31/10/2014 con 64 horas flexibles y el CC del sector hostelería para Sevilla y provincia BOP nº 193, 21/08/2015; CC de confitería, pastelería, bollería, repostería, churrería, fábrica de chocolotes y turrones de Sevilla BOP nº 88 18/04//2016; CC para el comercio de maquinaria industrial, agrícola, material eléctrico, aparatos electrodomésticos, mobiliario y material de oficina de Sevilla BOP 281, 4/12/2014; CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015.

[58] CC de Hostelería de la provincia de Córdoba BOP nº 204, 23/10/2014; CC de comercio de alimentación de la provincia de Huelva BOP nº 198, 15/10/2013.

[59] CC provincial del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz BOP nº 24 06/02/2017.

en que se realizará jornada continuada[60]. Tal calendario operará siempre que no se pacte entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores una readaptación distinta [61], que en su caso, será remitido por la empresa a la comisión paritaria[62], sin que se realicen más precisiones sobre la distribución de jornada. En todos ellos, se traslada de forma mimética las especialidades propias de la actividad reguladas en el sector estatal, respecto de la prolongación de jornada por el tiempo necesario para el personal con funciones de mantenimiento y reparación de instalaciones o maquinarias necesarias para la reanudación o continuidad y la recuperación del 70 por ciento de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad, debido a causas de fuerza mayor, accidentes atmosféricos, falta de suministros, o cualquier otra causa no imputable a la empresa.

En segundo lugar, otro de los aspectos a los que se refieren los convenios es el que aborda la compensación de los excesos. En general puede afirmarse que los convenios de sector no suelen detenerse en regular este elemento, salvo en los distintos convenios del sector estatal del comercio en los que es frecuente que contengan una regulación muy detallada[63]. También el convenio de sector estatal de la restauración colectiva establece algunas reglas para la compensación de las diferencias de jornada, si bien se trata solo de un intento ya que en el mismo se recogen todas las normas específicas de las provincias o comunidades autónomas en las que se venía aplicando convenios de hostelería.

Respecto de los convenios de sector provincial son minoritarios los convenios de sector que regulan esta materia[64]. En términos generales, no suelen establecer una regulación detallada y completa sino que solo articulan alguno

[60] Precisando que en los supuestos en los que la empresa desarrolle su actividad realizando obra pública podrá ser modificada siempre que esté motivada por posibles por posibles incumplimientos de plazos de ejecución CC provincial de industrias de la construcción y obra pública de Granada BOP nº 89 14/05/2014.

[61] CC provincial de trabajo de sector construcción y obras públicas Almería BOP nº 81 29/04/2016.

[62] CC de construcción y obra pública de Granada BOP nº 89 14/05/2014.

[63] Convenio colectivo estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; Art. 32 Convenio colectivo de comercio minorista de droguerías, herboristería y perfumerías; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; CC sectorial estatal de Cadena de tiendas de conveniencia BOE 160 6/08/2017.

[64] CC de ámbito sectorial para hostelería de la provincia de Jaén; CC de Hostelería para la provincia de Málaga; CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015; CC de comercio único de la provincia de Huelva BOP nº 229, 1/012/2014; CC de comercio de alimentación de Huelva BOP n ºº299, 1/012/2014.

de los elementos de la misma. Así, concretamente se hace referencia: a) a su determinación, que en general confían al mutuo acuerdo entre las partes; b) a las equivalencias y el modo en que se llevará a cabo, decantándose preferentemente por el descanso en jornadas completas; c) también resulta habitual en el sector de hostelería, establecer plazos para su regularización que en general suelen ser muy reducidos y en todo caso dentro del año natural, frente a los convenios del sector del comercio que optan por su regularización dentro del cuatrimestre siguiente a su realización[65], con lo que se admite el traslado de los excesos de jornada al año siguiente.

Poca relevancia merece en la muestra de convenios tanto de sector estatal como provincial, el tratamiento de la compensación de los déficit de jornada omitiéndose esta cuestión en todos los que forman la muestra, salvo en dos convenios ambos del sector comercio[66].

Finalmente, en relación a las cláusulas que implementan los derechos de conciliación, se evidencia que muy limitadamente se tienen en cuenta los intereses específicos de los trabajadores, siendo una gran minoría los convenios que excluyen de la aplicación de la jornada irregular a determinados trabajadores en atención a sus circunstancias familiares, personales o por razones de seguridad y salud[67].

No resulta de interés para los convenios de sector analizados el establecimiento de mecanismos que en cumplimiento del artículo 34.8 ET desa-

[65] CC de comercio único de la provincia de Huelva BOP nº 229, 1/012/2014; CC de comercio de alimentación de Huelva BOP nº 229, 1/012/2014.

[66] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015 en el que se prevé lo que denomina bolsa de "horas flexibles inversa", derivada de una disminución del volumen o carga de trabajo, que se activará como instrumento preferente y previo a la adopción de decisiones que afecten al mantenimiento del empleo y para cuya aplicación se exige acreditar de modo razonable las causas económicas organizativas, previéndose un procedimiento en el que se abrirá un período de consultas con los representantes de los trabajadores; También lo regula el CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015.

[67] Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; Art. 32 Convenio colectivo de comercio minorista de droguerías, herboristería y perfumerías; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017; CC del sector estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015; CC para el comercio de maquinaria industrial y agrícola, material eléctrico, aparatos electrodomésticos, mobiliario y material de oficina de Sevilla BOP nº 281, 4/12/2014 que excluye de la obligación de realizar horas flexibles a los trabajadores que tengan su jornada reducida por guarda legal y lactancia.

rrollen medidas de adaptación de la jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación familiar, laboral y personal de los trabajadores, ni si quiera estableciendo pautas o directrices generales que pudieran servir de modelo en el ámbito de la empresa, sede en la que podría llevarse a cabo la concreción de las mismas a través de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, o a través del contrato de trabajo[68]. De esta forma en la negociación colectiva de los sectores estudiados, los derechos de conciliación sólo tienen cabida a través de la reducción de jornada por responsabilidades familiares, cuyo coste es asumido por los trabajadores, mayoritariamente mujeres a través de una minoración de su salario y de una menor proyección de su carrera profesional. Al respecto, ha de señalarse que son mayoritarios los convenios de sector que reproducen lo establecido en el ET respecto del permiso por lactancia y la reducción de jornada, si bien se observa en el sector provincial que pese a la reforma se sigue manteniendo las referencias a la "jornada ordinaria".

## 3. LAS REGLAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA

En el ámbito de la empresa ha de destacarse que las modificaciones en torno a la distribución irregular junto con el protagonismo otorgado al convenio de empresa en esta materia han generado un creciente interés por parte de los interlocutores sociales por establecer fórmulas que favorezcan la adaptabilidad de la jornada a las especiales características de la empresa. De hecho, de acuerdo con los datos estadísticos, se aprecia una tendencia ascendente que arranca en el año 2009 y que en los años 2012 y 2013 se produce un fuerte impacto en el uso de fórmulas de la distribución irregular de la jornada[69].

En esta línea, en la muestra analizada se aprecia con carácter general, que son mayoritarios los convenios colectivos de empresas y grupos de empresa los que aluden a la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. No obstante, del análisis de los convenios realizado, hay que destacar las diferencias existentes entre los convenios de empresas y grupos de empresas que tienen centros trabajo distribuidos en más de una comunidad autónoma con lo que en principio es de suponer que se tratan de empresas de medianas o gran-

[68] F. Trillo "Tiempos de Trabajo y de vida privada como desafío para la innovación empresarial" en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson, 2015 págs. 320-321.

[69] L. Gómez Rufián "Tendencias de la negociación colectiva en la jornada laboral: crisis y reformas laborales" Revista de Información Laboral, nº 11/2014 y "La flexibilidad interna tras la reforma laboral de 2012 desde un punto de vista cuantitativo de la antigua encuesta de coyuntura laboral a la nueva encuesta anual laboral" pág. 3.

des dimensiones, de los convenios de empresas con un único centro o varios dentro de la misma provincia o comunidad autónoma, presumiblemente de dimensiones más reducidas, pues mientras los primeros contienen por lo común una regulación prolija, realizando un uso más intenso de las posibilidades que ofrece el artículo 34.2 ET, los segundos se distinguen por contener un tratamiento escueto, genérico y ambiguo, lo que nos lleva a pensar que en estas últimas muy probablemente las adaptaciones de jornadas se lleven a cabo a través a través de vías menos formales.

Realizadas estas matizaciones trataremos de analizar las previsiones convencionales que abordan la distribución irregular de la jornada en los sectores seleccionados. No obstante, debemos advertir que dado el número de convenios analizados y la amplia variedad de las cláusulas convencionales con distintos niveles de complejidad, hacen difícil su sistematización, lo que ha motivado que nuestro propósito sea menos ambicioso focalizando nuestro análisis en identificar algunas de sus claves y líneas de tendencias que se encuentran en la regulación convencional de los sectores estudiados.

### 3.1. Consideraciones generales

Del análisis del contenido se detecta en primer lugar, que un importante número de los mismos abordan este aspecto del tiempo de trabajo con referencias muy someras, y en ocasiones equívocas. En efecto, una gran parte de los convenios analizados se limitan a enunciar la medida de distribución flexible sin establecer porcentaje de jornada, o fijan el porcentaje o bolsas de hora objeto de distribución irregular, coincidiendo por lo común con el establecido legalmente o incluso se remiten al artículo 34.2 ET[70], sin que se realicen precisiones que desarrollen esta importante facultad o controlen la aplicación de la distribución irregular[71].

[70] En cuyo caso habrá de entenderse que la distribución se realiza de acuerdo con la regulación legal J. Gorelli Hernández "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit pág. 54.

[71] Así CC de la empresa Sumayba SL BOP (Granada) nº 9, 16/01/2015; CC de la empresa Franquicias La Bella y la Bestia SL BOP (Granada) nº 25, 7/02/2017; CC de empresa Construcciones Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017; CC de la empresa A3M auto Id SL BOP (Córdoba) nº 10 18/01/2016; CC de la Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida-Fresón de Palos, BOP (Huelva) nº 212, 8/11/2016; CC de empresas Sucesores de Manuel Ruiz García, SL BOP (Cádiz) nº 36 21/02/2014; CC de empresa Barnet Hoteles SL BOP (Huelva) nº 115 17/06/215; CC de empresa Hotel CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017; CC de empresa AES Externalizaciones FC, SL., BOP (Málaga) nº 8 13/01/2017; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus SL BOP (Cádiz), nº 103, 2/06/2016; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus, SL BOP (Huelva) nº 64 06/06/2015; CC de Leasan 2007 BOP (Cádiz) nº 104, 5/06/2017; CC Hotel Don Giovanni SL BOP (Granada) nº 29, 12/02/2016; CC de la empresa Hotel Bahía Tropical SA BOP (Granada) nº 85, 7/05/2015.

Parece que los negociadores han admitido que este aspecto de la gestión flexible del tiempo de trabajo queda dentro del ejercicio regular de los poderes de dirección del empresario, entregándole a éste dicho porcentaje que podrá distribuirlo sin más limites que los contenidos en el artículo 34.2 ET en el que no se prevé un contenido mínimo aplicable en defecto de convenio[72]. Igualmente, entendemos aplicable este mismo porcentaje en aquellos convenios en los que no se haya determinado el mismo por referirse a la jornada irregular en términos genéricos[73]. Eso sí, en estos supuestos habrá de respetarse la jornada diaria de 9 horas, y los condicionamientos establecidos en el citado precepto respecto del plazo de preaviso, el período en el que se ha llevar a cabo su regularización y en cuanto a los descanso diario y semanal (que como es sabido podrá acumularse por períodos de 14 días, sin perjuicio de períodos de acumulación superiores de acuerdo con los artículos 6 y 7 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre) y, aun cuando no lo establezca, los períodos de vacaciones y festivos. Así, en consecuencia no será posible que la jornada irregular se prolongue más de 9 horas diarias, o afecte a días festivos o a los programados para el descanso[74]. Estas últimas restricciones pueden ser la razón por las que muchas empresas consideren conveniente pactar en convenio colectivo las reglas de funcionamiento de la jornada irregular y que sea uno de los principales argumentos que justifiquen que en empresas de medianas o grandes dimensiones de los sectores del comercio y hostelería en las que es habitual una distribución irregular durante todos los días de la semana, hayan hecho un uso más acentuado de la distribución irregular pactada en un convenio colectivo[75].

Aunque no resulta usual, merece destacar que algunos convenios lo que tratan de asegurar es precisamente lo contrario, esto es, el establecimiento de una distribución de la jornada regular o estable, de forma que se acuerda que cualquier alteración de la misma deberá ser negociada previamente con los

[72] J. Gorelli Hernández "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 40.

[73] En este sentido contrario P. Gimeno Díaz de Atauri "La flexibilidad en el tiempo de trabajo en los más recientes convenios de empresa" en *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir I. García-Perrote Escartín, J. Mercarder Uguina), Lex Nova 2015 pág. 323.

[74] M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo* Francis Lefebvre, 2015 pág. 57.

[75] Así por ejemplo en los CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016; CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016.

representantes de los trabajadores[76], o de forma más rotunda se suprime la posibilidad de distribución irregular, indicando expresamente que durante la vigencia del convenio no se aplicará la distribución irregular unilateral[77]. En el primero de los casos, se deja la posibilidad abierta de pactar con los representantes de los trabajadores una distribución distinta a la establecida en el convenio, mientras que en los segundos, se prohíbe explícitamente la distribución irregular de la jornada, durante la vigencia del convenio pero en ambos casos, subyace la voluntad expresa de evitar que el silencio del convenio en esta materia, pueda activar las prerrogativas legales defectivas a favor del empresario y en consecuencia ser interpretado como una atribución al empresario para disponer unilateralmente del 10 por ciento de la jornada[78].

Con todo, hay que reseñar la dificultad que entraña el análisis de esta materia ya que en algunas ocasiones no se alude directamente a la distribución irregular sino que por ejemplo, una vez establecido el régimen de trabajo se añade que será decisión unilateral de la empresa el establecimiento de "jornadas especiales" vinculadas al calendario preexistente; en otros, se pacta de forma muy limitada estableciendo la posibilidad de distribución irregular en cada una de las mensualidades, aunque ello se realice sin precisar el porcentaje aplicable[79]. También se detectan convenios que establecen una jornada anual y aunque aparentemente no regulan la distribución irregular, sin embargo a lo largo de su clausulado se encuentran ordenados algunos aspectos de la misma de los que es posible deducir su existencia, con lo que habrá de entenderse que el empresario está facultado para distribuir irregularmente el 10 por ciento de la jornada[80].

En general se observa que en los convenios colectivos, normalmente bajo la rúbrica de distribución de jornada o más genéricamente jornada de trabajo, coexisten distintas fórmulas de distribución irregular y en consecuencia se prevé junto a la llamada distribución irregular estática o programada y vinculada al calendario, la distribución irregular dinámica o sobrevenida. La pri-

[76] CC del grupo empresarial Innovasur SL BOP (Córdoba) 5/07/2016; CC de la empresa Ofertel comunicaciones SL BOP (Córdoba) nº 163, 25/08/2016.

[77] CC de la empresa Pepsico Foods AIE BOP (Granada) nº 27, 11/02/2015; CC de la empresa Pepsico Foods BOP (Sevilla) nº 161, 13/07/2016.

[78] M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo, Claves prácticas*, op.cit., 2015 pág. 21.

[79] CC de empresa Altura, Drenajes y Contenciones SL., BOP (Jaén) nº 205, 26/10/2016; CC de empresa Ursula Consulting, SLU BOP (Jaén) nº 204, 25/10/2016; CC Pontifex Maximus BOP (Málaga) nº 216 12/11/2014; CC de empresa Estructuras Medisd, SL BOP (Málaga) nº 78 24/04/2015.

[80] CC de empresa Mercasevilla BOP (Sevilla) nº 72, 29/03/2017; II CC de la empresa Drosolu, S.L BOJA nº 40 14/03/2014; CC de empresa Adavigal SL BOP (Málaga) nº 118, 23/06/2014.

mera tiene como finalidad la adaptación de la jornada a la distinta intensidad de la carga de trabajo a lo largo del año, pero tales variaciones se encuentran programadas, mientras que la segunda trata de dar respuestas a circunstancias sobrevenidas y de carácter imprevisible[81].

Del análisis realizado se observa que aun cuando existen convenios colectivos que se refieren a una programación anual[82] o jornada estándar para inmediatamente después establecer el monto de jornada objeto de distribución irregular, existe una tendencia a la inmediatez de la programación de la jornada irregular a lo largo del año. En esta línea, resulta habitual que la planificación se realice con cierta proximidad al momento de la prestación de servicios y así se establezca la programación de la jornada con carácter trimestral[83], mensual[84], e incluso semanal[85], siendo comunicadas individualmente a los trabajadores con una antelación de entre quince y siete días del inicio del trimestre o mes planificado, o incluso con una semana de antelación al momento de la prestación laboral, sin que en muchos casos se prevea participación alguna de los representantes de los trabajadores[86], atribuyéndose dicha facultad a la empresa o al mutuo acuerdo con el empleado[87].

Adviértase que en muchos convenios, señaladamente en el sector de la hostelería y comercio, reconocen que la distribución irregular de la jornada afectará a la totalidad del tiempo de trabajo, que a su vez podrá ser alterada en casos de imprevistos sobrevenidos con la bolsa de horas o porcentaje de jornada reservada al efecto *ex* artículo 34.2. En estos casos, si el convenio no establece reglas básicas para la distribución irregular de la jornada y horario

[81] G.E. Rodríguez Pastor "Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 4.

[82] Por ejemplo, CC de Coviran SCA BOE nº 80, 4/04/2017; CC de Granada Unión detallista Alimentación, BOE nº 80, 4/04/2017; CC de General Óptica, BOE nº 264, 4/11/2015.

[83] CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC del grupo empresa Dia SA y Twins Alimentación SA BOE nº 212, 2/09/2016; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL BOE nº 215, 6/09/2016; II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/205; CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA, BOE nº 93, 18/04/2013.

[84] CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Primark Tiendas SLU BOE nº 201, 22/08/2017.

[85] CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; En similares términos CC de empresa Sierra Morata SL. BOP (Cádiz) nº 74, 21/04/2015; CC de empresa Mirang Restauración SLU BOP (Cádiz) nº 49 15/03/2016; CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017; CC Rocla Restauración, SLU, BOP (Málaga), nº 205 26/10/2015.

[86] III CC del Grupo Zena BOE nº 54, 3/03/2016; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de empresas VIPS, nº 277, 19/11/2015.

[87] CC KFC Restaurants Spain, SL BOE nº 137, 6/06/2014.

a lo largo del año, que impida la variabilidad del momento de inicio y terminación de la jornada se estaría asumiendo una indeterminación del objeto del contrato, atribuyendo al empresario facultades en orden a la distribución de horarios[88]. A estos efectos, el artículo 34.6 regula el calendario laboral pero como es sabido, no contiene mandato que obligue al empresario a la fijación individualizada del horario y turnos de trabajo[89]. Precisamente era ésta la forma tradicional de la distribución del horario de trabajo, que venía impuesta en el derogado RD 2001/1983 de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos.

La introducción de mecanismos flexibilizadores como la distribución irregular ya sea programada o sobrevenida, hace necesario que el legislador reflexione sobre la finalidad de esta institución en orden a la necesaria determinación y certeza de esta condición laboral y fije como contenido necesario del calendario laboral los horarios concretos, o cuando menos directrices o criterios legales que controlen en defecto de convenio la actuación del empresario. En tal sentido, refiriéndose al *cuantum* de la jornada, la doctrina ha señalado que de la posibilidad derivada del artículo 34.1 ET de programar la jornada semanal como promedio anual, no puede deducirse una habilitación a favor del empresario para alterar cada semana sin someterme a control alguno[90], ya que supondría en la práctica aplicar al total de la jornada el régimen derivado del artículo 34.2 del ET. La cuestión no deja de ser controvertida por cuanto sobre este tema existen diversos pronunciamientos en los que se ha considerando lícita la cláusula de un convenio que permitía fijar al empresario el momento de la prestación laboral con diez días de antelación, entendiendo que no existe incompatibilidad, sino que la cláusula del convenio responde a la facultad que confiere el artículo 34 ET "pues esta norma, autoriza que el convenio colectivo con los límites que señala, establezca la distribución irregular de la jornada a lo largo del año siempre que respete los períodos mínimos de descanso dispuestos legalmente"[91].

### 3.2. Aspectos cuantitativos de la distribución irregular

Una primera aproximación al contenido de las cláusulas que regulan esta materia permite apreciar que casi la totalidad de los convenios analizados

[88] B. Rodríguez Sanz Galdeano *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales par la modificación de jornada* Tirant lo blanch, Valencia 2009, pág. 81.

[89] SSTS de 18 septiembre 2000 y 20 julio 2015 RJ\2015\4688 y recurso de casación 192/2014 RJ\2000\8297 recurso de casación 4240/1999.

[90] J. Gorelli Hernández, "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit" op. cit., pág. 38.

[91] STS 15 de diciembre de 1998 RJ 1998/10510 recurso de casación 1162/1998; STS de Madrid de 9 de julio de 2014 JUR 2014/227188 recuro de suplicación 224/2014.

mantienen el monto de jornada sobre el que se aplica la distribución irregular, estableciéndose idéntico porcentaje que el atribuido en artículo 34.2 ET a favor del empresario en defecto de pacto[92], o su equivalente, reservándose de la jornada máxima anual una bolsa de horas[93] o tiempo ordinario disponible[94]. De hecho, de la muestra de convenios analizada, son una minoría los que opta por su reducción[95] o por su incremento[96], con lo que se evidencia que en la práctica el empresario parte en el proceso de negociación de dicho porcentaje[97].

En segundo lugar, es común en los tres sectores estudiados articular cláusulas que en aplicación de la distribución irregular de la jornada consistentes en prolongaciones de jornadas, permiten superar el tope de jornada máxima diaria o semanal fijada legalmente o la estándar determinada en el convenio, estableciendo límites máximos a la jornada diaria o semanal dentro de los que se puede mover la distribución flexible. La opción más frecuente por la que se decantan los convenios, es permitir jornadas de entre 9[98] y 10[99] horas, pudien-

[92] A la misma conclusión con otra muestra de convenios llegan otros estudios M.J., López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas,* op ci., pág. 57.

[93] Así por ejemplo CC de la empresa Plataforma comercial Retail BOP (Córdoba) nº 125 4/07/2017 reserva hasta un máximo de 176 horas; CC VG Catering de Artes SLU, BOP (Sevilla) nº 115, 20/05/2016 que establece 150 horas; CC de la empresa Del Mar y Tierra BOP Sevilla nº 156 8/07/2017 reserva 180 horas; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015.

[94] CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº194, 12/8/2016.

[95] CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014 estableciendo sólo un 3,18%; CC de Supermercados Sabeco SA, BOE nº 137, 6/06/2014 reservando un 5%; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013 que dispone de una bolsa de 80 horas anuales; CC de Primark tiendas, SLU, BOP nº 201, 22/08/2017 que establece una bolsa de 89 horas.

[96] CC de empresa Negocios de Restauración del sur SL BOP (Córdoba) nº 179, 16/09/2015; CC de empresa Restaurantes Temáticos del Sur SL BOP (Málaga) nº 216, 10/11/2015; CC de empresa Rocla restauración SLU BOP (Málaga) nº 205, 26/10/2015 que lo incrementa al 30 por ciento estableciendo distintos porcentajes en función de la jornada contratada; CC de la empresa Deportes Cary SL BOP (Málaga) nº 65 05/04/2017 CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº 194, 12/08/2016 que establece 266 horas.

[97] J. Cabeza Pereiro "La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012" en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson,2015 pág. 336.

[98] Así por ejemplo CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157,3/07/2017; CC del Grupo Pastificio BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del grupo de empresas VIPS, BOE nº 277, 19/11/2015; CC de empresa Mirang Restauración SLU BOP Cádiz nº 49; CC de empresa Barnet Hoteles SL BOP (Huelva) nº 115 17/06/215; CC Rocla Restauración, SLU, BOP (Málaga), nº 205 26/10/2015; CC de Game Stores Iberia SL BOE nº 277, 16/11/2016; CC de Supermercados Sabeco, SA., BOE nº 137, 6/06/2014; En algunos CC se opta por combinar el limite diario y semanal de 9 horas y 45 semanales así los CC Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017 y CC de Decathlon España, SA BOE nº 73, 27/03/2017.

[99] Así por ejemplo CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016; CC de

do alcanzar puntualmente las 11[100] y hasta las 12 horas[101]. Otros convenios, sin embargo, auque permiten una jornada superior a 9 horas no concretan la duración máxima que obviamente no podrá ser superior a 12 horas por el obligado descanso entre jornadas[102]. Igualmente, en muchos casos, este límite diario se combina con el semanal[103], o se recurre exclusivamente a este último[104], en cuyo caso el límite de la jornada diaria vendrá determinado por el respeto al descanso entre jornadas de 12 horas.

Relacionada con esta cuestión, es inusual en los tres sectores que el incremento de la jornada máxima diaria o semanal se supedite al cumplimiento de requisitos adiciones. Pese a ser esta la tendencia, se han detectado convenios en los que dicho incremento exige el acuerdo entre los representantes de los trabajadores[105], o de superar 10 horas diarias informe a los responsables de la prevención de riesgos laborales[106]. En otros casos, el convenio fija el número máximo de jornadas que podrán realizarse con horario incrementado al mes, impidiendo que puedan acumularse más de dos días consecutivos[107], con lo que se garantiza mínimamente el descanso de ese alto ritmo de trabajo, tomándose en consideración la posible afectación que el incremento de la jornada tiene en la salud de los trabajadores, sobre todo

Vestas Eólica, SAU BOE nº 194, 12/8/2016; CC de empresa Negocios de Restauración del sur SL BOP (Córdoba) nº 179, 16/09/2015CC de la empresa Restaurantes Temáticos del sur SL BOP (Málaga) nº 216, 10/11/2015; CC de empresa Oshiro Sevilla SL., BOP (Sevilla) nº 117, 23/05/2016; CC VG Catering de Artes SLU, BOP (Sevilla) nº 115, 20/05/2016 ambos 10 horas diarias y 50 semanales; 10 horas los CC Granada Unión Detallista Alimentación BOE nº 141, 13/06/2013; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Primark Tiendas SLU BOE nº 201, 22/08/2017; II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015.

[100] CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017

[101] CC de empresa de Cableven SL BOJA nº 87 de 10/05/2016 en el que se señala que de conformidad con el art. 34.3.2 ET del ET en función de las necesidades de la organización del trabajo se podrá realizar una jornada hasta 12 horas diarias, asegurando la alternancia de la plantilla del centro.

[102] CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

[103] CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017 y CC de Decathlon España, SA BOE nº 73, 27/03/2017; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

[104] CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016, fijando un mínimo de 4 diarias máximo de 48 semanales éstas últimas de manera excepcional; CC de empresa AES Externalizaciones FC, SL., BOP (Málaga) nº 8 13/01/2017

[105] CC de Construcciones y Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6 , 11/01/2017; CC de Leasan 2007 BOP (Cádiz) nº 104, 5/06/2017

[106] CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016; CC de General Óptica, BOE nº 264, 4/11/2015

[107] II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/205 que establece una jornada máxima diaria de 10 horas

cuando se tratan de jornadas continuadas, y sus repercusiones en la vida personal y familiar.

### 3.3. Aspectos cualitativos de la distribución irregular de la jornada

Otras de las claves analizadas aborda la posibilidad de que ante el silencio legal, sea la negociación colectiva la que establezcan determinados lapsos temporales y presupuestos causales para la aplicación de la distribución irregular de la jornada. Tales cláusulas, sin duda, deben ser valoradas muy positivamente, por cuanto, de un lado, conocer los períodos en los que se intensifica la prestación de servicios permite a los trabajadores la ordenación de su tiempo personal y familiar con antelación suficiente y de otro, el fijar los presupuestos causales de su activación, puede coadyuvar a la aceptación de la jornada irregular.

Sin embargo, la determinación del período en el que se va a aplicar la jornada irregular no resulta ser una práctica negocial muy extendida siendo minoritarios los convenios que fijan los períodos en los que se activa la bolsa de horas o porcentaje reservado[108]. En otros, como ocurre en varios convenios del sector de la construcción, no resulta inusual que precisamente se reserven y se programen las horas flexibles para la disponibilidad en fines de semana, atendiendo a que la jornada por lo general se desarrolla de lunes a sábado[109].

Más frecuentes resulta el establecimiento de causas que habiliten la potestad de distribución flexible, y de hecho es una práctica muy extendida. Así, son numerosos los convenios que establecen razones productivas, períodos punta, ausencias imprevistas, balances o inventarios, o causas organizativas como presupuesto para la activación de las horas flexibles[110]. No obstante, como se ya

[108] CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013 establece que la bolsa de horas será de aplicación durante los meses mayo, junio, julio, agosto y diciembre; CC de empresa hotel Zen BOP Málaga nº 114 16/06/2017 que concentra la distribución irregular en los períodos de semana santa, verano y desde el 24 de diciembre hasta el día 1 de enero.

[109] CC de Vestas Eólicas, SAU BOE nº 194, 12/08/2016; CC de Fuertemant, SL., BOJA nº 74, 20/04/2016; CC de empresas de Cableven S.L BOJA nº 87, 10/05/2016.

[110] Entre otros CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015 "adecuar su capacidad productiva a los imprevisto que se puedan originar" CC de empresa de Cableven SL BOJA nº 87 de 10/05/2016 "Necesidades de la organización del trabajo"; CC de empresa Construcciones Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017 "por motivos organizativos y en base a la demanda de trabajo o clientes"; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus SL BOP (Cádiz), nº 103, 2/06/2016 "según necesidades de cada obra"; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017 "en atención a la especial actividad de la empresa y a las necesidades derivadas de la carga de trabajo y en aras de una mayor racionalización de los plannings de trabajo"; CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016 "en función de las necesidades de la empresa" CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014 "causas organizativas"; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE

se advirtió por la doctrina, en ocasiones los términos en los que se enuncian son demasiados vagos y genéricos[111], siendo muy recurrente que los convenios hagan referencia, por ejemplo a la especial actividad de la empresa. En este sentido, merece la pena destacar por inusual, que alguno de los convenios analizados requieren de la intervención de los representantes de los trabajadores en la valoración de la medida. En algún caso, la obligación se reduce a la mera información al comité[112], pero en otros, se establecen un procedimiento en el que se requiere que el empresario justifique la concurrencia de las razones productivas y el alcance de las misma[113], con lo que se activa un procedimiento de negociación entre las partes, que puede contribuir a la aceptación o incluso a reducir su impacto. Desde otra perspectiva, cuando se trata de una distribución irregular consecuencia del defecto de jornada por causas no imputables al empresario se justifica la prolongación de la jornada e incluso se atempera. Así, resulta usual en el sector de la construcción establecer cláusulas que prolongan la jornada en los días laborables siguientes para la recuperación del 70 por ciento de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad debido a causas de fuerza mayor , accidentes atmosféricos, inclemencias del tiempo, falta de suministros o cualquier otra causa no imputable a la empresa[114].

Otro de los elementos que regulan los convenios hace referencia al cumplimiento obligatorio o voluntario de la distribución irregular. A pesar de que la obligatoriedad es una característica de la distribución irregular y en consecuencia no requiere del acuerdo con los trabajadores afectados por la medida, en algunos convenios de los sectores de comercio y hostelería dejan la decisión de realizar la prestación para la que ha sido requerido a voluntad individual del trabajador, lo que en la práctica en la mayoría de las ocasiones, dado los índices de temporalidad y precariedad existentes en los sectores estudiados, obligará al trabajador a aceptarlas asumiendo las repercusiones que la misma genera en su vida personal y familiares. Así, resulta frecuente que se disponga que las alteraciones en el horario individualmente adjudicado por causas organizativas imprevisibles se efectuará preferentemente con perso-

nº 215, 6/09/2016 "a fin de tener en cuenta la mayor intensidad de la actividad comercial en determinados días de la semana o período del año"; CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016.

[111] R. Escudero Rodríguez "Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva" RL Tomo II, pág 325.

[112] CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014.

[113] CC de Sociedad Española de Instalaciones de Redes Telefónicas SAU BOE nº 154 29/06/2017; CC de la empresa Megaexit, SL., BOP Granada nº 27, 11/02/2015.

[114] Así por ejemplo CC de empresa Sistemas Tubulares Al Aldalus, SL BOP (Cádiz) nº 103 2/06/2016; CC de empresa Encofrados y construcciones Vimuz SL BOP (Córdoba) nº 7 12/01/2017; CC Altura, Drenajes y Contenciones SL BOP (Jaén) nº 205 26/10/2016.

nal voluntario[115]. Eso sí, salvo cuando se trate de reparar siniestros o daños extraordinarios y urgentes o se trate de hacer inventarios o balances que son obligatorias en la mayoría de las ocasiones, incluso aun cuando el trabajador se encontrase disfrutando del descanso semanal, en cuyo caso éste se recuperará necesariamente dentro de un período de catorce días[116].

### 3.4. La regulación del preaviso

En relación a este tema parece que la negociación colectiva asume de forma mayoritaria el plazo de cinco días legamente establecido, ya sea por omisión en su regulación, ya por su trasposición sin modificación en el contenido de los convenios[117]. No obstante, respecto de los plazos hay que apuntar que una parte de los convenios optan por su ampliación hasta 7 días[118] o plazos aún más amplios[119] en beneficio del trabajador. Aun cuando es esta la línea de tendencia, resulta frecuente el establecimiento de cláusulas que eximen al empresario de la obligación de cumplimiento de dicho plazo de preaviso, justificándolo en razones tales como "bajas imprevistas" "operatividad" "necesidad del servicio", "imprevistos del cliente", "retrasos o adelantos en suministros", "fuerza mayor" o "siniestros o daños extraordinarios"[120] fijando en estos casos la comunicación al trabajador con 24 horas de antelación, o en el momento en que la empresa conozca el imprevisto, con lo que se incumple lo establecido legalmente. En consecuencia estas cláusulas no tienen efectos y por tanto son nulas por conculcar lo establecido en el artículo 34.2 ET, norma

[115] CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de empresas VIPS, nº 277, 19/11/2015; CC Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de la empresa Plataforma comercial Retail BOP (Córdoba) nº 125 4/07/2017.

[116] CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de Servicios de Infraestructura Eléctrica de Levante SL BOE nº 230, 25/09/2015; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC de Burger King, Spain, BOE nº 157, 4/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC del Grupo de Empresa Vips, BOE nº 277, 19/11/2015; CC de Dinosol Supermercados SL BOE nº 123, 23/05/2012.

[117] Así por ejemplo los CC de Fuertemant, SL BOJA nº 74, 20/04/2016; ; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015; CC KFC Restaurants Spain, SL BOE nº 137, 6/06/2014; CC de empresa Restaurantes Temáticos del Sur SL BOP (Málaga) nº 216, 10/11/2015.

[118] CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017 ; CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014.

[119] Así, por ejemplo el CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013.

[120] CC de empresa Cableven SL BOJA nº 87 de 10/05/2016, SL.; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus SL BOP (Cádiz), nº 103, 2/06/2016); CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus, SL BOP (Huelva) nº 64 06/06/2015; CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017; CC de Granada Unión detallista Alimentación, BOE nº 80, 4/04/2017; CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016; CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014.

mínima que podrá ser mejorada por la negociación colectiva estableciendo un plazo superior en beneficio del trabajador, pero no puede ser objeto de minoración por el pacto colectivo[121]. En cuanto a la notificación de la alteración de la jornada, es frecuente la notificación colectiva a través de la publicación de los cuadrantes en tablones de avisos de los centros de trabajo, práctica que ha sido recientemente declarada nula ya que la comunicación de los horarios de trabajo deben realizarse personalmente al trabajador por pertenecer a las condiciones contractuales de las relaciones individuales de la relación laboral, cuya acreditación corresponde al empresario[122].

### 3.5. La compensación de los excesos y defectos de jornada

No son mayoritarios los convenios que abordan de manera detallada y completa la compensación de los excesos o defectos, lo cual no deja de ser un resultado esperado ya que resulta coherente con la escasa atención prestada por los convenios a la distribución irregular en entrar a desarrollar las reglas de funcionamiento, puesto que una gran mayoría como señalábamos *supra,* se referían a la distribución irregular de la jornada de forma genérica sin concreción de su régimen jurídico o se remitía a lo dispuesto legalmente. Por tanto, en estos casos, los excesos o defectos de jornada deberán quedar compensados en el plazo de doce meses desde que se produzcan, con lo que se estaría incumpliendo lo establecido en el artículo 19 de la Directiva 2003/88/CE de 4 noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación de trabajo en el que únicamente se permite dicho plazo, cuando se justifique en razones objetivas, técnicas, o de organización del trabajo y siempre que la ampliación del módulo de referencia se realice mediante convenio o acuerdos celebrados entre lo interlocutores sociales.

En general, los convenios colectivos que realizan una regulación mas detallada de la distribución irregular han asumido la excepción al principio de anualidad establecida en el artículo 34.2 ET, permitiendo el trasvase de los saldos al año siguiente. Con todo, se detectan convenios que optan por la compensación dentro del año natural, de forma que los excesos sobre la jornada anual se abonan como horas extraordinarias[123].

Lógicamente el momento en que ha de llevarse cabo la verificación y control de la ejecución de la jornada coincide en general con la terminación del módulo de cómputo de la jornada máxima, que normalmente se corres-

[121] STS de 16 de abril 2014, RJ/2014/2633 recurso de casación 182/2013.

[122] STSJ de Santander de 14 de diciembre 2016 (AS 2016/1789), Procedimiento 605/2016.

[123] CC de la Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida- fresón de Palos BOP (Huelva) nº 212, 8/11/2016; CC de Consum sociedad Cooperativa Valenciana BOE nº 302, 15/12/2014; CC de empresa de construcciones y Cerámicas Lagos BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017.

ponde con el 31 de diciembre, aunque puede establecerse la terminación del módulo anual en fecha distinta[124].

Con el fin de evitar la acumulación de los desfases al término del año natural no es extraño, que los convenios colectivos fijen controles periódicos de carácter trimestral[125] o cuatrimestral[126] o mensuales[127], produciéndose la regularización en el siguiente período, o incluso también se permite que la compensación de los excesos sea previa a que se produzca las jornada de mayor intensidad[128]. En cualquier caso, en todos estos convenios de producirse saldos al término del período de cómputo se dispone de un el lapso temporal variable detectándose cierta tendencia hacia la inmediatez en la compensación, fijándose períodos por lo general breves de tres o cuatro meses o incluso un mes para su liquidación, momento en el que además se determinará la existencia de horas extraordinarias. Así, llegado el término del lapso temporal previsto en el convenio sin que el trabajador haya disfrutado del descanso de las horas de exceso de la jornada máxima anual habrán de ser consideradas horas extraordinarias[129]. Al respecto, ha de destacarse que algún convenio prevé la posibilidad de que la empresa discrecionalmente liquide la totalidad de una parte de las horas pendientes antes de la terminación del plazo establecido para su compensación, abonándolas al precio de la hora ordinaria, respetando, obviamente el número máximo de horas extraordinarias en cómputo anual previsto legalmente. Práctica que ha de ser considerada ilegal por cuanto del juego combinado de ambos instrumentos flexibilizadores se amplia las prerrogativas empresariales, que tendrá la potestad de determinar la naturaleza de las horas de exceso, con el consiguiente ahorro de costes salariales y de

[124] De la muestra de convenios analizada sólo el CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014 establece el cómputo anual no coincidente con el año natural, concretamente el día 31 de mayo.

[125] CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de Empreas VIPS; CC de Decathlon España, SA BOE nº 73, 27/03/2017; CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016; CC de Lidl supermercados SAU. Boe nº 138, 8/06/2016;, CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016., II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015.

[126] ; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013CC; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014.

[127] CC de empresa Oshiro Sevilla SL BOP (Sevilla) nº 117, 23/05/2016; CC VG Catering de Arte SLU BOP (Sevilla) nº 115, 20/05/2016; CC de empresa Del Mar y Tierra BOP (Sevilla) nº 156, 8/07/2017.

[128] CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017.

[129] CC de Consum sociedad Cooperativa Valenciana BOE nº 302, 15/12/2014; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013.

seguridad social, dado que el precio de la hora extraordinaria normalmente suele ser superior a la ordinaria, además de mutar la naturaleza de la hora extraordinaria, que a diferencia de la horas flexibles son voluntarias, salvo que se pacte su carácter obligatorio[130].

Se evidencia en la regulación de la distribución irregular y muy señaladamente en los mecanismos regulados para la compensación de las diferencias de jornadas, que los intereses empresariales se tienen muy presente, echándose en falta cláusulas que regulen el modo de disfrute del descanso compensatorio que interesan a los trabajadores en orden a la reordenación de su tiempo extralaboral. Así, respecto a la fecha concreta de disfrute del descanso la mayoría de los convenios suelen optar bien porque sea la empresa directamente la que lo fije, o bien lo remiten al acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, sin que se prevean fórmulas en caso de desacuerdo, lo que en la práctica no es más que una remisión al poder del empresario, sin que hayamos encontrado convenios en los que claramente se atribuya la prioridad al trabajador en la determinación de estos tiempos de descanso. Tan sólo un convenio de los analizados en un intento de establecer fórmulas que tengan en cuenta las circunstancias personales del trabajador prevé, que cada una de las partes determinen el 50 por ciento, eso si, excluyendo de tal opción las fechas que coincidan con periodos de alta producción previamente fijados por la empresa, reduciendo con ello el margen de discrecionalidad inicialmente otorgado al trabajador[131].

Relacionado con el momento de disfrute, hay que destacar que los convenios normalmente no contienen un plazo de preaviso más allá de la precisión del lapso temporal en el que han de llevarse a cabo. Igualmente, son escasos los convenios que especifican el modo de disfrute, si bien al menos, los convenios del sector comercio se decantan mayoritariamente por el disfrute en jornadas completas, salvo que el trabajador esté interesado en su disfrute mediante la reducción de jornadas[132], acumulándolas por lo general a los períodos de descanso semanal[133]. Finalmente, en cuanto a las equivalencias de las horas flexibles es común la compensación a la par, de manera que cada hora de trabajo le corresponde una de descanso, que se incrementará cuando las horas flexibles coincidan con un día planificado de descanso, festivos o fines de semana[134].

---

[130] CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016, CC de empresa Construcciones Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017); CC de Leasan 2007 BOP (Cádiz) nº 104, 5/06/2017.

[131] CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

[132] CC de Consum sociedad Cooperativa Valenciana BOE nº 302, 15/12/2014.

[133] Así por ejemplo CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013.

[134] CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Sas-

A la vista de la amplia muestra analizada no parece que los sectores estudiados presten interés por la compensación de los saldos negativos de forma expresa, lo que puede deberse a que la regularización de los excesos se realiza en los períodos de menor actividad, o probablemente con un uso intensivo de la contratación temporal y a tiempo parcial, que permiten adaptación cuando disminuye al carga de trabajo. De hecho, solo dos de los convenios se detiene en su regulación indicando el lapso temporal en que se podrá compensar y precisamente en ambos casos, se dispone su uso en caso de cese de la relación laboral. Uno de ellos, indicando que el saldo en contra se podrá compensar hasta el importe máximo de la liquidación[135], otro estableciendo un régimen jurídico diferenciado según ésta sea fruto de un despido individual o colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o la extinción sea ajena a la causa empresarial. En el primero de los casos no se considera al trabajador deudor del saldo negativo, y en consecuencia la liquidación no se verá reducida, mientras que si la finalización del contrato no responde a causas empresariales por derivar de la llegada del término de la relación laboral, despido disciplinario o desistimiento, las diferencias tanto positivas como negativas se regularizan en el documento del finiquito[136].

### 3.6. Jornadas diferenciadas en función de la fecha de ingreso a la empresa

Finalmente, al hilo de la distribución irregular y aunque sea un tema tangencial en el que no se analiza los elementos de la jornada irregular, merece la pena detenerse si quiera brevemente, en destacar que algunos convenios como consecuencia de la introducción de mecanismos de flexibilidad o incrementos en la jornadas máximas anuales o la extensión de la jornada de trabajo durante todos los días incluidos fines de semana, se introducen cláusulas que establecen condiciones laborales diferenciadas en función de la fecha de incorporación a la empresa, tema conocido en nuestra disciplina respecto de otra importante condición laboral que dio lugar a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la doble escala salarial[137].

Así, por ejemplo se exime de la aplicación de la distribución irregular en domingos y festivos a los trabajadores contratados con anterioridad a la firma del convenio, manteniendo dicho derecho *ad personam*[138]; o también re-

kibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016.

[135] CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015.

[136] CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016.

[137] A.V. Sempere Navarro "Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la misma" Revista doctrinal Aranzadi Social, Vol paraf. III, 47 BIB 1997/839 pág. 1; M.A. Purcalla Bonilla "Dobles escalas salarial y fecha de acceso al empleo: una aproximación a sus claves jurisprudenciales" Información Laboral nº 25/2002, BIB 2013/1842 pág. 4.

[138] CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017.

firiéndose a los descansos en fines de semana se establece que los trabajadores que hubieran optado por un sistema diferente conforme a lo estipulado en el convenio 2006-2009 podrá mantenerlo a "título individual"[139]; o con la misma calificación se observan cláusulas que establecen el mantenimiento de una jornada de trabajo anual inferior a aquellos trabajadores que hubieran ingresado en una determinada fecha[140], cláusulas que dan pistas más que evidentes del resultado de la aplicación intensiva de técnicas de gestión flexible del tiempo de trabajo.

Una aproximación a este fenómeno demuestra que la introducción de tales cláusulas obedecen subterfugios negociales en cuyo transfondo se encuentran estrategias entre las partes negociadoras, ofertándose las mismas como contrapartida empresarial a la introducción de diversas medidas como la moderación salarial, o la introducción de mecanismos de distribución irregular hasta el momento inexistentes en la empresa.

La cuestión resulta relevante por cuanto que el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de octubre de 2014 se ha pronunciado al respecto con una solución contraria a la respuesta dada en orden a la vulneración del principio de igualdad respecto del establecimiento de la doble escala salarial en función de la fecha de ingreso, en la que se consideraban justificadas las diferencias derivadas de una condición más beneficiosa para los trabajadores que ingresaron con anterioridad a una determinada fecha[141]. Concretamente en la citada sentencia se dilucidaba si resultaba justificado un trato diferenciado entre los trabajadores más antiguos para los que se consideraba tiempo de trabajo efectivo los 30 minutos de descanso de "bocadillo", frente a los trabajadores contratados con posterioridad, para los que dicho descanso no computaba como tiempo de trabajo efectivo.

La empresa justifica el establecimiento de jornadas diferenciadas en la concurrencia de un derecho adquirido de origen convencional, y como segundo argumento se refiere a la reducción de la actividad, dificultades económica y pérdida de competitividad en el mercado. Pues bien, el Tribunal descarta de forma rotunda que el derecho constituya condición más beneficiosa, porque las condiciones más beneficiosas no pueden derivar, por definición del convenio colectivo, sino de la libre voluntad del empleador[142]. En segundo lugar,

---

[139] CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016

[140] CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016 y CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017; CC de Burguer King, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de Empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015; III CC del Grupo Zena, BOE nº 54, 3/03/2016;

[141] STS 7 de julio de 2005 RJ 2005/7327] y 10 de octubre 2006 RJ 2006/10037.

[142] STS de 21 de octubre 2014, RJ 2014/6136, que resuelve el recurso de casación

respecto de las dificultades económicas aducidas por la empresa, señala que las mismas no pueden justificar el trato discriminatorio a los trabajadores con contratos recientes. En suma, ninguno de los argumentos esgrimidos justifican de manera razonable y objetiva un trato diferenciado a los trabajadores de nueva contratación sin que pueda aceptarse que los trabajadores de nueva contratación sean los soporten el sacrificio derivado de la introducción de medidas de flexibilidad[143].

## 4. LA CLÁUSULAS DE FLEXIBILIDAD EN ATENCIÓN A CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

Es obvio que la distribución irregular de la jornada, dado su carácter imprevisible provoca importantes alteraciones en la vida personal y familiar, mucho más si su regulación legal tiene un carácter unidireccional en el que se refuerzan los poderes de dirección del empresario. Es innegable que tanto las prolongaciones como reducciones de jornadas o la prestación de servicio en los días en principio previstos para el descanso, introducen incertidumbres que rompen con los complejos equilibrios conseguidos entre ambas facetas de la vida de los trabajadores, sobre todo respecto de los que asumen las responsabilidades familiares, mayoritariamente mujeres. Y es que ciertamente la base sobre la que se fundamenta la distribución irregular exige grandes dosis de disponibilidad de los trabajadores y que sean éstos los que adapten a las necesidades de la empresa[144] sin que los convenios hayan formulado mecanismos que atemperen el impacto de la jornada irregular sobre la vida familiar y personal de los trabajadores.

En primer lugar, del análisis de los convenios hay que destacar que una inmensa mayoría hacen referencia a los derechos de conciliación, en muchos casos dedicando un capítulo a su desarrollo, comprometiéndose dentro de la regulación dedicada a la regulación de la igualdad por razón de género a negociar medidas que faciliten los derechos de conciliación de los trabajadores y a la eliminación de discriminaciones por razón de género[145]. Sin embargo, estos

308/2013, contra la Sentencia de la AN de 16 de mayo de 2013 AS 2013/1953, Procedimiento 11/2013.

[143] Un comentario a dicha a la citada sentencia A. Todoli Signes, "Aplicación de la doctrina de la doble escala salarial a la jornada laboral. El no reconocimiento de las mejoras "*Ad personam*", ni los derechos adquiridos, como justificantes de la diferencia de las diferencias en las condicionales laborales" Revista de Información Laboral nº 1/2015 Bib 2015/229.

[144] M. A. Ballester Pastor "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 56.

[145] Así en otros CC del Grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212 2/09/2016; CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº194, 12/8/2016; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015 ; CC de Sociedad Española

reconocimientos y declaraciones tienen más valor programático que práctico puesto que tienen poco reflejo en su clausulado, que frecuentemente reproducen lo establecido en el ET.

Especial relevancia reviste el artículo 34.8 del ET en el que se establece el derecho de los trabajadores a la adaptación y distribución de la jornada reenviando a la negociación colectiva o al acuerdo a que llegue con el empresario respetando en su caso, lo previsto en aquélla. Por su parte, el segundo inciso introducido por la reforma establece sin determinar a quien se dirige[146], que "se promoverán la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la mejora de la productividad en las empresas". Frente al derecho a la reducción de jornada, el derecho a la adaptación y distribución de jornada presenta la ventaja de permitir al trabajador mantener su actividad laboral sin reducir su salario ni sus expectativas de protección social, a la vez que paralelamente facilita de manera cotidiana a los trabajadores la compatibilidad de la faceta profesional y familiar.

El papel que desempeña la negociación colectiva en la adaptación y distribución de la jornada es crucial ya que como se ha señalado el legislador no lo configura como un derecho individual de aplicabilidad directa sino que condiciona su materialización a lo que disponga el convenio colectivo, o al acuerdo entre los propios interesados[147]. Pues bien, los resultados no son los esperados. Frente a la gran mayoría de convenios que establecen la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada laboral, atribuyendo importantes márgenes de maniobra en la gestión del tiempo de trabajo al empresario, sólo seis de la amplia muestra analizada disponen de algún mecanismos de adaptación, por lo que habrá de estarse al pacto entre el empresario y los trabajadores afectados[148]. Concretamente dos convenios disponen de la jornada continuada

---

de Instalaciones de Redes Telefónicas SAU BOE nº 154 29/06/2017; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL; CC de la empresa Plataforma Comercial Retail, SAU BOP (Córdoba) nº 125, 4/07/2017; CC de empresa Ofertel Comunicaciones BOP (Córdoba) nº 163, 25/08/2016; CC de empresa Pesico Food AIE BOP (Huelva) nº 93, 18/05/2016 ; CC de la Sociedad Cooperativa Andaluza Santa. María de la Rábida-Fresón de Palos, BOP (Huelva) nº 212, 8/11/2016;

[146] M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer "Las reformas de la reforma laboral de 2012" RL 15-18/2012 pág. 17.

[147] STC 24/2011, de 13 de marzo.

[148] Un estudio amplio sobre este derecho en Y. Sánchez-Urán Azaña "Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (Reflexiones en torno a la STC 24/2011)" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 115/2012 Bib 2012/2804.

como medio de fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar[149]; en uno se establece la posibilidad la posibilidad de no prestar servicios en sábados, domingo y festivos y ser adscritos a un turno de trabajo adaptado al horario de guardería[150]; otro convenio admite en estos supuestos el cambio de turno[151]; y finalmente, sólo uno contempla la jornada flexible con tramos de presencia común y obligatoria y con horas de entrada y salida variables o flexibles[152].

Nos cuestionamos las razones que explican esta apatía negociadora precisamente en esta materia en la que dado el insuficiente reconocimiento jurídico[153], se requiere para su aplicabilidad inmediata la existencia de convenio colectivo que lo prevea, frente al reconocimiento más categórico realizado por el artículo 34.2 ET a favor de la distribución irregular para atender a las necesidades de la empresa[154]. En este sentido, pueden aducirse que la composición eminentemente masculina de las mesas de negociación no favorece la negociación de estas medidas[155], o que los costes organizativos que exigen su implantación implican mayores dificultades de coordinación en la plantilla de trabajadores, o finalmente que resulta crucial para su establecimiento el tamaño de la empresa y el sector de actividad, siendo más difícil de asumir en las pequeñas y microempresas[156] y en los sectores como el comercio o la hostelería con horarios extensos en los que se requiere una mayor presencia de los trabajadores y en los que el régimen de trabajo a turnos es la forma de organización más habitual.

Frente a la ausencia cuasi total de previsiones convencionales que aborden la adaptación y distribución de la jornada, el permiso por lactancia y la

[149] CC de Cosum Sociedad cooperativa Valenciana BOE nº 302 15/12/2014; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015 si bien en este último se hace referencia a la necesidad de que la jornada sea continuada para los supuestos de contrataciones a tiempo parcial con jornadas diarias iguales o inferiores a 4 horas.

[150] III CC del Grupo Zena BOE nº 54, 3/03/2016.

[151] CC Rocla Restauración, SLU, BOP (Málaga), nº 205 26/10/2015.

[152] CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº 194, 12/8/2016, SAU; CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016.

[153] J. Cruz Villalón "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España" op. cit. pág14; M. A. Ballester Pastor "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 86 califican a este derecho como una regla de baja intensidad o *soft law.*

[154] T. Pérez del Río "Tiempo de trabajo: una óptica de género" en *Tiempo de Trabajo* op. cit. 277 señala que el reconocimiento legal del derecho pese a la dimensión constitucional dificulta enormemente la reclamación en vía jurisdiccional.

[155] M. B. Fernández Collados, "Negociación colectiva sobre la adaptación de jornada por razones personales y familiares" op. cit. pág 12.

[156] J. Cruz Villalón "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España" op. cit. 17.

reducción de jornada por responsabilidades familiares y resultan ser, al menos el primero, una de las materias más reguladas en la muestra analizada.

Las previsiones convencionales abordan estas situaciones desde dos perspectivas: la primera hace referencia al alcance de la aplicación de la distribución irregular sobre los trabajadores que están disfrutando de una reducción de jornada por responsabilidades familiares y permiso por lactancia y la segunda relativa a la derecho a la concreción de la reducción de jornada por responsabilidades familiares y a los permisos por lactancia[157].

Respecto de la primera de las perspectivas ha de destacarse que son muy escasos los convenios que contemplan esta posibilidad. Así, algunos convenios excluyen de la aplicación de la distribución irregular de la jornada a los trabajadores afectados por reducción de jornada por guarda legal y además en la mayoría de los casos esta exclusión se refiere a la alteración o prolongación de jornada derivada exclusivamente de ventas especiales y balances[158]; puntualmente un convenio exime de la prestación de servicios en domingos y festivos a los trabajadores que estuvieran disfrutando de reducción de jornada[159], y finalmente, de manera más amplia, se dejan al margen de la jornada irregular los trabajadores con hijos menores de ocho años con independencia de si están disfrutando o no de una reducción de jornada[160].

La cuestión que nos surge, más allá de las escasas exclusiones realizadas en los convenios colectivos, es si sería posible la aplicación de la distribución irregular a los trabajadores que tenga reconocida la adaptación o la reducción de su jornada por motivos familiares. Repárese que tanto la adaptación como la reducción de jornada por responsabilidades familiares responde a la finalidad de compatibilizar la actividad profesional con el cuidado del familiar a cargo, con lo que es de suponer que la concreción de la prestación de servicios se haya realizado teniendo presente las obligaciones familiares, adaptándose por ejemplo al horario escolar, o a al horario de la persona que cuida del familiar dependiente, con lo que la alteración de jornada aunque preavisada con cinco días de antelación rompería el equilibrio conseguido con tales derechos, que además, al menos respecto de la reducción de jornada, implica una disminución de salario. En estos casos, habrá de valorarse cada caso concreto, sobre todo cuando se trate de una alteración puntual, pero

[157] M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada. Claves prácticas* op. cit., pág 89.

[158] CC de Alain Afflelou España SAU; CC de Primark Tiendas SLU BOE nº 201, 22/08/2017; CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA, BOE nº 93, 18/04/2013.

[159] CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016.

[160] CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC de la empresa Plataforma Comercial Reail SAU BOP (Cádiz) nº 68 24/03/2017 que se refiere de manera extensa a las "obligaciones familiares suficientemente acreditadas".

ante el silencio legal, consideramos que concretada la jornada en función de las necesidades de conciliación y mientras ésta perdura, la activación de la distribución irregular produciría un vaciamiento del fin último que tales derechos persiguen. Así, se considera en relación a la reducción de jornada por responsabilidades, que estas prácticas empresariales son nulas, no sólo por la desnaturalización del derecho a la reducción de jornada, sino además, porque "conculcaría la dimensión constitucional que tiene el derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, en la línea marcada por la STC 3/2007, de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde"[161].

Atendiendo a la segunda de las perspectivas indicadas, resulta muy frecuente que los convenios colectivos no contengan una regulación completa de todos los supuestos que generan el derecho a la reducción de jornada derivada de las responsabilidades familiares de los trabajadores.

Como ya adelantábamos la gran mayoría de los convenios aluden a los permisos por lactancia de un menor de mueve meses regulado en el artículo 37.4 ET, en el que se dispone que los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones, pudiendo ser sustituida por una reducción en media hora con la misma finalidad, o acumulada en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario. En la práctica totalidad de los convenios de la muestra cumpliendo las previsiones legales, se cuantifica el número de jornadas completas acumuladas que en su caso puede disfrutar el trabajador oscilando entre 10 y 30 días, siendo muy usual que la opción por la acumulación se condicione o se amplíe su duración a que su ejercicio se realice se forma sucesiva tras finalizar el período de maternidad[162].

Finalmente, el artículo 37. 6 ET reconoce el derecho a la reducción de jornada con la consiguiente minoración proporcional del salario por cuidado de menores de 12 años, o una persona con discapacidad, cuidado de familiares hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad que no puedan valerse por si mismos y para el cuidado y tratamiento continuado de menor a su cargo afectado por enfermedad grave. Como se ha señalado la reforma llevada a

[161] Sentencia del Juzgado de lo Social de Santander de 14 diciembre Procedimiento 605/2016, AS\2016\1789; STSJ de La Rioja, de 10 febrero recurso de suplicación 22/2012, AS\2012\575.

[162] Así por ejemplo los II CC de la empresa Drosolu, S.L BOJA nº 40 14/03/2014, 8 días naturales que se sumarán al período de maternidad CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014 30 días uniéndolo a la baja por maternidad, siendo los más numerosos los que establecen entre 15 y 18 días CC de empresa Megaexit SL. BOP (Granada), nº 27, 11/02/2015; CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC de Dinosol Supermercados SL BOE nº 123, 23/05/2012.

cabo por la Ley 3/2012 modificó el módulo sobre el que se aplica la reducción en los supuestos de guarda legal y cuidado de familiares a cargo, pasando de la referencia genérica de "la jornada ordinaria" a otra más restringida como es "la jornada diaria"[163], además en 2013 se eleva la edad del menor de ocho a doce años. Con la finalidad de incrementar la certeza al empresario y evitar las controversias jurisprudenciales generadas en torno a este derecho, el apartado 7 del citado artículo, dispone que los convenios colectivos "podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas"

De la muestra analizada ha de destacarse que un nutrido grupo de convenios pese a que ya estaba vigente la reforma cuando se negociaron, mantienen la dicción anterior a la misma y siguen refiriéndose a la reducción de la jornada ordinaria[164], con lo que ha de considerarse que el convenio contiene en esta materia una regulación completa y sin remisión al ET, que mejora la previsión estatutaria siendo por tanto, la jornada ordinaria el módulo sobre el que se practique la reducción de jornada[165]. Otros convenios, sin embargo, sobre todo de empresas con centros de trabajo en más de una comunidad autónoma, han incorporado en su contenido el parámetro diario[166] y ello, en muchos casos, a pesar de que aparece inalterada la edad del menor, que mantienen en 8 años pese a que en la mayoría de los casos su negociación fue posterior a 2013.

Algunos convenios sobre la base del nuevo párrafo del artículo 37.7 ET, articulan los términos del disfrute del derecho a la reducción de jornada, siendo muy escasos los ofrecen modelos homogéneos de disfrute más perfecciona-

[163] M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas* op. cit. pág. 93; C. Jover Ramírez "La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma" Revista doctrinal Aranzadi Social nº 4/2013, BIB 2013/1515.

[164] CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; ; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015.

[165] De hecho el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de mayo RJ 2016/3259 ha tenido ocasión de pronunciarse al hilo de la solicitud realizada por una trabajadora que solicitó la concreción horaria de la jornada de acuerdo con los términos contenidos en el convenio colectivo que no establecía el parámetro diario sino que se refería a la jornada ordinaria considerando que los términos empleados son plenamente claros y no ofrecen discusión de lo que puede deducirse la voluntad de los negociadores -sin precisar acudir a otros parámetros hermenéuticos- que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada corresponderán al trabajador dentro de su jornada ordinaria.

198/2015 Tribunal Supremo, en sendas sentencias de 18 de mayo y de 15 de septiembre de 2016, dictadas en los recursos de casación números 198/2015 y 260/2015.

[166] CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC para la empresa Sierra Morata (Cádiz).

dos. De hecho, en algunos convenios más que implementar los términos de la reducción de jornada establecen límites no contemplados en el artículo 37 ET que encorsetan y ahogan el ejercicio del derecho del trabajador. Así, se precisa en algunos convenios que el ejercicio de este derecho implica la reducción de todos los días de prestación de servicio y en la misma proporción, incluyendo fines de semana, evitando en todo caso, reducir días enteros de jornada y debiendo de practicarse dentro del turno que venga realizando[167]. Obviamente, estas cláusulas han de considerarse nulas y así lo ha interpretado el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de marzo de 2011, por cuanto que aunque se reconoce que la negociación colectiva puede establecer la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada, ha de tenerse presente "que dicha concreción horaria ha de realizarse ponderándose los intereses en juego, no limitando de forma genérica el derecho del trabajador", por tratarse de un derecho individual de dimensión constitucional, en el que toda limitación ha de obedecer a razones suficientemente justificadas[168].

Son muy escasos los convenios que diseñan reglas o cauces homogéneos más perfeccionadas ofreciendo diversas alternativas de concreción al trabajador. Obviamente el establecimiento de las mismas no impide que el trabajador ejercite su derecho en los términos establecidos en el artículo 37. 5, 6 y 7 sin que pueda oponerse la existencia de estos cauces generales como argumento denegatorio[169]. Partiendo de esta premisa y siendo conscientes de que resulta complejo establecer cauces homogéneos que se adapten a las necesidades de conciliación de cada uno de los trabajadores, la negociación colectiva puede aprovechar esta vía para soslayar algunas de las rigideces que introduce la reforma estableciendo por ejemplo, la posibilidad de acumular días completos, o para establecer modelos en los que se fijaran jornada regulares o estables[170]. Sin embargo, del análisis realizado, y aunque no es una práctica frecuente, no parece que ésta sea la línea seguida hasta el momento en los convenios colectivos que recogen este tipo de cláusulas. En efecto, los modelos que se proponen responden a parámetros basados en "la necesidad de presencia de un mínimo

[167] Así el CC de Alain Afflelou, España SAU haciendo referencia al cambio de turno y días completos. CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016; CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA, BOE nº 93, 18/04/2013; CC de Coviran SCA BOE nº 80, 4/04/2017; CC de Granada Unión detallista Alimentación, BOE nº 80, 4/04/2017.

[168] La STS de 21 de marzo 2011 RJ 2011/3555, recurso de casación 54/2010 consideró nulas las cláusulas de un convenio colectivo que restringía el derecho a la existencia de un determinado volumen trabajadores en plantilla y siempre y cuando el número de personas que ostenten ese derecho no supere el 3 por ciento de total de trabajadores del centro.

[169] STSJ Galicia, 16 de mayo de 2014 AS 2014/1644 recurso de suplicación 1452/2012.

[170] M. Azagra Solano "Reducción de la jornada de trabajo diaria por razones de guarda legal" Revista Aranzadi Doctrinal nº 3/2012 BIB 2012/735.

de trabajadores en los centros de trabajo durante la totalidad del horario comercial y la mayor necesidad de mano de obra durante las horas de apertura con mayor índice de venta producida"[171] sin que se aluda a la finalidad esencial de estos derechos. En este contexto, en algunos convenios la alternativa ante la negativa empresarial consiste en el traslado del trabajador a otro centro de trabajo con la franja horaria solicitada, o en la acumulación de la reducción de jornada en meses completos[172], alternativa esta última que supone prolongar la ruptura en la actividad profesional y que no resuelve los problemas del día a día que genera las responsabilidades familiares. Finalmente en otros convenios aunque proponen distintas alternativas en ellas no se contempla por ejemplo una jornada estable o regular, o la exclusión del trabajador del régimen de trabajo a turnos, ni se prevé la acumulación de la reducción en días completos con el fin de no prestar servicios los fines de semanas[173].

## BIBLIOGRAFÍA

M. R. ALARCÓN CARACUEL "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución" en *Tiempo de Trabajo*, (Coord J. Aparicio Tovar y J. López Gandía) Bomarzo 2007

M. AZAGRA SOLANO "Reducción de la jornada de trabajo diaria por razones de guarda legal" Revista Aranzadi Doctrinal nº 3/2012 BIB 2012/735

M. A. BALLESTER PASTOR "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo" Revista de Derecho Social nº 62, 2013

J. CABEZA PEREIRO "La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012" en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson, 2015

[171] Así en este sentido II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015.

[172] CC de Game Stores Iberia SL BOE nº 277, 16/11/2016.

[173] CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014 propone reducciones de 26,5, 20 o 15 horas semanales dentro de la variedad de horarios existentes en la empresa definidos en las parrillas horarias; CC de Game Stores Iberia SL BOE nº 277, 16/11/2016 que establece un solo modelo en el que se prevé la concreción de la jornada semanal de 20 a 24 horas semanales percibiendo un salario equivalente a seis horas más de la prestación de servicios, en el que al menos una día a la semana lo será en jornada completa que deberá coincidir con el día de mayor actividad. El II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015 establece hasta quince alternativas sin que ninguna de ellas prevea la exclusión de los fines de semana, y en solo tres de las 15 propuestas se prevé un turno fijo.

M.E. CASAS BAAMONDE "La prioridad aplicativa de los convenios de empresa" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012" Observatorio de la Negociación Colectiva"*, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M-A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguineti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016

M.E. CASAS BAAMONDE Y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER "Las reformas de la reforma laboral de 2012" RL 15-18/2012

J. CRUZ VILLALÓN "Hacia una nueva concepción de la legislación laboral" Temas Laborales 115/2012

- "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España" http://portal.ugt.org/actualidad/2014/julio/boletin18/Ponencia%20Jesus%20Cruz%20Villalon.pdf

R. ESCUDERO RODRÍGUEZ "Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: La Ley 35/2010 y el RD-Ley 7/2011" RL nº 23, 2011

- "Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva" RL Tomo II

M. B. FERNÁNDEZ COLLADOS, "Negociación colectiva sobre la adaptación de jornada por razones personales y familiares" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 168/2014

P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI "La flexibilidad en el tiempo de trabajo en los más recientes convenios de empresa" en *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir I. García-Perrote Escartín, J. Mercarder Uguina), Lex Nova 2015

L. GÓMEZ RUFIÁN "Tendencias de la negociación colectiva en la jornada laboral: crisis y reformas laborales" Revista de Información Laboral, nº 11/2014

- "La flexibilidad interna tras la reforma laboral de 2012 desde un punto de vista cuantitativo de la antigua encuesta de coyuntura laboral a la nueva encuesta anual laboral

J. GORELLI HERNÁNDEZ "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" en XXIX Jornadas de estudios sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, 2016http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/CCNCC_XXIX_Jornadas_2016_Ponencia_JuanGorelli.pdf

C. JOVER RAMÍREZ "La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma" Revista doctrinal Aranzadi Social nº 4/2013, BIB 2013/1515

M. J. LÓPEZ ÁLVAREZ *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas,* Francis Lefebvre, 2015

N. M. MARTÍNEZ YÁÑEZ "Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales" RL nº 5/2013

A. MERINO SEGOVIA, C. ARAGÓN GÓMEZ, O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, D. PÉREZ DEL PRADO, F.J. TRILLO PÁRRAGA "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012" Observatorio de la Negociación Colectiva"*, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M. A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguineti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016

E. MONREAL BRINGSVAERD "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo" RL nº 10/2014

A. PAZOS PÉREZ "Algunos puntos críticos de la Directiva 2003/88/CC sobre el tiempo de trabajo" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 190/2016 BI 2016/80295

T. PÉREZ DEL RÍO "Tiempo de trabajo: una óptica de género" en *Tiempo de trabajo* (Coord J. Aparicio Tovar y J. López Gandía) Bomarzo 2007

M. A. PURCALLA BONILLA "Dobles escalas salarial y fecha de acceso al empleo: una aproximación a sus claves jurisprudenciales" Información Laboral nº 25/2002, BIB 2013/1842

G. E. RODRÍGUEZ PASTOR "Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo" RL nº 12/2014

B. RODRÍGUEZ SANZ GALDEANO *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales par la modificación de jornada* Tirant lo blanch, Valencia 2009

Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA "Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (Reflexiones en torno a la STC 24/2011)" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 115/2012 Bib 2012/2804

A. V. SEMPERE NAVARRO "Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la misma" Revista doctrinal Aranzadi Social, Vol paraf. III, 47 BIB 1997/839

A. TODOLI SIGNES, "Aplicación de la doctrina de la doble escala salarial a la jornada laboral. El no reconocimiento de las mejoras "*Ad personam*", ni los derechos adquiridos, como justificantes de la diferencia de las diferencias en las condicionales laborales" Revista de Información Laboral nº 1/2015 BIB 2015/229

F. VALDÉS DAL-RÉ "Hacia un derecho común a la flexibilidad interna" RL 19-20/2012

# DESCUELGUE CONVENCIONAL Y ARBITRAJE OBLIGATORIO

CARMEN SÁEZ LARA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Córdoba

ÍNDICE

1. LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO (ART. 82.3 ET)
2. LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ART. 82.3 ET
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA PREVISTA POR EL ART. 82.3 ET
4. EXIGENCIAS CAUSALES PARA LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL
5. PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DE CONDICIONES CONVENCIONALES
6. FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN
7. EL ACUERDO COLECTIVO DE INAPLICACIÓN
8. GESTIÓN DEL DESACUERDO ANTE LA COMISIÓN PARITARIA Y ANTE LOS ORGANOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS
9. LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS ANTE LA CCNCC O LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS CORRESPONDIENTES
10. PROCEDIMIENTO ANTE LA CCNCC U ÓRGANO AUTONÓMICO EQUIVALENTE
11. CONTROL JUDICIAL DE LA DECISIÓN O LAUDO ARBITRAL

## 1. LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO (ART. 82.3 ET)

Tras un lustro de aplicación de la reforma laboral de 2012, no es necesario destacar la relevancia del art. 82.3 ET y del régimen de inaplicación convencional por el diseñado para alcanzar los objetivos de flexibilidad en la empresa y de descentralización de la negociación colectiva, perseguidos por aquella reforma estatutaria.

Concebida legalmente como una medida de flexibilidad interna y de descentralización negocial, la inaplicación convencional constituye esencialmente un mecanismo excepcional y temporal de suspensión y sustitución del convenio colectivo. En aras de conseguir una mayor flexibilidad de la regulación convencional, en contextos de crisis económica, las reformas estatutarias de 1994 y, sobre todo, de 2010 y 2012 introdujeron diversas opciones de descuelgue convencional que, finalmente, se han unificado en una técnica compleja y completa de inaplicación del convenio colectivo.

Si la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994 introdujo la novedad legal del descuelgue salarial[1], fue la reforma laboral de 2010 la que determinó el protagonismo del acuerdo colectivo de inaplicación, introdujo la posibilidad del descuelgue de los convenios colectivos de empresa[2] y facilitó la inaplicación del convenio colectivo en las empresas sin representación de los trabajadores. El procedimiento a seguir ante la falta del acuerdo de descuelgue fue la aportación "estrella" de la reforma de 2012, que recurrió a fórmulas heterónomas y obligatorias de composición del conflicto colectivo, como son la decisión administrativa y el laudo arbitral.

El actual régimen prescinde de las cláusulas de descuelgue de los convenios supraempresariales que habían sido, hasta la reforma de 2010, el instrumento esencial para el descuelgue salarial. Como destacaría la doctrina científica y judicial, en el nuevo sistema de descuelgue, la negociación colectiva supraempresarial pierde el control sobre los procesos de inaplicación salarial a nivel inferior, lo que supone una seria limitación del poder regulador del convenio colectivo en esta materia, constituyendo este cambio una de las claves del vigente sistema de inaplicación[3]. Si desde la reforma de 2010 el

[1] Con antecedentes en los pactos de concertación social de la década de los ochenta, que incluyeron cláusulas de descuelgue total o parcial de los incrementos salariales pactados en convenios colectivos para aquellas empresas que acreditasen situaciones deficitarias y de pérdidas.

[2] Si bien en aquel momento sólo en relación con los descuelgues genéricos regulados por el anterior art. 41.6 ET.

[3] F. Durán López, Inaplicación de las condiciones de convenio colectivo: el descuelgue, en Cuaderno de Derecho para Ingenieros (V) Iberdrola, 2013. M.R. Alarcón Caracuel Ponencia

acuerdo colectivo es el protagonista de nuestro sistema de descuelgue, a partir de 2012, comparte este papel con una intervención externa a los sujetos negociadores y obligatoria, para una parte a propuesta de la otra, constituyendo otro de los elementos definidores del vigente modelo de inaplicación.

Además, tras la reforma de 2012/2013 se refuerza la consideración del descuelgue convencional como instrumento de flexibilidad interna en la empresa, idea que de forma explícita expresaba la reforma de 2010, en el sentido ya anticipado por la reforma estatutaria de 1994. La inaplicación del convenio mantiene su conexión con instrumentos de flexibilidad interna y con el despido colectivo, significativamente, en la definición de las causas empresariales que la justifican, así como en el procedimiento de consultas y negociación para alcanzar un acuerdo colectivo, al remitir el art. 82.3 ET al art. 41.4 ET.

Al mismo tiempo, la inaplicación del convenio es una medida próxima al convenio colectivo pues el acuerdo de descuelgue es el resultado de un proceso de negociación colectiva, previsto en el marco del Título III ET. La unificación y ubicación de la medida de inaplicación convencional abonan la conexión entre el convenio colectivo y la vía para su inaplicación, siendo un instrumento más de la reforma legal de 2012 dirigido a promocionar la negociación colectiva en la empresa. Sin embargo, desde esta perspectiva, en el Estatuto de los Trabajadores se predisponen otras vías alternativas, que cumplen finalidades semejantes de flexibilidad y adaptabilidad de los convenios colectivos, como son la preferencia aplicativa del convenio de empresa para determinadas materias, regulada por el art. 84.2 ET, o incluso la renegociación o adaptación del convenio colectivo a las nuevas circunstancias surgidas durante la vigencia del convenio colectivo, previstas por el art. 86.1 ET.

La inaplicación convencional se sitúa, en fin, en el marco de un conjunto amplio de medidas dirigidas a igual fin, como pieza de cierre del sistema y elemento "dinamizador" del mismo, a través de su nota distintiva, es decir, una obligatoria intervención heterónoma sustitutiva de la autonomía colectiva. En efecto, el vigente diseño legal del descuelgue se completa con un conjunto de mecanismos dirigidos a resolver las discrepancias surgidas en la fase de consultas. La falta de acuerdo ya no bloquea o impide el descuelgue y en relación con las medidas de gestión del desacuerdo entre empresa y trabajadores se suma al arbitraje voluntario un arbitraje obligatorio, al preverse que, a petición de una de las partes, el asunto se someta a una decisión vinculante ya sea de o en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC, en

---

«La inaplicación del convenio colectivo», dentro de las Jornadas de estudios jurídicos Nuevas formas de flexibilidad laboral y descentralización empresarial, Albacete 5 y 6 de junio de 2014, Boletín Digital 1º de mayo, junio 2014.M.A. Castro Arguelles, Inaplicación o Descuelgue del Convenio Colectivo, Cívitas, 2013, p. 91. STSJ Madrid de 14/12/2012 (AS 2013\1033).

adelante), o en órganos similares de las Comunidades Autónomas[4]. La reforma de 2012 refuerza así la tendencia facilitadora de esta medida y aunque el número de inaplicaciones fruto de decisiones y arbitrajes obligatorios no haya sido significativo si ha podido serlo el efecto de la vigente regulación sobre el alto número de los acuerdos colectivos de descuelgue, que muestran los datos de los últimos años[5].

Ahora bien, asumiendo todo lo anterior, la medida de inaplicación del convenio colectivo en el vigente sistema de relaciones laborales sigue conservando un carácter de solución excepcional y temporal pues constituye una excepción a la fuerza normativa y a la eficacia personal general del convenio colectivo. Por ello, los problemas aplicativos del procedimiento de inaplicación convencional deben resolverse sobre la base de criterios hermenéuticos que atiendan a todas estas funciones y caracteres (instrumento de flexibilidad empresarial y de negociación colectiva descentralizada así como excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos).

Los órganos judiciales, los laudos arbitrales y las decisiones administrativas utilizan criterios interpretativos propios de los instrumentos de flexibilidad interna y externa referidos, por ejemplo, a las exigencias causales o al principio de buena fe, al mismo tiempo que apelan a criterios interpretativos propios del convenio colectivo. Pues bien, estos criterios interpretativos deben incardinarse en el marco de una aplicación restrictiva de una figura de naturaleza excepcional. A estos efectos, se analizará a continuación la doctrina constitucional sobre la inaplicación del convenio, en concreto, sobre la admisibilidad, desde la perspectiva de los derechos de negociación colectiva y tutela judicial efectiva, de la decisión o laudo arbitral de suspensión y sustitución del convenio colectivo.

[4] Que asumen una función decisoria y dirimente en materia de inaplicación de conformidad con el art. 82.3 ET, la Disposición Final 2ª ET, apartados 1 c), 2 y 3 del ET. Y en concreto así fue para la CCNCC que hasta entonces era un órgano tripartito de carácter consultivo, v. Art. 16 y ss. del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC.

[5] V. Estadística de convenios colectivos. Las inaplicaciones depositadas hasta 31 de diciembre de 2016 en el período enero-diciembre de 2016 fueron 1.326, que afectan a 32.064 trabajadores. La mayoría de las inaplicaciones se realizan en empresas de servicios y en empresas pequeñas, con menos de 50 trabajadores, prácticamente, la totalidad son descuelgues de convenios sectoriales (el 98,3%) y son aprobadas por acuerdo en el período de consultas (el 90,6%). Acerca del contenido de las inaplicaciones, en el 62,2% de los casos se altera sólo la cuantía salarial, aunque también se modifican otras condiciones de trabajo o una combinación de ellas.

## 2. LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ART. 82.3 ET

La STC 119/2014, de 16 de julio y por remisión a su doctrina, la STC 8/2015, de 22 de enero, resolvieron las impugnaciones formuladas frente al art. 82.3 ET por vulneración tanto de los arts. 37,1 CE y 28.1 CE como del art.24.1 CE. En concreto, no se cuestionaba todo el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo en él previsto, sino tan sólo el párrafo octavo del art. 82.3 LET en el que se atribuye una función decisoria dirimente a la CCNCC u órganos correspondientes de las comunidades autónomas. La inconstitucionalidad de la norma ya se había cuestionado ante la OIT[6] y ante la jurisdicción ordinaria, si bien las SSAN de 9/12/2013 y de 11/02/2014[7] rechazaron en dos ocasiones la presentación de cuestión de inconstitucional en relación con el citado párrafo del art. 82.3 ET.

Como punto de partida, es necesario destacar que la STC 119/2014 contiene dos importantes afirmaciones de carácter general, primera, que la regulación contenida en el art. 82.3 LET constituye una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET, segunda, que desde la perspectiva del art. 37.1 CE y el art. 28.1 CE, la intervención de la CCNCC en el procedimiento previsto por el art. 82.3 LET puede determinar, en efecto, una restricción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

Rechaza, sin embargo, el TC la infracción del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE) y del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) pues considera que la intervención de la CCNCC prevista por el art. 82.3 LET persigue un fin constitucionalmente legítimo, cual es, tanto el de garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), como la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general (art. 38 CE). En este sentido en primer lugar, se argumenta que al posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias empresariales adversas y sobrevenidas después de la aprobación del convenio, el propósito perseguido por el legislador ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo (STC 119/2014 FJ 5 A).

[6] Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT ratificado por el Consejo de Administración de la OIT (Reunión de los días 13 a 27 de marzo de 2014 (GB.320/INS/12)) en respuestas a las quejas planteadas por los sindicatos más representativos españoles frente a la reforma laboral de 2012. En concreto, la conclusión 464 señala que "la suspensión o derogación – por vía de decreto, sin acuerdo de las partes – de convenciones colectivas pactadas libremente por las mismas, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el art. 4 Convenio núm. 98 OIT.

[7] Rec. 339/2013 y Rec. 356/2013, respectivamente.

Y, en segundo lugar, la STC 8/2015, resumiendo la doctrina de la STC 119/2014, considera que la intervención de la CCNCC u órgano autonómico resulta razonable y proporcionada, teniendo en cuenta que constituye un remedio subsidiario, que en modo alguno desplaza o suplanta a la negociación colectiva y la decisión se atribuye a un órgano colegiado de composición tripartita y paritaria[8]. Por último, también valora el TC que la posibilidad de inaplicación de condiciones de trabajo se encuentre sujeta, tanto a limitaciones causales (concurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas y de producción), materiales (al poder afectar en exclusiva a las materias especificadas en el precepto impugnado) y temporales (su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa afectada), cuanto a un posterior control jurisdiccional[9].

Para salvar la constitucionalidad, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, el TC establece una doctrina interpretativa, pues el art. 82.3 párrafo octavo LET no lesionaría el art. 24.1 CE, "interpretado el precepto", en el sentido de que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral (STC 119/2014, FJ 5 A). Esta interpretación resulta obligada pues, según la doctrina constitucional, el arbitraje obligatorio no es conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el control judicial sobre el laudo se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral[10].

Por ello, el control judicial sobre la decisión o el laudo obligatorio de inaplicación convencional no se limita a aspectos externos o procedimentales, es decir, al enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral y sobre el carácter ultra vires de la

[8] Que está formado por representantes de la AGE y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, habiendo establecido la normativa los mecanismos precisos para garantizar su independencia e imparcialidad.

[9] Finalmente se rechaza la aplicación de la doctrina con relación a los arbitrajes públicos obligatorios establecida en la STC 11/1981, de 8 de abril, en tanto que la norma impugnada en el presente proceso constitucional presenta sustanciales diferencias respecto a la que en su día fue examinada por aquélla Sentencia.

[10] SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, (FJ 3); y 75/1996, de 30 de abril, (FJ 2). En efecto, la STC (Pleno) 174/1995 declaró por tal causa la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2, párrafo primero de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Para el TC se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, en cuanto se le ha sometido a un procedimiento arbitral del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin que haya prestado previamente su consentimiento para ello. Hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcance también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión.

resolución emitida, sino que se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, es decir, alcanza también a impugnaciones fundadas en la lesividad a terceros y en su ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta último motivo impugnatorio. En definitiva, la intervención judicial permite a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral, siendo así esta intervención de la CCNCC u órgano autonómico "en cuanto trámite previo al proceso" plenamente compatible con el art. 24.1 CE (STC 8/2015)[11].

Pues bien, desde la perspectiva de nuestro sistema de negociación colectiva, la valoración de estas sentencias conduce a afirmar que la doctrina del TC no resulta ajustada a los parámetros o cánones de control de constitucionalidad aplicables, como de forma extensa ha motivado el voto del Magistrado Valdés Dal-Re. Llama la atención especialmente que las sentencias asuman como premisa una eventual colisión entre el derecho a la negociación colectiva y la libertad de empresa y no analicen el contenido constitucionalmente garantizado por el art. 38 CE. Y, más concretamente, que se llegue a admitir la limitación del derecho a la negociación colectiva por una genérica defensa de la productividad de las empresas, sin que se haya argumentado cómo, en qué medida y por quién la defensa de la productividad empresarial debería ser garantizada, como contenido de la libertad de empresa[12].

No obstante lo anterior y sin perjuicio de la valoración que pueda merecer la fundamentación jurídica de las citadas sentencias constitucionales, es preciso atender a la doctrina por ellas establecida, a los efectos de identificar

[11] Se trata de un control judicial pleno, que, como aclara el TC, si estaría acotado a "aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional" y dentro de los cuales se desarrollaría el control sobre la concurrencia de las causas y sobre la adecuación a ellas de las medidas adoptadas. Ahora bien, el control judicial no podría alcanzar a aquellos contenidos de la decisión o laudo arbitral que resuelvan conflictos de intereses o económicos y que el TC identifica con los relativos a las concretas condiciones de trabajo establecidas pues la decisión y el Laudo pueden proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad, concretándose en todo caso la duración del período de inaplicación. De esta forma, el Tribunal Constitucional distingue entre los diferentes conflictos jurídicos y económicos que ha de resolver la decisión o laudo arbitral y el correspondiente alcance del control judicial sobre las referidas decisiones sobre inaplicación convencional, cuestiones que habrán de ser abordadas más adelante.

[12] El Magistrado Valdés Dal-Re discrepa de lleno "con la atribución de la naturaleza de intereses constitucionalmente protegidos a intereses de matriz exquisitamente privada, como son la competitividad y la viabilidad de cada empresa en particular". Acierta también el voto particular de Valdés Dal-Ré al rechazar la relevancia de las características legales del arbitraje obligatorio (la triple limitación causal, sustantiva y temporal, la subsidiariedad o el control judicial) desde la perspectiva del ajuste constitucional de esta medida pues, como se afirma, evidencia que el canon de proporcionalidad se agota en un juicio de legalidad, que en definitiva "esa razonabilidad se fundamenta en la existencia misma de los límites que legalmente habilitan".

criterios hermenéuticos para los diversos protagonistas de la inaplicación convencional, sujetos negociadores, órganos administrativos, árbitros y tribunales. Debe recordarse así que la doctrina constitucional define la inaplicación convencional como una excepción y delimita la admisibilidad constitucional de la intervención heterónoma sustitutiva de la autonomía colectiva, atendiendo a su carácter de intervención subsidiaria, desarrollada por un órgano imparcial y sometida a límites causales, sustantivos y temporales. De ello podrían deducirse algunas observaciones.

En primer lugar, debe prevalecer una interpretación restrictiva y literal del art. 82.3 LET por constituir su regulación "una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET. En segundo lugar, la inaplicación convencional solo puede ser admisible como "medida de adaptación" de las condiciones laborales, ante causas empresariales "adversas" y "sobrevenidas después de la aprobación del convenio", para "facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo" (STC 119/2014, FJ 5 A).La inaplicación convencional no sería admisible constitucionalmente fuera de tales parámetros, por ello, por ejemplo, el TS sólo admite la inaplicación del convenio en situación de ultraactividad sino lesiona el procedimiento de negociación colectiva[13] o se exige la actualidad y novedad de las causas justificativas de la inaplicación[14].

Y en tercer lugar, la inaplicación del convenio a través de una decisión o laudo, no resulta admisible si no se ha respetado la subsidiariedad de la intervención arbitral. En la aplicación de la doctrina constitucional, el TS ha dado valor sustantivo a la naturaleza subsidiaria de esta intervención, afirmando que sólo es posible cuando fracasa la negociación, lo que sólo acontece si ha existido una verdadera negociación entre las partes. La subsidiariedad, en buena lógica jurídica, exige que los previos escalones o requisitos se hayan superado con suficiencia. Únicamente cabe instar el pronunciamiento de terceros cuando ha fracasado la negociación; y esto último solo ha podido ocurrir cuando haya mediado verdadera negociación colectiva[15]. En definitiva, de la subsidiariedad de la decisión y laudo arbitral se deduce que las irregularidades procedimentales y no sólo la falta de las consultas o del cumplimiento de los trámites preceptivos previos, impedirán también una decisión estimatoria de la inaplicación del convenio colectivo.

[13] STS de 23/12/2015 (RJ 2015\6215), (FJ4).

[14] STSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514). SAN de 11/02/2014 (Rec. 356/2013) confirmada por STS de 23/09/2015 (Rec. 314/2014).

[15] STS de 15/09/ 2015 (RJ 2015\4734).

## 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA PREVISTA POR EL ART. 82.3 ET

El art. 83.2 LET permite inaplicar en la empresa determinadas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable sea este de sector o de empresa. Para analizar el ámbito de aplicación de esta medida se abordará, en primer lugar, el convenio colectivo objeto de inaplicación, su naturaleza jurídica, ámbito funcional y vigencia. En segundo lugar, se estudiarán las condiciones de trabajo que pueden ser inaplicadas a través de este instrumento. Previamente, hemos de hacer una breve referencia a la aplicación del procedimiento del art. 82.3 ET en el sector público, a la luz de la doctrina jurisprudencial.

Como han aclarado los órganos judiciales, el art. 82.3 ET no resulta aplicable, cuándo la inaplicación convencional opera *ope legis*, derivada de mandato legal, tal y como ha acontecido en relación con las restricciones salariales del personal laboral del Sector Público. En estos casos, la doctrina jurisprudencial ha declarado que los cambios en el contenido del contrato de trabajo que derivan del mandato de una Ley no necesitan implementarse a través del cauce del art. 41.ET o de la inaplicación de convenio contemplada en el artículo 82.3 ET. En estos casos, en los que existe una norma con rango de Ley que incide sobre el alcance de derechos previamente reconocidos en convenio colectivo, lo que viene a sentarse, con el reiterado aval de la jurisprudencia constitucional, es la necesaria preeminencia de la norma jerárquicamente superior[16].

Ahora bien, tal doctrina no se extendería a la inaplicación de otras regulaciones convencionales sobre derechos económicos, si no existe una norma legal que haya eliminado directa o indirectamente el beneficio económico de que se trate[17]. Esta cuestión hunde sus raíces en los problemas de aplicación del art. 82.3ET en el ámbito del Sector Público, y cuyo estudio desbordaría el objeto del presente trabajo[18]. Como se recordará la previsión del art. 38.8

[16] V. las sentencias citadas por STS de 26/11/2015 (Rec. 347/2014) y STS de 13/05/2015 (Rec. 80/2014).

[17] V. STS de 15/03/2017 (Rec.159/2016) que confirma SAN de 22/03/2016 (Rec. 23/2016) y declara la nulidad de la decisión unilateral de la empresa de no abonar a sus trabajadores, una prestación complementaria en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad o riesgo durante el embarazo, por suponer una inaplicación de Convenio sin seguir los trámites establecidos en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Como aclara la Sala, ni el RDL 20/2012, ni las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han restringido el complemento por IT y la equiparación de restricciones retributivas que se ha producido entre el personal laboral de la Administración General y el del sector público estatal (dentro del cual están los empleados de Ibermutuamur) no debe llevar a la equivocación de extender todas las normas restrictivas.

[18] Sobre el tema, J. Cruz Villalón, El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, en Temas laborales, 117/ 2012, pp. 13-56.

EBEP sobre suspensión de derechos reconocidos por pactos y acuerdos por razones de interés público se extendería por el RDL 20/2012, de 13 de junio, a los convenios colectivos del personal laboral (art. 32 EBEP). Ahora bien, la anterior solución queda limitada al ámbito de aplicación del EBEP, de ahí la importancia de la doctrina jurisprudencial antes señalada, pues la misma se extiende a todo el personal del sector público estatal.

### 3.1. El convenio colectivo afectado por la inaplicación

De partida, hemos de precisar en relación con el convenio afectado que a través del procedimiento previsto por el art. 82.3 ET no sería posible inaplicar simultáneamente varios convenios colectivos que eventualmente fueran aplicables en la empresa. La Audiencia Nacional declaró en relación con esta posibilidad que el régimen de inaplicación de convenios, regulado en el art. 82.3ET, no permite la inaplicación simultánea de todos los convenios provinciales aplicables en una empresa, aunque concurra causa y haya conformidad con la mayoría de los representantes unitarios de la empresa, porque la inaplicación del convenio constituye una excepción a la regla de eficacia general del convenio, de manera que su inaplicación solo podrá acordarse con los representantes de los centros de trabajo, a los que se aplicaba cada uno de los convenios, aplicándose el principio de correspondencia exigido por el art. 41.4ET[19].

Centrando ya nuestra atención en el convenio colectivo afectado, por lo que se refiere a la naturaleza del producto de la negociación colectiva cuya inaplicación se debe sustanciar a través del procedimiento del artículo 82.3 ET, este es exigible sólo e relación con los convenios colectivos estatutarios[20], y no para la modificación de convenios o acuerdos extraestatutarios[21], así por ejemplo se ha afirmado en el supuesto de que el convenio colectivo no hubiera sido registrado y publicado[22].

---

[19] SAN de 25/09/2014 (AS 2014\2803): En consecuencia, el acuerdo alcanzado es nulo pues ha utilizado fraudulentamente el procedimiento del art. 82.3 ET. Téngase en cuenta que si no se alcanza acuerdo, el paso siguiente de gestión de la discrepancia ante la comisión paritaria habría de resolverse por la comisión paritaria de cada convenio lo que podría dar lugar a resoluciones diversas.

[20] V. Decisión del Pleno de la CCNCC de 1 de agosto de 2013 (ex. 18/2013) que desestima la inaplicación propuesta del Reglamento de Previsión Social al acreditarse en el expediente la naturaleza de acuerdo estatutario. Frente a la pretensión de que tenía naturaleza de acuerdo para materias concretas, la CCNCC entiende que no consta que el Reglamento del Plan de Previsión Social haya sido comunicado a la Autoridad Laboral, registrado ni publicado en Boletín Oficial.

[21] V. Acuerdo CCNCC Pleno extraordinario de 12/09/2012, (ex. 09/2012,), en el que la CCNCC se ha declarado incompetente para conocer de la inaplicación del XVI convenio colectivo de la Industria Química por su carácter de extraestatutario. En el mismo sentido, y también respecto del CC de la Industria Química, vid STSJ Cataluña de 18/12/ 2013 (AS 2014, 1146).

[22] Incluso constando la legitimación plena de las partes negociadoras, v. STS de

Ahora bien, dado que el convenio colectivo no es el único producto susceptible de intervenir en la regulación de las condiciones de trabajo en la empresa y el legislador también regula otros productos negociales distintos del convenio colectivo a los que atribuye la misma eficacia que los convenios colectivos del Título III ET, la conclusión a la que ha llegado la doctrina judicial es que su modificación a iniciativa del empresario no puede llevarse a cabo por la vía del art. 41 ET, sino por el cauce previsto en el art. 82.3 ET[23]. Así se ha declarado expresamente que la inaplicación de un acuerdo, pactado en procedimiento de mediación ante el SIMA y publicado en el BOE, sólo puede instrumentarse por el procedimiento de inaplicación de convenio colectivo[24]. Igualmente, el art. 82.3 ET establece el procedimiento adecuado para inaplicar laudos dotados de la misma eficacia jurídica[25].

Más concretamente, esta cuestión también se ha suscitado en relación con los acuerdos o los laudos de inaplicación de convenios colectivos, es decir, si sería o no posible su modificación por el procedimiento del art. 41 ET, atendiendo a que el legislador no les atribuye la eficacia de un convenio colectivo estatutario[26]. Sea cual sea la razón para no dotarles de igual eficacia que el legislador otorga a los acuerdos y laudos relativos a la interpretación de los convenios colectivos[27], tal posibilidad debe ser rechazada, a mi juicio, pues, en este caso, la interpretación derivada de la literalidad de la ley conduciría a un resultado contrario a la propia regulación legal, que subvertiría el orden normativo estatutario[28]. El acuerdo y el laudo de inaplicación integran, modi-

22/01/2014 (RJ 2014, 1275) en relación con el «Acuerdo sobre Estructura y Contenidos del Convenio Colectivo Único de Heineken España SA.

[23] Deben ser objeto de inaplicación por el procedimiento del artículo 82.3 ET laudos, acuerdos de mediación y resoluciones de las comisiones paritarias, reguladas en el Título III ET y a las que el legislador reconoce eficacia jurídica de convenio colectivo, V. F. Cavas Martínez, "El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias" en Aranzadi Social núm. 11/2014. A. Roldán Martínez, M.M. Alarcón Castellanos, "El "descuelgue" y el concepto de convenio colectivo aplicable", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 176/2015.

[24] SAN de 31/10/2014 (Rec. 152/2014).

[25] La SAN de 4/07/2013 (AS 2013, 2940) admite que el proceso del art. 82.3 ET es el adecuado para inaplicar el laudo arbitral dictado en el conflicto planteado entre Iberia LAE, SAU, Operadora, y el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas, que derogó y sustituyó el VII convenio colectivo, ya que tiene la misma eficacia que el convenio colectivo derogado, a tenor con lo dispuesto en el art. 91.2 ET.

[26] SAN de 11/02/2014 (JUR 2014, 48758) niega carácter de convenio colectivo a la decisión dictada por la CCNCC y al laudo arbitral.

[27] Se ha afirmado que el ET no les atribuye igual eficacia que un convenio colectivo, lógicamente, pues se trata de una decisión dirimente resultante del arbitraje obligatorio de órganos con participación de las Administraciones públicas, M.E. Casas Baamonde, Mediación, arbitraje y período de consultas, en Relaciones Laborales, nº. 4/ 2013.

[28] No se comparte así el laudo arbitral recaído en el expediente 10/2013, que para acuerdos de empresa modificativos del convenio de empresa al tener naturaleza de acuer-

ficándolo, el convenio colectivo aplicable por lo que su modificación no puede alcanzarse a través de la vía de del art. 41 ET.

Es más, el acuerdo o el laudo de inaplicación tampoco pueden ser nuevamente inaplicados por la vía del art. 82.3 ET, salvo en circunstancias excepcionales, que determinen la concurrencia de nuevas causas no previstas en el anterior procedimiento de inaplicación[29]. Incluso, hemos de aclarar que tampoco puede ser objeto de inaplicación un acuerdo SIMA que ponga fin a un procedimiento de inaplicación convencional, en el que entre otras estipulaciones se haya dejado sin efecto la pretensión de inaplicación del convenio colectivo[30]. Este tema, que se ha suscitado en más de una ocasión en la práctica y relacionado con la reiteración de la solicitud de inaplicación se tratará más adelante.

Otra de las cuestiones que han de ser abordadas en este momento se refiere al ámbito del convenio colectivo objeto de inaplicación pues el procedimiento del art. 82.3 ET permite inaplicar en la empresa, el convenio colectivo aplicable, sea de sector o de empresa. Aunque en su configuración teórica la inaplicación convencional aparece vinculada a la imposibilidad de la empresa de asumir regulaciones supraempresariales y en cierta medida en estos términos también se expresa el TC al admitir la constitucionalidad de la misma, la literalidad de la ley no ofrece duda que la empresa puede solicitar la inaplicación del propio convenio y que pueden coincidir las partes del procedimiento de inaplicación con las firmantes del convenio colectivo. El convenio de em-

---

dos de empresa, no procedía la inaplicación por la vía del art. 83.2 sino del 41 ET.

[29] Decisión de la Comisión Permanente de 8/04/2014 (ex. 4/2014), la CCNCC por unanimidad no admitió la apertura de un nuevo procedimiento de inaplicación que pretendía afectar al contenido del laudo arbitral dictado en un procedimiento anterior, porque la empresa no había realizado una actividad probatoria o argumentativa que demostrara que las circunstancias económicas y productivas alegadas hubieran cambiado sustancialmente en los escasos meses transcurridos desde la emisión del Laudo arbitral, que se encontraba vigente hasta el momento en que fuera aplicable un nuevo convenio colectivo.

V. STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734); SAN de 11/02/2014 (Rec. 356/2013) Confirmada por STS de 23/09/2015 (Rec314/2014); SAN de 28/01/2013 (AS 2013\1071) que declaro ajustada a Derecho la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la propuesta de inaplicación de la empresa UNIPOST SAU.

[30] STS de 28/04/2016 (RJ 2350/2016) que confirma SAN que declara la nulidad del Laudo Arbitral de 3 de julio de 2014, dado que con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA con fecha de 21/02/2014 por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas. Tal acuerdo no fue respetado por la mercantil demandada que tampoco lo impugnó. Posteriormente, el proceso de descuelgue se sometió a la comisión paritaria del convenio sectorial que por unanimidad rechazó la pretensión empresarial, no siendo impugnado tampoco dicho acuerdo. La empresa sin embargo recabó la intervención de la CCNCC que actuó, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando árbitro cuya decisión por este motivo se anula.

presa objeto del procedimiento de inaplicación puede ser además un convenio empresarial de franja como se comprueba en la práctica[31].

Más allá de lo anterior, la doctrina científica se ha planteado la cuestión relativa a la posibilidad de inaplicar otros convenios colectivos, como pudieran ser los convenios de centro de trabajo o los convenios de grupo de empresa.

De partida, debe recordarse, que el art. 82.3 ET debe ser interpretado de forma restrictiva es decir en los propios términos utilizados por el legislador, en cuanto la inaplicación convencional actúa como excepción a la eficacia vinculante del convenio, por lo que debe ser excluida la extensión de tal inaplicación a convenios de ámbito inferior al de empresa. A estos efectos, puede traerse a colación la última jurisprudencia recaída en relación con el art. 84.2 ET que limita la preferencia aplicativa al convenio de empresa sin posibilidad de extensión al convenio de centro de trabajo[32]. En el mismo sentido, puede también alegarse que las referencias de la admisión constitucional de tal medida son siempre a parámetros relativos a una unidad económica empresarial, como la estabilidad, productividad, competitividad y proyecto empresarial[33]. Tanto la literalidad del art. 82.3 ET, como los términos en los que el mismo supera el test de inconstitucionalidad y el propio significado de esta medida, permiten plantear algunas dudas en torno a una interpretación a favor de la inaplicación del convenio colectivo de centro de trabajo[34].

Por el contrario, si sería asumible una interpretación favorable[35] por lo que se refiere a la eventual inaplicación de un convenio supraempresarial distinto del convenio de sector, pues aunque la referida naturaleza excepcional de

[31] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013) y SAN de 19/06/2013 (Rec. 211/2013) relativo a la inaplicación de condiciones del convenio entre la empresa AIR NOSTRUM y sus trabajadores pilotos.

[32] De conformidad con la doctrina jurisprudencial del TS recaída en relación con el art. 84 ET que niega la preferencia aplicativa a los convenio colectivos de ámbito inferior a la empresa: STS de 9/05/2017 (Rec. 115/2016) y STS de 22/09/2016.

[33] Como declararía el TC, el art. 82.3 LET al posibilitar la adaptación por la empresa de las condiciones laborales fijadas por el convenio a las circunstancias sobrevenidas constituye, una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET, cuya finalidad constitucionalmente legítima sería conjurar el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la "estabilidad de la empresa", "facilitar la viabilidad del proyecto empresarial·, "la productividad y competitividad empresarial" Sentencia núm. 119/2014 de 16 julio (FJ5).

[34] Para la interpretación amplia seguida por la doctrina, v. E. Castro Marín, El Descuelgue de Convenio Colectivo, Tirant lo Blanch, 2016 p. 224.

[35] V. J.M. Goerlich Peset, Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012, Tirant lo Blanch, 2012. p. 81; M.A. Castro Arguelles, op. cit., p. 212.

la norma impone una interpretación estricta, no puede considerarse contrario a la lógica y a los presupuestos causales del art. 82.3 ET, la posibilidad de que una empresa pueda pretender el descuelgue o inaplicación por ejemplo de un convenio de grupo de empresas.

Finalmente, hemos de señalar que en la práctica aplicativa del art. 82.3 ET se ha suscitado la pregunta de si es posible la inaplicación de un convenio colectivo denunciado, en situación de ultraactividad. De conformidad con el citado precepto, el convenio colectivo afectado por la inaplicación será el convenio colectivo aplicable y este es aplicable también durante su vigencia prorrogada y durante la fase de ultraactividad. La respuesta doctrinal a esta cuestión ha sido afirmativa a tenor de la propia literalidad del art. 82.3 ET al referirse al convenio aplicable y al indicar además que el acuerdo de descuelgue no podrá prolongarse más allá de que resulte aplicable el nuevo convenio en la empresa, por lo que se extendería también a la fase de ultractividad del convenio. De esta forma, puede afirmarse que no existiría, en principio, ningún límite temporal inicial ni final para activar la inaplicación del convenio durante su vigencia, aunque algún autor mostraba, acertadamente, cierta estupefacción. tanto en relación con una inaplicación en los momentos iniciales de la vigencia del convenio colectivo como, cuando ya denunciado y en fase de ultractividad, debe renegociarse un nuevo convenio colectivo[36].

En igual sentido la cuestión fue resuelta por la STS de 23/12/2015 que introduce no obstante una importante aclaración[37]. Para el TS es válido el descuelgue respecto del convenio colectivo en ultraactividad, toda vez que promover un proceso de descuelgue no constituye un claro fraude de ley, por cuanto, en todo caso, el descuelgue se produce respecto del convenio que está vigente, y no sustituye, ni limita el procedimiento ordinario de negociación de un nuevo convenio colectivo.

Por ello, aunque sea en principio posible la inaplicación de un convenio denunciado y en fase de ultractividad será preciso valorar si la petición de descuelgue no se alza como un mecanismo de presión empresarial durante el proceso negocial, en claro fraude de ley. Debe tenerse a estos efectos presente los estrictos términos en los que el TC ha formulado la admisibilidad

[36] V. J.M. Goerlich Peset, op. cit., p. 82. En efecto, durante la fase de ultraactividad del convenio colectivo, sería aplicable la regulación establecida por el art. 86.3 ET según la cual el mecanismo y los resultados de la negociación son diversos, de forma que podría rechazarse la aplicación del citado art. 82.3 ET, atendiendo al principio de aplicación preferente de la norma especial sobre la general, v ampliamente sobre el tema Laudo Arbitral (Andalucía) de 19/12/2012 (Ex. SNC/47/2012/Desc/01).

[37] RJ 2015, 6215. En igual sentido: STSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514).

constitucional de la inaplicación convencional, como medida dirigida a la adaptación de las condiciones de trabajo ante causas sobrevenidas.

### 3.2. Las materias concernidas por la inaplicación convencional

De conformidad con el art. 82.3 ET, la empresa podrá inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, que afecten a la jornada de trabajo, al horario y la distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial, al sistema de trabajo y rendimiento, a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39ET y a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social[38].

Como se sabe, la reforma de 2012 culmina un proceso de unificación y ampliación de las materias concernidas por este procedimiento, englobando la cuantía salarial junto a las condiciones de trabajo, que ya incluyen además de las funciones (introducidas por Ley 35/2010) la jornada y las mejoras voluntarias de Seguridad Social. Se trata de un listado amplio aunque cerrado que ha obligado a realizar una delimitación de las materias incluidas en el mismo.

Este listado de materias es un "numerus clausus"[39], pero como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial es susceptible de interpretación extensiva y así se ha considerado que las modificaciones convencionales relativas al descanso vacacional tienen cabida en la materia de distribución del tiempo de trabajo, incluida en el apartado b) del art. 82.3ET[40].

Por el contrario, también se ha aclarado, que aun partiendo de tal posibilidad de interpretación extensiva, la fecha de pago de los salarios y de las pagas extraordinarias no son materias susceptibles de incardinarse en el sistema de remuneración, motivo por el cual no caben dentro del mecanismo previsto en el artículo 82.3 ET. Al referirse expresamente el citado precepto al "sistema de remuneración y cuantía salarial" no hay posibilidad descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración (criterios o reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos) y la cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente le norma[41].

---

[38] Donde se incluyen por ejemplo los fondos de ayuda social: SAN 3/04/ 2017 (AS 2017, 560), así como los complementos por incapacidad temporal: SAN 22/03/2016 (AS 2016, 901).

[39] STS de 27/5/2013 (RJ 2013, 5712).

[40] SAN de 9/6/2015 (JUR 2015, 157995).

[41] SAN 7/04/2017 (AS 2017\382) (en relación con la solicitud del aplazamiento de la fecha de pago de la paga extraordinaria de Navidad así como del abono del salario pactado) Añade la Sala que en otro caso el legislador habría optado por referir "la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivos". La percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, no puede tener encaje en dicho precepto ya que se encuentra dentro

De otra parte, el art. 82.3 ET establece que "el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa". Lo anterior excluye de inaplicación aquellas regulaciones convencionales que aún referidas a cualquiera de las materias listadas, y no sólo a la cuantía salarial, se dirijan a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre las mujeres y los hombres. Esta salvedad a la técnica de inaplicación pese a su importancia no ha tenido transcendencia práctica, pues desde las representaciones sociales que actúan en los mismos no se exige, por ejemplo, a la empresa informe de impacto de género de la inaplicación convencional. Se trata, por lo demás, de una cuestión que, con alguna excepción, se encuentra inédita en la aplicación práctica del art. 82.3ET[42].

Finalmente, hemos de recordar que el art. 82.3 ET resulta aplicable aun cuando la modificación de la regulación convencional sobre alguna de aquellas materias no sea sustancial. Como se sabe, esta es una de las diferencias existentes entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo y la inaplicación de las materias reguladas en convenio colectivo, pues sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue[43].

---

de los derechos básicos de la relación de trabajo que el artículo 4.2 f) del ET reconoce a los trabajadores. Cuya liquidación y pago no podrá exceder de un mes (art.29 ET) y por lo que se refiere a las pagas extraordinarias, el artículo 31 ET concreta que una de las dos gratificaciones extraordinarias a las que tiene derecho el trabajador es con ocasión de la fiesta de Navidad, pudiéndose prorrateadas las pagas en 12 mensualidades, preceptos acordes con el mandato contenido en el artículo 12 del convenio nº 95 de la OIT.

[42] La cuestión sólo aparece reflejada de forma indirecta en la STSJ Cataluña 13/07/2016 (AS 2016\1514) que conoce la impugnación del laudo arbitral desestimatorio de la petición de inaplicación, entre otras causas, porque no se había acreditado por la empresa el impacto de género que podía tener la implementación de la medida, lo que iba en contra de lo dispuesto en el art. 82.3 ET. Por parte de la empresa se alegó que era incierto y que no había sido alegado por las partes durante las negociaciones previas al sometimiento a arbitraje este motivo. Para la Sala, en este caso y aun siendo cierto lo manifestado por la empresa, que podría tener encaje en la imposibilidad de que el árbitro resuelva sobre puntos no sometidos a su decisión, se puede considerar que se trata de un razonamiento "además de" para denegar el descuelgue, lo que no implica la nulidad del arbitraje sino el no tenerlo en consideración en la resolución del procedimiento.

[43] La STS de 29/06/2017 (RJ 2017,3363) señala que debe seguir el trámite del art. 83.2 del ET, aunque el cambio sea de escasa importancia, como el caso de los límites máximos de las comidas y cenas. V. SSTS de 30/06/2016 (RJ 2016, 3939) y de 17/12/2014 (RJ 2015, 1259).

## 4. EXIGENCIAS CAUSALES PARA LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL

En el régimen unificado de inaplicación convencional, establecido desde 2012, esta medida se encuentra sometida a la concurrencia de causas económicas técnicas organizativas o de producción. La causa económica se identifica con una situación económica negativa, por ejemplo por la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas (si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior). Se entiende que concurren causas técnicas, organizativas o de producción cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; y en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

En el vigente modelo el cambio en el presupuesto causal de la inaplicación convencional ha sido relevante pues, de conformidad con las previsiones anteriores, el descuelgue salarial del art. 82.3 ET sólo admitía motivación económica y, en las inaplicaciones genéricas del art. 41.6 ET, la exigencia de causa quedaba diluida ante la existencia de acuerdo colectivo. En efecto, en su redacción de 2010 el art. 82.3 ET permitía inaplicar en la empresa el régimen salarial previsto por el convenio de sector "cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma". Lo relevante pues no era tanto la concurrencia de la causa cuanto la finalidad alcanzada con la inaplicación del convenio colectivo[44], que era evitar un daño sobre la situación económica de la empresa que pusiera en riesgo el mantenimiento del empleo en la misma. Por su parte, el apartado 6 del art. 41 ET en su redacción de 2010 afirmaba que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET se podrá efectuar en todo momento por acuerdo entre la empresa y los representantes legales o sindicales de los trabajadores, en cuyo caso se entenderá que concurren las causas justificativas.

La actual regulación, de un lado, ha flexibilizado la causa económica y ha incluido expresamente causas técnicas organizativas y productivas para justificar la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo. Este cambio se inserta en la tendencia general de facilitar las medidas de flexibilidad interna y externa de las empresas pues la exigencia de causas empresaria-

[44] F. Valdés Dal-Ré, Hacia un derecho común de la flexibilidad interna, en Relaciones Laborales, 19-20/2012, p. 5.

les para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y para los despidos colectivos se han flexibilizado progresivamente, para facilitar su uso por las empresas, a la vez que la regulación legal ha perfeccionado su delimitación para hacer lo más objetivo posible el control judicial de concurrencia de las mismas.

Pero, de otro lado, en el vigente sistema de inaplicación convencional las exigencias causales cobran mayor importancia, al ser posible la inaplicación convencional al margen de acuerdo con los representantes, pues en la práctica jurisprudencial anterior ante la existencia de acuerdo no se desarrollaba un control causal de la inaplicación convencional.

Además, se establece la exigencia causal de forma paralela (y gradualista) con los diversos instrumentos de reordenación y reestructuración de plantilla, modificación sustancial, movilidad geográfica, suspensión, reducción de jornada y despidos objetivos[45]. Pues bien, esta reunificación de las causas de los diversos instrumentos de flexibilidad interna y externa en la empresa en la práctica ha determinado, por la comunicación de la doctrina judicial y jurisprudencial sobre el art. 41 ET y el art. 51 ET, una gran relevancia de la causa de la inaplicación convencional frente al régimen normativo precedente y consiguientemente un control judicial estricto de los presupuestos causales.

Ello se comprobará rápidamente al analizar la documentación que el empresario debe aportar, por ejemplo, para acreditar la concurrencia de la causa, en las consultas ante los representantes o posteriormente ante la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente. E igualmente se constata al abordar el control del cumplimiento del presupuesto causal tanto por las decisiones administrativas y laudos arbitrales como por los órganos judiciales.

En efecto, del marco normativo aplicable se deduce que la concurrencia de la causa exige acreditar y permite un control (administrativo y judicial) no sólo de la realidad de las causas alegadas por la empresa, sino que también, una vez constatada la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción, debe examinarse si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la inaplicación convencional pretendida por la empresa[46]. Además, la causa empresarial que justifica la inaplicación del convenio colectivo ha de ser real, actual y sobrevenida a la fecha de la firma del convenio.

[45] Por lo que podría sostenerse una cierta gradación entre las diversas medidas, aunque nada impide que puedan utilizarse simultáneamente, medidas de flexibilidad interna, inaplicación convencional y despidos, sin que el legislador haya previsto expresamente articulación alguna entre las mismas.

[46] SSAN de 2/11/2012 (AS 2013\ 5) y 28/01/2013 (AS 2013\1071).

En definitiva, el descuelgue convencional se caracteriza por la mayor transcendencia del elemento causal y las exigencias de razonable adecuación entre la causa y la inaplicación pretendida.

Ya hemos adelantado que en la aplicación de esta medida por los órganos judiciales ha cobrado protagonismo su vertiente de instrumento de flexibilidad interna para la empresa, lo que está determinando una importancia creciente del presupuesto causal justificativo del descuelgue del convenio colectivo. Tanto para las decisiones y laudos de inaplicación como para las resoluciones judiciales de control de las mismas, la exigencia causal está siendo un elemento clave para estimar o desestimar la pretensión empresarial de descuelgue. Como se podrá comprobar a lo largo de este trabajo, cuestiones relativas a la reiteración de la propuesta de inaplicación, al tiempo transcurrido desde el inicio del convenio, o incluso del plazo para presentar la solicitud ante la CCNCC, tras el fracaso de las consultas, se resuelven recurriendo al presupuesto causal, a su actualidad, carácter sobrevenido y suficiencia. En definitiva, hemos de adelantar la conclusión de que la estricta exigencia del presupuesto causal, seguida por las decisiones administrativas, los laudos arbitrajes y las decisiones judiciales, está determinando una aplicación restrictiva y, a mi juicio, acertada de una medida excepcional como es la inaplicación del convenio colectivo.

Baste por ahora lo apuntado, en relación con las causas justificativas de la inaplicación de un convenio colectivo, sin perjuicio de que el tema exigirá un tratamiento en otros apartados. La justificación causal del descuelgue propuesto se exige al empresario desde el inicio del procedimiento para la inaplicación convencional y en esa fase inicial será analizado después desde la perspectiva de la obligación de información y documentación exigida al empresario para acreditar la concurrencia de la causa alegada. Más adelante, al estudiar el control por parte de la CCNN o el órgano autonómico correspondiente de la concurrencia de la causa se concretará el contenido y alcance de esta exigencia causal.

## 5. PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DE CONDICIONES CONVENCIONALES

La inaplicación de las condiciones de trabajo fijadas por convenio colectivo está sometida a un procedimiento complejo que se estructura en distintas fases confiadas respectivamente, a la autonomía colectiva, a los órganos de solución extrajudicial de conflictos colectivos y finalmente a una intervención heterónoma y obligatoria a propuesta de una de las partes, de la CCNCC o de los órganos autonómicos correspondientes.

El art. 82.3 establece un proceso para la inaplicación del convenio que se inicia con el denominado "periodo de consultas" entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar que puede finalizar con acuerdo. En caso contrario y antes de acudir a la intervención externa y obligatoria se predisponen otras instancias de solución de la discrepancia que ayudan a la admisibilidad de aquella intervención. Se predispone así una doble solución escalonada para la gestión del desacuerdo, en primer lugar la intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo y en segundo lugar, la actuación de los órganos de solución autónoma de conflictos colectivos.

Este "complejo sistema legal para el descuelgue, estructurado en sucesivas etapas"[47], se estudiará, a lo largo de los siguientes epígrafes en tres apartados distintos. En este epígrafe se abordaran cuestiones comunes, relativas al ámbito en el que puede proponerse y por tanto negociarse la inaplicación convencional y los sujetos legitimados para ello, así como al papel que corresponde a los convenios colectivos para completar el procedimiento legal de inaplicación.

Previamente, hemos de aclarar que resulta admisible que un procedimiento de modificación sustancial ex art. 41 ET amplié su objeto, en la fase de consultas, iniciándose la pretensión de inaplicación del convenio colectivo, siempre que se cumplan todas las exigencias procedimentales del art. 82.3 ET[48]. De otra parte, debe también tenerse presente que el procedimiento de despido colectivo es un procedimiento adecuado para incluir propuestas empresariales de inaplicación convencional. Como ha señalado nuestro Tribunal Supremo es lícito negociar dentro de un mismo periodo de consultas medidas de flexibilidad interna y externa[49].

En definitiva, como ha declarado más concretamente el TS, es ajustado a derecho el laudo arbitral sobre inaplicación de condiciones de trabajo por causas económicas suficientemente fundamentado, por estar acreditadas las causas y haber existido negociación de buena fe en el período de consultas, pese a la negociación simultánea de la inaplicación convencional, una modificación sustancial de condiciones y un despido colectivo[50].

[47] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013).

[48] SAN de 21/09/2012 (Rec. 240/2012)(FJ4).

[49] Siempre que los sujetos legitimados para componer la comisión negociadora sean los mismos, pues se trata de una misma situación de crisis, lo que no admitiría negociaciones fragmentadas: STS de 16/09/2013 y SSAN de 20/05/2013 y 14/05/2014. A favor de esta posibilidad opera la remisión al art. 41.4 ET que determina un régimen unificado en cuanto a los sujetos legitimados para negociar todas estas medidas.

[50] STS de 23/09/2015 (RJ 2015\5512).

### 5.1. El ámbito de la inaplicación y los sujetos legitimados

El art. 82.3 ET permite inaplicar "en la empresa" condiciones de trabajo previstas en el convenio aplicable. Identificada en principio la empresa como el ámbito natural de la medida de inaplicación, el art. 82.3 ET es preceptivo, fuere cual fuere el número de los trabajadores afectados[51]. Esta afirmación nos conecta directamente con la pregunta de si la medida de inaplicación puede ir referida sólo a parte de la plantilla de la empresa. Esta posibilidad, admisible desde una perspectiva teórica, exige a la empresa, tal y como ha establecido la CCNCC, acreditar que la diferencia de trato entre trabajadores obedece a una justificación objetiva y razonable[52].

En segundo lugar, la cuestión que suscita el ámbito de afectación de la inaplicación del convenio colectivo es si serían admisibles ámbitos inferiores o superiores a la empresa, uno o varios centros de trabajo o un grupo de empresa, por ejemplo. En favor de tal posibilidad se ha argumentado la remisión del art. 82.3 ET al art. 87 ET (para determinar los sujetos legitimados para negociar el acuerdo de descuelgue), precepto que identifica el centro de trabajo y el grupo de empresas como unidades negociales.

Pues bien, partiendo de un interpretación restrictiva acorde con la naturaleza excepcional de esta medida, y a tenor del marco regulador y la remisión al art. 41.4 ET, resulta admisible que la afectación de la medida de inaplicación del convenio quede referida al centro de trabajo. Tanto el art. 82.3 ET, como el RD 1362/2012 por el que se regula la CCNCC hacen referencia a los centros trabajo al referirse al ámbito de afectación de la inaplicación de las condiciones de trabajo. Más claramente el art. 41.4 ET, al determinar los sujetos legitimados en el periodo de consultas, distingue según el procedimiento de modificación afecte a uno o a más centros de trabajo. En definitiva, el principio de correspondencia entre los sujetos legitimados, que son los definidos por el citado art. 41.4 ET, y el ámbito del acuerdo de descuelgue convencional lleva a igual conclusión, la admisión del centro de trabajo como ámbito de afectación de la inaplicación del convenio colectivo.

Ahora bien, la anterior conclusión debe completarse añadiendo, como ha apuntado ya nuestra doctrina, que la selección del ámbito de inaplicación no puede ser una decisión puramente discrecional sino que ha de presentar cierta razonabilidad, pues en caso contrario introduciría diferenciaciones injustificadas entre los trabajadores de una misma empresa. Y a estos efectos, se ha previsto diversa solución en relación con la procedencia del centro de trabajo como ámbito para la inaplicación convencional según se invoque una causa

[51] SAN de 9/6/2015 (JUR 2015, 157995).

[52] Expediente Inaplicación 03/2014, Decisión de desestimación por parte de la CCNCC.

económica, o causas técnicas organizativas o productivas, admitiéndose sólo en este último supuesto[53]. Téngase además presente que la admisión constitucional de esta medida hace referencia a parámetros relativos a la unidad económica empresarial como la estabilidad, productividad, competitividad y proyecto empresarial, que deben estar comprometidos aun cuando la medida afecte a un solo centro de trabajo.

Una consideración separada merece el grupo de empresas, ámbito que es relevante a los efectos de valorar la concurrencia de causa económica que justifique la inaplicación convencional. Ahora bien, que el grupo empresarial pueda ser ámbito de afectación del procedimiento de inaplicación convencional regulado por el art. 82.3 ET, posibilidad también avalada por la doctrina citada, puede suscitar alguna duda. De partida, el supuesto de hecho debe ser que un solo convenio resulte aplicable a todas las empresas del grupo, pues ya hemos hecho referencia a la dificultad del procedimiento del art. 82.3 ET para inaplicar más de un convenio colectivo. Partiendo de tal supuesto, sería preciso superar, en segundo lugar, los problemas derivados de la aplicación del art. 41.4 ET, precepto relativo a los sujetos legitimados y que no prevé tal ámbito de afectación. Finalmente, la interpretación restrictiva de una medida tan excepcional como el descuelgue convencional también abogarían por rechazar la admisión del grupo empresarial como posible ámbito de afectación[54].

Por lo que respecta a los sujetos legitimados en este procedimiento de inaplicación convencional, de una parte, el art. 82.3 ET remite al art. 87.1 ET a los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo, para determinar los sujetos legitimados para la adopción del acuerdo de descuelgue entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Sin embargo y de otra parte, el art. 82.3 ET remite al art. 41.4 ET para identificar, concretamente, a los sujetos legitimados como interlocutores ante la empresa en el procedimiento de consultas dirigido a alcanzar aquel acuerdo. Esta remisión a la regulación común para los procedimientos de consulta, concreta las reglas de determinación de los sujetos legitimados para negociar la inaplicación, esto es para constituir la comisión representativa de los trabajadores. Tal y como acontece en otros ámbitos, se constituirá un única comisión negociadora, si bien de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Y por lo que respecta a las empresas sin representación, las comisiones ad hoc serán los sujetos legitimados para negociar la inaplicación convencional.

[53] J.M. Goerlich Peset, op. cit., p. 67; F. Cavas Martinez, op. cit..

[54] La doctrina jurisprudencial en materia de despidos colectivos sobre grupos de empresa a efectos laborales y la legitimación del grupo empresarial laboral para promover un despido colectivo no resulta a mi juicio aplicable pues responde a una finalidad de tutela de los trabajadores que no concurre si lo que se pretende es ampliar el ámbito de afectación del descuelgue convencional.

En el tratamiento de los sujetos legitimados para negociar la inaplicación del convenio colectivo, el legislador de 2010 y de 2012 ha primado la perspectiva de instrumento de flexibilización, remitiendo al art. 41.4 ET y olvidando el mandato constitucional de garantizar la eficacia vinculante del convenio colectivo. En este sentido debe destacarse que las exigencias de legitimación negocial son el presupuesto esencial de la negociación colectiva estatutaria. La razón de ser de una normativa específica frente al genérico art. 41 ET, cuando la modificación afecta al convenio colectivo, en relación con su propia ubicación sistemática en el Título III ET, pierde su significado si sujetos no legitimados para negociar un convenio estatutario pueden acordar su inaplicación, especialmente, en una empresa que carezca de representantes de los trabajadores.

A mi juicio, el legislador laboral, de conformidad con el mandato del art. 37.1 CE, debería haber limitado los sujetos legitimados para negociar y acordar la inaplicación de un convenio colectivo a los representantes legales de los trabajadores legitimados para negociar, excluyendo por tanto esta posibilidad excepcional si no existen tales representaciones sindicales. Los acuerdos de inaplicación de un convenio colectivo estatutario alcanzados entre la empresa y las comisiones *ad hoc* están, en la práctica de nuestro sistema de relaciones laborales, lesionando el derecho a la negociación colectiva. No en vano, el TS había afirmado que la negociación de un convenio colectivo y la de su inaplicación poseen regulaciones, objetivos, presupuestos y procedimientos diversos pero comparten exigencias subjetivas (legitimación, representatividad) y conductivas (actuación de buena fe)[55], afirmación que sólo se ajusta a la realidad normativa, en relación con las exigencias de buena fe negocial.

### 5.2. Marco normativo: regulación legal y regulación convencional

Junto con la regulación legal definida por el art. 82.3 ET el procedimiento de inaplicación del convenio colectivo puede estar regulado por la negociación colectiva. Concretamente, el art. 41.4 ET al que remite el citado 82.3 ET, establece las reglas sobre el periodo de consultas "sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva"[56]. Al margen de la fijación en convenio de un procedimiento de inaplicación paralelo al fijado legalmente, la cuestión que abordaremos ahora es la del papel que corresponde al convenio colectivo para modalizar o completar el sistema legal de descuelgue.

[55] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[56] La fijación en convenio colectivo de procedimiento para la inaplicación del convenio alternativo al previsto legalmente está prevista en el V ASAC (7/02/2012) al delimitar su ámbito de aplicación.

A este respecto, el art. 85.3 c) ET dispone que los convenios habrán de expresar como contenido mínimos, los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a las que se refiere el art. 82.3 ET. De esta manera, la citada norma establece una llamada al convenio colectivo referida exclusivamente a los procesos para resolver las discrepancias de la fase de consultas, es decir, paradójicamente para facilitar la inaplicación del convenio colectivo.

La cuestión es pues determinar el ámbito propio del convenio colectivo en el marco del vigente sistema de descuelgue, teniendo en cuenta que, como ya se ha señalado, el mismo significó una reacción a una regulación precedente que otorgaba a los convenios un amplio margen de regulación del régimen de descuelgue salarial, siendo claro el espíritu de la norma de restringir el campo de juego del convenio colectivo[57]. De hecho, el único papel que la ley ha atribuido expresamente a los convenios colectivos en materia de inaplicación es la solución de discrepancias surgidas en los conflictos, es decir, propiciar o facilitar su inaplicación.

Pues bien, sin duda, lo anterior puede servir de argumento para avalar la doctrina judicial que otorgó prevalencia al art. 82.3 ET tras la reforma de 2012 frente a convenios colectivos vigentes, pero pactados con anterioridad, que establecían regulaciones más tuitivas de la intangibilidad del convenio colectivo, una doctrina judicial que permitió así a los empresarios seguir un régimen más fácil de descuelgue[58].

Sin embargo, por lo que se refiere a los convenios colectivos posteriores a 2012, y con independencia del espíritu de la reforma legal, estos pueden desarrollar regulaciones sobre inaplicación convencional dentro del espacio vital propio de la autonomía colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales. Por tanto, los convenios colectivos podrán desarrollar previsiones sobre la inaplicación del convenio, respetando las garantías fijadas por el art. 82.3 ET, por ejemplo, los mínimos de derecho necesario establecidos en relación con el ámbito de aplicación, las exigencias de legitimación y de adopción de acuerdos en el periodo de consultas, o la remisión a las diversas instancias fijadas para la solución de las discrepancias surgidas.

[57] F. Navarro Nieto, El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos, en Temas Laborales, 120/2013, p.250.

[58] Para la STSJ Andalucía, Granada, de 22/05/2013 (AS 2013\2006) el procedimiento establecido en el art. 82.3 ET, según redacción dada en 2012, prevalece sobre las previsiones del convenio colectivo, por lo que no se exigible, en este caso, el acuerdo unánime de la comisión paritaria; es lícita la reducción salarial aceptada por la mayoría de los representantes de los trabajadores, constando las causas económicas concurrentes.

Consecuentemente, en la medida que el convenio colectivo no puede afectar los mínimos de derecho necesario parece probable que la normativa convencional no pueda por ejemplo restringir el supuesto de hecho del descuelgue, ampliar las materias objeto de inaplicación definidas legalmente o limitar los sujetos legitimados. Por el contrario, si resultan admisibles, dentro del referido espacio natural del convenio, previsiones convencionales que imponen exigencias adicionales de comunicación a la Comisión paritaria del convenio tanto del inicio del procedimiento de inaplicación como de los acuerdos alcanzados; que concreten las causas económicas que justifiquen la solicitud de inaplicación convencional; o que, en relación con la resolución de las discrepancias en las consultas, disponen la preceptiva intervención de la comisión paritaria y, en su caso, el sometimiento a arbitraje vinculante del correspondiente servicio de mediación y arbitraje laboral[59].

Por lo que respecta a la intervención de los convenios colectivos en las exigencias causales, deben ser destacadas aquellas cláusulas convencionales que concreta la situación económica negativa determinante de la causa económica necesaria para la inaplicación del referido convenio[60]. Se trata de una intervención que complementa la regulación legal que es abierta o ejemplificativa en relación con las causas, ("en casos tales como" "entre otros"), y que concretamente en relación con la causa económica establece un numero abierto de ejemplos o supuestos determinantes de una situación económica negativa.

## 6. FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN

Ya se ha afirmado que la inaplicación convencional está sometida legalmente a un procedimiento complejo, que es de naturaleza privada en una primera fase confiada a la autonomía colectiva, la fase de las consultas/negociación dirigidas a obtener un acuerdo colectivo de descuelgue convencional. Dispone el art. 82.3 ET que por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4ET, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa.

[59] Capítulo III del Título Preliminar y Anexo VIII del VI Convenio General del Sector de la Construcción que remite al procedimiento establecido por el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos asumido por este convenio en su art. 116 (art. 17). Lo que significaría la remisión al Capítulo III del V ASAC.

[60] VI Convenio General del Sector de la Construcción, art. 16.

Como ha destacado nuestro Tribunal Supremo, la negociación de un convenio colectivo y la de su inaplicación poseen regulaciones, objetivos, presupuestos y procedimientos diversos pero comparten exigencias subjetivas (legitimación, representatividad) y conductivas (actuación de buena fe)[61], afirmación, sin embargo, que sólo puede compartirse, como ya hemos señalado, en relación con las exigencias de buena fe negocial.

### 6.1. Comunicación de inicio de la dirección de la empresa

El procedimiento de inaplicación convencional se iniciará por la dirección de la empresa mediante la comunicación de inicio de las consultas, dirigida a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con el art. 41.4 ET al que remite el art. 82.3 ET. Con carácter previo la dirección de la empresa debe comunicar a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de inaplicación, a los efectos de la constitución de la comisión representativa de los trabajadores, que deberá producirse en el plazo de 7 días (o 15 días si alguno de los centros afectados carece de representantes) desde la fecha de la referida comunicación. Una vez constituida la comisión representativa de los trabajadores, o en todo caso transcurrido el plazo para su constitución, la dirección de la empresa comunicará el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. La facultad de inicio corresponde pues al empresario, aunque de alguna regulación reglamentaria pudiera deducirse la posibilidad de inicio por ambas partes[62].

En esta fase del inicio del procedimiento de inaplicación convencional han surgidos ciertas dudas interpretativas, en relación con la inexistencia de un plazo desde la firma de un convenio colectivo para proponer su inaplicación y en relación con la posibilidad de reiterar este procedimiento a lo largo de la vigencia del convenio.

En efecto, ningún plazo desde el comienzo de la vigencia de un convenio limita la iniciación del procedimiento de descuelgue, pues la regulación legal no indica plazo alguno para que la empresa inicie el periodo de consultas para negociar el descuelgue del convenio aplicable, aunque si existen ejemplos en la práctica negocial anterior que fijaban límites temporales en torno a los 15 a 30 días desde la fecha de publicación del convenio colectivo. Sobre este tema hemos de tener en cuenta, que aunque la inaplicación de un convenio colectivo puede proponerse desde el momento de la firma del mismo, la doctrina judicial ha entendido que la inaplicación no resulta adecuada, por falta de causa,

[61] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[62] Disposición adicional cuarta 3 a) del RD 713/2010 de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, al disponer que solicitara el depósito la parte que inicio el procedimiento de inaplicación.

pues dado el poco tiempo transcurrido entre la vigencia del convenio y el inicio del procedimiento para su inaplicación parcial, no concurrían circunstancias sobrevenidas en dicho periodo de tiempo que justificaran el descuelgue[63].

Por lo que respecta a la posibilidad de una nueva propuesta de inaplicación de un convenio colectivo, ésta ha sido una cuestión planteada en la práctica en varias ocasiones. Tanto la CCNCC como los órganos autonómicos correspondientes han desestimado en ocasiones una nueva inaplicación convencional, igualmente por la falta de causa, en concreto, al no haber sido acreditada la concurrencia de causas nuevas y sobrevenidas que la justifiquen[64].

Con más detalle la cuestión ha sido también abordada en sede judicial declarándose que para que la existencia de una medida anterior de inaplicación convencional constituya un obstáculo para poner en marcha otra distinta, en un periodo temporal posterior, es preciso que, en el curso de la negociación de la primera, se haya producido un acuerdo colectivo que excluya tal posibilidad durante un determinado periodo posterior[65]. Además, se ha declarado también que a estos efectos, sería equiparable un acuerdo colectivo de descuelgue que excluya futuros descuelgues como un acuerdo colectivo en el que, entre otras estipulación, se deje sin efecto la pretensión de inaplicación del convenio colectivo[66].

Igualmente, en línea con lo afirmado en sede administrativa y arbitral, los órganos judiciales han aclarado que la aplicación de la nueva medida de inaplicación convencional será legítima sólo si se produce una alteración de las circunstancias que se tomaron en consideración en el procedimiento anterior. Y así, por ejemplo, se ha declarado que no es lícita nueva reducción

[63] STSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514), en un supuesto de inaplicación de parte del Convenio Colectivo de Empresa, basado en causas económicas.

[64] En el expediente 04/2014 la CCNC decidió por unanimidad la desestimación por falta de acreditación de la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que justifiquen una nueva reducción (no se acreditaba el empeoramiento de la situación económica de la empresa. El Laudo ICT 4/2014, de 29/01/2015 (Comisión Ejecutiva de CC del CRL de Cataluña) también desestima la solicitud porque no concurren causas nuevas sobrevenidas y diferentes de las anteriores que justifiquen una nueva inaplicación convencional, en este caso una nueva rebaja salarial.

[65] SAN de 11/02/2014 (Rec. 356/2013) confirmada por STS 23/09/2015 (Rec314/2014).

[66] STS 28/04/2016 (RJ 2350/2016) confirma SAN que declara la nulidad del Laudo Arbitral de 3 de julio de 2014, dado que con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA con fecha de 21/02/2014 por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas. Tal acuerdo no fue respetado por la mercantil demandada que tampoco lo impugnó. Posteriormente, el proceso de descuelgue se sometió a la comisión paritaria del convenio sectorial que por unanimidad rechazó la pretensión empresarial, no siendo impugnado tampoco dicho acuerdo. La empresa sin embargo recabó la intervención de la CCNCC que actuó, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando árbitro cuya decisión por este motivo se anula.

retributiva, puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras, amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve[67].

Además, la posibilidad de replantear una solicitud de descuelgue ha venido también rechazada por nuestro Tribunal Supremo, desde la perspectiva de la exigencia de buena fe negocial en el procedimiento de inaplicación. El TS ha declarado así que no puede haber buena fe si lo que se hace es replantear una negociación que ya había finalizado, en este caso sería legítima la negativa a negociar de los representantes de los trabajadores, lo que privaría de valor los ulteriores trámites, inclusive la decisión arbitral de la CCNCC (o del órgano autonómico equivalente). Será necesario que se estuviera planteando un problema nuevo en términos absolutos (materia) o relativos (agravamiento) para que sea viable una nueva propuesta de inaplicación convencional[68].

En definitiva, a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial, se comprueba que la exclusión (desestimación) de nuevas inaplicaciones se realiza desde la perspectiva de un control de fondo y se fundamenta en la falta de concurrencia de causas que justifiquen la inaplicación del convenio colectivo y en el incumplimiento del deber de buena fe durante las negociaciones para alcanzar un acuerdo, defectos que invalidan el procedimiento de inaplicación convencional.

### 6.2. Documentación para acreditar la concurrencia de la causa empresarial

Si bien el art. 82.3 ET no contiene previsión alguna y en esta fase de inicio del procedimiento de inaplicación convencional no resulta aplicable el RD 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, la doctrina jurisprudencial ha entendido que cabe considerar de obligada presencia tanto aquellos documentos que acrediten la concurrencia de las causas, como los que justifiquen las correspondientes medidas a adoptar y en todo caso, con carácter general, todos aquéllos que permitan cumplir con la finalidad del periodo de consultas

[67] SAN de 28/01/2013 (AS 2013\1071) resultando ajustada a Derecho la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la propuesta de inaplicación de la empresa UNIPOST SAU.

[68] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734). Como señala la Sala, la propuesta inicial era simple repetición de la anterior y así le fue puesto de manifiesto por los sindicatos; su negativa a negociar en ese procedimiento, aunque la empresa les instara a presentar contrapropuestas y en la última reunión incluso rebajara su propuesta, tenía amparo legal y priva de validez a los ulteriores trámites (inclusive la decisión arbitral de la CCNCC). El TS, en esta sentencia de 15/09/2015, recoge su doctrina sobre la buena fe en el caso de reiteración de negociaciones de un Convenio Colectivo (ex art. 89 ET).

Para nuestro Tribunal Supremo, la cuestión de la entrega de determinada documentación no tiene una configuración formal, sino que ha de ser examinada desde una óptica instrumental, en tanto se trate de garantizar el deber de negociar de buena fe, el cual, a su vez, habrá de exigir la puesta a disposición de la información necesaria que permita una efectiva negociación entre las partes. Es, pues, necesario analizar en cada caso en qué medida la parte social se vio privada de una información o documentación que resultara conveniente para poder formar su opinión y, por ende, diseñar su postura. A estos efectos, afirma que es una guía práctica de interés la que proporcionan los artículos 4 y 5 del R.D. 1483/2012 de 29 de octubre[69].

Con la exigencia documental anterior resulta coherente que el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC, establezca que, en el procedimiento para la solución de discrepancias surgidas en los procedimientos sobre la inaplicación, la solicitud vaya acompañada de la documentación relativa a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a cuyos efectos se tomará como referencia la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos[70].

Pues bien, también en materia de descuelgues convencionales la causa económica ha sido la alegada en más ocasiones para fundar y estimar la inaplicación propuesta, por ello resulta de interés destacar que a efectos de acreditar su concurrencia será relevante comprobar si la empresa se integra o no en un grupo de empresas con consecuencias laborales, y así se va a exigir que si lo que los demandantes quieren es defender la existencia de un grupo a efectos laborales, así debiera haberse expresado en la demanda, con aportación de los elementos fácticos en los que se basara tal pretensión[71].

---

[69] V. STS de 19/04/2016 (Rec. 116/2015) que recoge la doctrina jurisprudencial relativa a la documentación a aportar en un periodo de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo. De lo expuesto cabe deducir, que con independencia de que la documentación a aportar esté o no reglamentada para la adopción de una u otra medida de flexibilidad, dado que la aportación, aun cuando esté reglamentada, no se configura como un requisito "*ad solemnitatem*", la omisión de la misma dará lugar a la nulidad de la medida adoptada debida a la omisión de los requisitos del art, 41.4ET cuando, en primer lugar, dicho defecto haya sido denunciado por la parte social, reclamando la documentación en cuestión, y en segundo lugar, dicha omisión frustre las finalidades que son propias del periodo de consultas.

[70] Teniendo en cuenta que cuando las causas económicas alegadas consistan en una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, deberá presentar, además, la documentación que acredite que se ha producido dicha disminución durante los últimos dos trimestres consecutivos (art. 19 y art. 20 h).

[71] SAN de 11/09/2014 (AS 2014\2636).

### 6.3. El periodo de consultas y el deber de negociar de buena fe

La negociación de buena fe es un presupuesto o requisito exigido en la tramitación de las diversas medidas laborales que una empresa puede adoptar ante situaciones de crisis empresarial. Nuestra doctrina judicial y jurisprudencial analiza el comportamiento ex bona fide siempre que el legislador impone ese deber, con los mismos criterios, de modo que la doctrina recaída en pleitos sobre modificación sustancial son traídos a colación en los de despido colectivo o, ahora, la de despidos colectivos para casos de inaplicación convencional. Los criterios vertidos sobre el comportamiento adecuado cuando se negocia un convenio colectivo son también válidos para enjuiciar lo ocurrido si se trata del descuelgue[72].

Sobre la exigencia de la buena fe en los periodos de consulta legalmente establecidos se ha venido señalando, por las Salas de lo Social de nuestros Tribunales, más frecuentemente en relación con la modificación sustancial de condiciones de trabajo o con el despido colectivo, pero con criterios perfectamente trasladables al "descuelgue" que, si bien no cabe hacer formulaciones generales debiendo analizarse cada caso concreto, ha de examinarse el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones, debiendo excluirse la mala fe en los supuestos en que se acredita que se cumplieron los deberes de información, se producen numerosas reuniones y hay variación sobre las posturas iniciales de la empresa y, por el contrario, puede apreciarse la falta de buena fe cuando se da la doble circunstancia de la falta de información a la parte social y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio[73].

Más concretamente, por aplicación de los criterios judiciales sobre el deber de buena fe en el supuesto de reiteración de las negociación y como antes se señaló, el TS ha aclarado que no existe deber de negociar en el caso de reiteración de la propuesta de inaplicación, sino concurren causas nuevas que la fundamenten[74].

---

[72] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[73] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013) (FJ7). Esta sentencia anula y casa la SAN , de 19/06/2013 (AS 2013\3094) y declara la nulidad de la resolución de la CCNCC por la que se autoriza la inaplicación de determinadas condiciones del Convenio Colectivo de Pilotos, al haberse acreditado que en ningún momento Air Nostrum, SA negoció en el período de consultas las medidas de inaplicación del convenio, que promovió ante la CCNCC, y dicha actuación comporta una quiebra de la buena fe durante la negociación y constituye un fraude de ley.

[74] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734) que recibe la doctrina del TS sobre buena fe y reiteración de negociaciones que ha venido afirmando "después de intentada y fracasada la negociación de un Convenio Colectivo estatutario con la presencia de todos los legitimados para dicha negociación, la obligación de negociar de buena fe establecida en el art. 89ET no implica el deber de reanudar las negociaciones del convenio fallido, salvo cuando el promo-

Pues bien, las consecuencias de la falta de buena fe negocial durante las consultas previas a la decisión administrativa o al laudo arbitral sobre la inaplicación van a ser la nulidad de la resolución administrativa o del laudo arbitral. Dado el carácter subsidiario de esta intervención, la misma no es admisible en el caso de no haberse producido verdaderas consultas y una negociación real, es decir en el supuesto de un cumplimiento meramente formal de esta fase inicial del procedimiento previsto por el art. 82.3 ET. Ello determina, algún interrogante en relación con el ámbito de enjuiciamiento o el contenido de la decisión o del laudo arbitral, que habrá de abordarse más adelante[75].

## 7. EL ACUERDO COLECTIVO DE INAPLICACIÓN

La fase de consultas y negociación puede culminar con la adopción de un acuerdo colectivo que acepte en iguales o en distintos términos la inaplicación convencional propuesta por la dirección de la empresa. Los sujetos legitimados para la firma del acuerdo colectivo de descuelgue son, como se ha visto, los señalados por el art. 41.4 ET, precepto que también resultaría aplicable para determinar las exigencias de voto para la adopción de este acuerdo. A estos efectos, diferenciando el ámbito de aplicación del artículo 89.3 del E.T, relativo a la negociación del Convenio Colectivo, del que considera propio del artículo 41.4 del E.T, relativo a la modificación sustancial, incluyendo el descuelgue, el acuerdo por el que se pacta el descuelgue del convenio colectivo, requiere que la mayoría de los miembros de la comisión que lo suscribieron, representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores[76]. La validez del acuerdo también exige acreditar la válida constitución de las comisión ad hoc interna que suscribe el mismo[77].

---

tor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo.

[75] De partida, puede entenderse que el Árbitro en su laudo debe valorar si ha concurrido autentica negociación y en caso contrario desestimar la petición Pero el Árbitro tiene un mandato de arbitraje sometido a un marco normativo que no regula esta posibilidad, por lo que resulta dudoso que tenga competencia para por ejemplo desestimar la petición por irregularidades del procedimiento. Quizás lo más recomendable sea dejar constancia de tales dudas, que habrán de ser resueltas en su caso por el órgano judicial y cumplir el mandato legal de pronunciarse sobre las causas y su razonabilidad.

[76] STS de 14/05/ 2014 (RJ 2014\3863) declara la nulidad del acuerdo por el que se pacta el descuelgue del convenio colectivo, por no haberse acreditado que la mayoría de los miembros de la comisión que lo suscribieron representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores. Se trata de un acuerdo de descuelgue del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad adoptado entre la FALCON CONTRATAS Y SEGURIDAD S.A y comisión ad hoc externa sindicalizada.

[77] La SJS núm.2 Sevilla de 22/12/2016 (JUR 2017\14107) declara la ineficacia del Acuerdo de descuelgue del convenio estatal de seguridad privada suscrito entre la empresa KAPPA

El acuerdo de descuelgue, firmado por los sujetos legitimados y de conformidad con las exigencias que para su adopción determina el art. 41.4 ET, se ha entendido en alguna ocasión válido, incluso en el supuesto de que el procedimiento seguido no haya sido el previsto por el art. 82.3 ET sino el procedimiento para la modificación sustancial de condiciones del trabajo. El problema ha surgido concretamente cuando el acuerdo que pone fin al período de consultas seguido bajo un único expediente (de modificación sustancial de condiciones) se adopta respecto a materias de contenido diverso en función de su origen (a los efectos de aplicar uno u otro procedimiento (art. 41ET y art. 82.3 ET). A favor de su validez se ha argumentado que una vez alcanzado un acuerdo entre los representantes legales de los trabajadores y la representación empresarial, dicho acuerdo subsana todos aquellos defectos formales de relevancia menor y que no impliquen una clara indefensión de los intereses de alguna de las partes, indefensión que no se puede razonablemente predicar de un supuesto en el que además el acuerdo fue sometido al voto favorable de la Asamblea de trabajadores[78].

A continuación, de forma separada, se abordarán las cuestiones relativas al contenido y la eficacia de los acuerdos colectivos y a su impugnación judicial[79].

### 7.1. Contenido y eficacia del acuerdo colectivo de inaplicación

El acuerdo de descuelgue deberá hoy determinar con exactitud las nuevas condiciones aplicables y su duración. Esta exigencia de contenido determina la posibilidad impugnación del acuerdo de descuelgue, en caso de incumplimiento de la misma.

---

VIGILANCIA Y PROTECCIÓN S.L. y una comisión ad hoc interna, por no haberse acreditado que los miembros de la representación ad hoc hubieran sido elegidos democráticamente.

[78] STSJ de Cataluña de 20/12/2016 (AS 2016\1956). La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña estudia para rechazarlo el argumento contrario a la validez del acuerdo de que podría considerarse que la negociación llevada a cabo durante el período de consultas (más allá de su referencial identidad -artículo 82.3 en relación con el 41.4 ET) parte de una posición asimétrica de los negociadores, atendiendo a la unilateral imposición de la medida. Pero para ello sería exigible la introducción de aquellos datos de los que objetivamente poder inferir el apuntado desequilibrio negocial de las partes y que el mismo se hubiera alegado.

Esta sentencia se aparta, dado el carácter no vinculante atribuible a los pronunciamientos *obiter dicta*, de lo afirmado por la SAN de 12/06/2013 (AS 2013, 1614) si "el acuerdo impugnado hubiera supuesto la inaplicación del convenio colectivo debería haberse seguido obligatoriamente el procedimiento regulado en el art. 82.3 ET y no el del art. 41.4 ET, puesto que el acuerdo final no subsanaría la omisión de un procedimiento exigido legalmente, que es objetivamente distinto al previsto en el art. 41.4 ET ". Dicha SAN fue confirmada por la STS de 23/06/2015 sin que en la misma se recoja un razonamiento similar y de análogo carácter.

[79] Finalmente, la ley exige el depósito del acuerdo, dando cumplimiento así al requisito previsto en el art. 2.1.h del citado RD 713/2010, pero no exige el registro ni su publicación en diario oficial. Se aparta así de la tramitación de los acuerdos que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo.

No han de establecerse pues las causas empresariales que justifican la inaplicación dentro del contenido del acuerdo, lo que es coherente con la presunción de concurrencia de las mismas y sin perjuicio de que sobre las causas hayan debido versar las consultas y así deba resultar acreditado en las actas de las mismas[80]. En relación con el presupuesto causal para la inaplicación de convenio colectivo, cuando se alcanza un acuerdo colectivo, la regulación legal opta por presumir la existencia del mismo y limitar los motivos impugnatorios, tal y como ocurre para la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Cuando el periodo de consultas, señala el art. 82.3 ET, finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Por ello, la doctrina judicial ha excluido, en caso de acuerdo, el control judicial sobre la concurrencia de tal causa, o en otras palabras ha afirmado que obtenido el acuerdo, resultaría inexacta *ex lege* la afirmación judicial sobre la inexistencia de causa[81].

Pues bien, el contenido del acuerdo de descuelgue deberá hoy determinar con exactitud las nuevas condiciones aplicables y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulta aplicable un nuevo convenio. La regulación de 2010, aunque solo concretaba el contenido del acuerdo de descuelgue salarial, era más amplia al exigir que, además de precisar con exactitud la retribución de los trabajadores durante el periodo de descuelgue, se estableciera la programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas afectadas por el descuelgue.

Aunque nada diga el legislador, el acuerdo de descuelgue también debe concretar su ámbito de aplicación funcional, personal y temporal. En este último aspecto, si concreta el art. 82.3 ET, que su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulta aplicable un nuevo convenio. Se disipa así toda duda sobre la posibilidad de que el acuerdo de descuelgue esté vigente también durante la fase de ultractividad del convenio inaplicado o suspendido.

Ahora bien, este sería el ámbito temporal máximo del acuerdo de descuelgue que puede establecer un plazo de duración inferior al de vigencia del convenio afectado, pues el descuelgue podrá estar vinculado a la evolución de las causas que justificaron la adopción de esta medida, también si lo es por acuerdo con los representantes de los trabajadores. En todo caso, debe señalarse que los efectos del acuerdo de descuelgue no podrán extenderse

[80] A los efectos que de las mismas resulte un cumplimiento real de la fase de consultas, exigible para la intervención de la CCNCC o del órgano autonómico equivalente, que es de carácter subsidiario.

[81] STSJ de Madrid de 28/02/2014 (AS 2014\971) aplicando al art. 82.3 ET doctrina de la STS de 27/05/2013 (RJ 2013, 5712).

más allá de lo previsto por las partes, pues se trata de un pacto previsto para una situación coyuntural, que no puede extenderse en el tiempo más allá de lo acordado expresamente[82].

En numerosas ocasiones, la cuestión suscitada ha sido si el acuerdo de inaplicación puede establecer su eficacia retroactiva, pues nada dispone el art. 82.3 ET sobre el momento a partir del cual el acuerdo de descuelgue ha de producir sus efectos. Esta cuestión ha recibido una respuesta negativa por parte de nuestros Tribunales. Se ha señalado al respecto que si bien es cierto que el art. 82.3 ET no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo, la existencia de esa restricción legal está implícita en el texto de la norma del que se infiere que esa inaplicación, el descuelgue o apartamiento de lo acordado en convenio sólo puede tener efectos a partir del momento en que se acuerda. El «descuelgue» o apartamiento del convenio colectivo es algo que, como su propio nombre indica, sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, actúa hacia el futuro[83]. Y así se recuerda que no estamos ante un convenio colectivo negociado con plena libertad y autonomía que fije su vigencia, cual requieren y autorizan los artículos 85.3.a) y 86.1 del ET, sino ante un simple acuerdo, por el que se concierta la inaplicación del ciertas condiciones del convenio colectivo de aplicación, lo que comporta que los efectos temporales del acuerdo, su vigencia, sea distinta por existir limitaciones que los negociadores de ese pacto deben respetar[84].

Finalmente, hemos de señalar que una de las cuestiones más debatidas doctrinalmente sigue siendo la de la eficacia de este acuerdo colectivo, toda vez que el art. 82.3 ET no le atribuye la misma eficacia del convenio colectivo que inaplica, es decir, de un convenio colectivo estatutario[85]. La regulación puede resultar incluso incoherente, si se tiene en cuenta que los acuerdos de interpretación y aplicación del convenio colectivo logrados a través de la mediación tienen la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos estatutarios (art. 91.2 ET) así como las resoluciones de la comisión paritaria del convenio colectivo (art. 91.4 ET). Sea cual sea la razón que haya tenido el legislador para no dotarles de la misma eficacia que otorga a los acuerdos relativos a la interpretación de los convenios colectivos, lo cierto es que nuestra doctrina de forma mayoritaria se ha mostrado favorable a considerar que

[82] Expirado el plazo de vigencia fijado en el acuerdo, este no puede entenderse prorrogado durante la fase de ultraactividad del convenio colectivo: STSJ deAndalucía (Sevilla), de 6/04/2017 de 6 abril (AS 2017\120).

[83] STS de 6/05/2015 (Rec 68/2014).

[84] SSTS de 6/05/2015 (RJ 2015, 2411); 7/07/2015 (RJ 2015, 3245); 16/09/2015 (RJ 2015, 4530) y de 23/12/2015 (Rec. 28/2015); STSJ de Madrid, 14/03/2017 (AS 2017\753).

[85] V.M. Correa Carrasco, Acuerdos de empresa, Francis Lefebvre, 2012.

estos acuerdos tengan la misma naturaleza jurídica que el convenio colectivo que modifican pues, en definitiva, una vez acordados, pasarían a integrar el contenido de aquel, estarían vinculados por su propia vigencia temporal, que no pueden sobrepasar, es decir, integrarían el bloque normativo regulador de las condiciones de trabajo en la empresa[86].

### 7.2. La impugnación judicial del acuerdo de inaplicación

A pesar de la ausencia de previsión normativa específica sobre el procedimiento para su control judicial, este acuerdo colectivo puede ser objeto tanto de impugnación directa como de impugnación indirecta. El procedimiento adecuado para la impugnación directa es, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, el procedimiento de impugnación de convenios colectivos previsto en el art. 163 y ss. LRJS[87].

Por lo que respecta a los motivos impugnatorios hemos de recordar que el art. 82.3 ET establece que el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores únicamente podrá impugnarse por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a la hora de concluirlo. Sin embargo y como ha sido matizado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en supuestos muy similares, lo que esta disposición nos indica es que la ley distingue entre la validez del acuerdo por vicios en su conclusión y la validez de todas y cada una de las modificaciones convencionales y contractuales que en el se acuerdan, de forma que limita la posibilidad de impugnar el acuerdo por la no concurrencia de las causas que justifican las modificaciones que en el se conciertan, pero no restringe, ni recorta, la posibilidad de impugnar o rebatir la validez de las modificaciones acordadas, así como la de pedir una interpretación de las mismas que se ajuste a lo dispuesto en la Ley[88].

En concreto, el acuerdo colectivo de descuelgue puede ser combatido por vicios procedimentales, así por defectos en la constitución de la comi-

---

[86] F. Navarro Nieto, op. cit., p. 276, E. Castro Marín, op. cit., p.69. Como ha señalado el TS "con estos mecanismos jurídicos se produce una función reguladora análoga a la de los convenios colectivos, modificando lo pactado o incorporando nuevas condiciones de trabajo con eficacia general" STS 26/10/2015 (RJ 2015\5443).

[87] SSTS 26/10/2015 (RJ 2015, 5443) y 28/04/2016 (RJ 2016, 2146). Así parece también deducirse del trabajo de R. Bodas Martín, Modalidades procesales, proceso de conflicto colectivo e impugnación de convenio colectivo, en AAVV., Lecciones de Jurisdicción Social, Tirant lo Blanch, 2016, p. 508.

Sobre impugnación directa del acuerdo de descuelgue convencional por el procedimiento de conflictos colectivos, por ejemplo, v. STS de 16/09/2015 (RJ 2015,4530).

[88] STSJ del País Vasco, de 13/12/2016 (AS 2016\1997) aplicando SSTS de 7/07/2015 (RJ 2015, 3245) y de 16/09/2015 (RJ 2015, 4530). Es preciso destacar que esta sentencia se dicta en un procedimiento individual de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

sión representativa de los trabajadores[89], falta de mayoría de representantes para su adopción[90], así como por inexistencia de un proceso negociador real, (atendiendo al número de las reuniones y las posiciones de las partes allí expresadas)[91], o por no respetarse el período de consultas, (no fijar la duración del mismo y no comunicarlo a la Comisión Paritaria)[92].

Sin embargo, sobre la cuestión relativa al control judicial del acuerdo colectivo, desde la perspectiva de los defectos del procedimiento de inaplicación, debe señalarse que existen otros pronunciamientos judiciales en los que el mismo sólo se admitíría en términos relativos, afirmándose así que habría que acoger "una interpretación no formalista del requisito de «consulta previa», atendiendo más al resultado material del acuerdo que a los aspectos escrupulosamente reglados de su desarrollo"[93].

Como hemos señalado, el acuerdo puede ser objeto de impugnación directa e indirecta. Además de la impugnación directa del acuerdo por el procedimiento de impugnación de convenio colectivo por los trámites del procedimiento de conflictos colectivos (art. 153.2 LRJS)[94], en muchas ocasiones, los

[89] STS de 16/11/2015 (RJ 2015\6256) que confirma la nulidad de acuerdo alcanzado por la falta de representatividad de la comisión negociadora compuesta por el comité de empresa de centros varios que no abarca a la totalidad de los centros afectados en los que algunos cuentan con representantes propios y otros carecen de representantes, por no ser válido el período de consultas y por haberse negociado de mala fe. SJS núm.2 Sevilla de 22/12/2016 (JUR 2017\14107) que declara la ineficacia del Acuerdo de descuelgue del convenio estatal de seguridad privada suscrito entre la empresa KAPPA VIGILANCIA Y PROTECCIÓN S.L. y una comisión ad hoc interna, por no haberse acreditado que los miembros de la representación ad hoc hubieran sido elegidos democráticamente.

[90] STS de 14/05/ 2014 (RJ 2014\3863) declara la nulidad del acuerdo por el que se pacta el descuelgue del convenio colectivo, por no haberse acreditado que la mayoría de los miembros de la comisión que lo suscribieron representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores. Se trata de un acuerdo de descuelgue del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad adoptado entre la FALCON CONTRATAS Y SEGURIDAD S.A y comisión ad hoc externa sindicalizada.

[91] STSJ de Islas Canarias, (Las Palmas) de 21/06/2016 (AS 2016\1667). En un caso de impugnación directa del acuerdo por el procedimiento de conflictos colectivos se ha declarado su nulidad del acuerdo por tal causa.

[92] STSJ de Galicia, de 29/04/2016 (JUR 2016\120513).

[93] STSJ de Asturias, 28/03/2014 (AS 2014\954) con cita de STS de 27/05/2013 (RJ 1013/5712). La Sala del TSJ de Asturias afirma en la sentencia (FJ 3) que entre las causas de impugnación, cuando hay acuerdo, no se incluye posibles defectos de procedimiento.

[94] Impugnación directa que también estaría sometida al plazo de prescripción de una año a partir de que las partes legitimadas para efectuarlo tuvieron conocimiento del mismo: STS de 16/09/2015 (RJ 2015,4530) en base la doctrina de la STS 10/03/2003 (RJ 2003, 3570).

V. STS de 7/03/2017 (Rec. 89/2016) sobre el procedimiento de impugnación de convenio colectivo ex art. 163 LRJS como el procedimiento adecuado para impugnar un acuerdo de empresa (con valor de convenio).

acuerdos son objeto de control a través de impugnaciones individuales de los trabajadores frente a los actos de aplicación, ya sea mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 138 LRJS como mediante el procedimiento ordinario.

Como se sabe aunque el legislador, en relación con el acuerdo alcanzado (a diferencia de lo previsto para el caso de las modificaciones sustanciales (art. 41ET y 138 LRJS) o para los despidos colectivos (art. 51ET y 124.13 LRJS) no prevé expresamente la acción individual para impugnar el acuerdo de inaplicación, la doctrina científica y judicial entienden que no existe impedimento para plantear tal pretensión por el cauce del proceso ordinario, pues el régimen aparentemente excluyente que deriva del art. 82.3ET debe entenderse en el sentido de que los trabajadores individualmente considerados carecen de acción directa para impugnar acuerdos de descuelgue o laudos.

Tal regulación no puede impedir, sin embargo, que los actos de ejecución que afecten a cada trabajador puedan ser objeto de cuestionamiento mediante el correspondiente proceso ordinario[95]. Por ejemplo, y más concretamente se ha afirmado la legitimación activa para impugnación judicial individual, por parte del trabajador afectado la inaplicación o descuelgue salarial cuando se alega la ineficacia del acuerdo del descuelgue en materia salarial derivada de la defectuosa constitución de la comisión negociadora «ad hoc», por falta de convocatoria de todos los trabajadores para la elección de la misma, ante la desidia e inoperatividad del delegado de personal[96].

Pues bien, el problema interpretativo que ha surgido en más de un supuesto ha sido el relativo a la determinación del plazo y del *dies a quo* del cómputo, para interponer la acción individual. En concreto, se ha rechazado que el ejercicio de tal acción esté sometido preceptivamente al cauce del art. 138 LRJS y la acción al plazo de caducidad previsto en el art. 59.4 del ET. Téngase en cuenta que el propio art. 59.4 ET, en consonancia con el art. 138.1 LRJS, señala que el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de la notificación de la decisión empresarial, notificación que no existe porque no lo impone el legislador, que no prevé de forma expresa la notificación individual a los trabajadores (como sí lo hace en el art. 47 respecto de la suspensión y la reducción de jornada o el artículo 41 respecto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo o el art. 51 para el despido colectivo). Finalmente, hemos de señalar que no es equivalente a la notificación individual la presen-

[95] STSJ de Andalucía de 3/06/2015 (AS 2015\1669). STSJ de Galicia, de 29/04/2016 (JUR 2016\120513) dictada en procedimiento ordinario por reclamación de cantidad, dado que la trabajadora desconocía la existencia de un acuerdo de descuelgue salarial del que tiene conocimiento en el acto del juicio.

[96] STSJ Islas Canarias (Las Palmas), de 10/02/2017 (AS 2017\737).

tación y depósito de tal acuerdo ya que tales actos no atribuyen publicidad, la cual solo se obtiene mediante la publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

En definitiva, la acción de impugnación individual frente a los actos aplicativos del referido acuerdo de inaplicación convencional estaría sólo limitada por el plazo general de prescripción anual. Así, se ha declarado que la acción de impugnación está sujeta al plazo de prescripción de un año, que se computa desde que los sujetos legitimados para efectuarlo tuvieron conocimiento del acuerdo[97].

Finalmente, en relación con la impugnación individual por los trabajadores afectados, hemos de señalar que no resulta admisible la acción resolutoria ex 41.3 ET o ex art. 50. 1.a) ET. En efecto, no se garantiza a los trabajadores afectados la rescisión indemnizada del contrato de trabajo previsto para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo generadoras de perjuicios, en los supuestos de inaplicación de las condiciones establecidas en convenio colectivo[98].

De hecho, el TS[99] ha identificado como una de las diferencias entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el descuelgue del convenio que en determinados casos de modificación sustancial el trabajador que resultase perjudicado puede rescindir su contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses". Aunque alguna sentencia se pronuncie en otro sentido[100] este es el sentir mayoritario de la doctrina judicial[101]. En todo caso no puede dejar de señalarse que en oca-

[97] STS de 16/09/2015 (RJ 2015,4530) admite la posibilidad de aplicar la prescripción de la acción para impugnar el Acuerdo, a partir de que las partes legitimadas para efectuarlo tuvieron conocimiento del mismo, en base la doctrina de la STS 10/03/2003 (RJ 2003, 3570).

[98] STSJ Islas Baleares de 26/02/2015 (AS 2015\904): El descuelgue salarial en aplicación del art. 82.3 ET habiéndose alcanzado acuerdo no es causa que justifique la extinción indemnizada del contrato, teniendo en cuenta además su carácter temporal. STSJ Islas Canarias, (Santa Cruz de Tenerife) de 25/05/2015 (JUR 2015\250724) denegación de la opción por la rescisión indemnizada al tratarse de una modificación establecida en Convenio Colectivo.

[99] SSTS de 30/6/2016 (RJ 2016, 3939) y de 17/12/2014 (RJ 2015, 1259) (FJ4).

[100] STSJ de Andalucía, (Sevilla) de 3/06/2015 (AS 2015\1669) afirma la posibilidad de que el trabajador afectado por el acuerdo de inaplicación del Convenio puede instar la rescisión indemnizada de su contrato de trabajo.

[101] STSJ Navarra de 21/04/2016 (AS 2016\1052): el acuerdo de descuelgue salarial adoptado al amparo del art. 82.3 del ET no otorga el derecho a la extinción indemnizada del contrato del trabajo, dado que, en aplicación de la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos, éstos siguen siendo de obligado cumplimiento cuando se modifican a través del procedimiento previsto en el art. 82.3 del ET. Así se han pronunciado sentencias tales como las de la Sala de Social del TSJ de Madrid de 29/09/2014 (JUR 2014, 291175); Canarias 25/05/2015

siones la solución es más compleja pues los acuerdos pueden contener tanto una modificación sustancial de condiciones de trabajo como el descuelgue de condiciones fijadas en convenio colectivo[102].

## 8. GESTIÓN DEL DESACUERDO ANTE LA COMISIÓN PARITARIA Y ANTE LOS ÓRGANOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS

En caso de no alcanzarse el acuerdo colectivo de inaplicación en la fase de consultas, el 82.3 ET establece que se podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio; de no haberse solicitado la intervención de la comisión o solicitándola no fuese posible el acuerdo deberán las partes acudir a "los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante". Se predispone así una doble solución escalonada para la gestión del desacuerdo, antes de solicitar la inaplicación a la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente, en primer lugar la intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo y en segundo lugar, la actuación de los órganos de solución autónoma de conflictos colectivos.

Por su parte, el art. 85.3 c) ET dispone como contenido mínimo de los convenios colectivos, los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo. De esta forma, se completa el sistema de gestión del desacuerdo con los sistemas propios establecidos por el convenio colectivo afectado, que también son posibles. Lo anterior sin perjuicio de que esta regulación convencional necesaria sirva para dar cumplimiento a la adhesión expresa que los acuerdos interprofesionales de solución extrajudicial de conflictos establecen[103].

(JUR 2015, 250724) y 22/06/2015 (Rec. 992/2014); o Extremadura de 18/02/2016 (JUR 2016, 55951).

[102] Como en el supuesto de hecho de la STSJ de Islas Baleares de 2/03/2016 (AS 2016\667).

[103] La decisión al respecto en relación con establecer un sistema propio de resolución de las discrepancias o adherirse a los procedimientos establecidos a nivel autonómico y estatal, corresponderá al convenio colectivo.

### 8.1. Gestión del desacuerdo ante la comisión paritaria

Por lo que respecta a la gestión del desacuerdo por la Comisión Paritaria, concluido el periodo de consultas sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada.

Este trámite no se impone legalmente como obligatorio, aunque es preceptivo a solicitud de una parte, aunque debe tenerse presente que el convenio colectivo de referencia frecuentemente lo establece como un trámite obligatorio, como así también lo prevé expresamente el V ASAC (art. 10)[104]. Al convenio colectivo le corresponderá, cuando prevea la intervención de la comisión paritaria a este respecto, determinar también los términos y condiciones de tal intervención.

Por su parte, de la regulación legal no se deduce claramente el "contenido" de ese "pronunciamiento" sobre la discrepancia que se somete a la comisión paritaria, es decir, si el mismo sería meramente declarativo o sería decisorio de la discrepancia, y por tanto sustitutorio del acuerdo entre las partes, tal y como se deriva de algunos pronunciamientos judiciales. Si el pronunciamiento de la comisión paritaria es favorable a la inaplicación deberá aplicársele las exigencias de contenido, fijadas por el art. 82.3 ET en relación con el acuerdo colectivo alcanzado durante la fase de consultas, y ya abordadas en el epígrafe anterior al que ahora remitimos.

La cuestión que puede suscitarse es la eventual eficacia de un acuerdo desestimatorio de la inaplicación solicitada en el seno de la comisión paritaria, desde la perspectiva de la posible continuidad del procedimiento de inaplicación. Téngase en cuenta que de conformidad con la regulación legal el segundo paso para la gestión de la discrepancia se activaría "*cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo*". El Tribunal Supremo ha dado relevancia al acuerdo de la comisión paritaria del convenio que, por unanimidad, rechazó la pretensión empresarial, a los efectos de considerar que la posterior intervención de la CCNCC, a solicitud de la empresa, se habría producido careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando un árbitro cuya decisión por este motivo sería nula[105].

[104] V. Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales.

[105] STS de 28/04/2016 (RJ 2350/2016) confirma SAN que declara la nulidad del Laudo Arbitral de 3 de julio de 2014, además porque con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA, con fecha de 21/02/2014, por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014, a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas.

Y también pueden suscitarse dudas interpretativas en relación con la eficacia del acuerdo de la Comisión Paritaria que resuelva a favor de la inaplicación convencional. De una parte, de conformidad con el art. 91.4 ET siendo una resolución sobre aplicación del convenio colectivo tendría la misma eficacia que el convenio colectivo. De otra parte, si entendemos que se trata de una resolución sustitutiva del acuerdo colectivo de descuelgue, lo más coherente sería afirmar que tendría la eficacia propia de estos acuerdos de descuelgue.

### 8.2. Gestión del desacuerdo ante los órganos de solución autónoma de conflictos

Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante[106].

No establece la redacción legal ninguna preferencia sobre el procedimiento adecuado y centrando nuestra atención en el sistema estatal, el V ASAC identifica a estos efectos como procedimientos de solución de las discrepancias tanto la mediación como el arbitraje[107], siendo aplicable el diseño procedimental del referido Acuerdo, con las salvedades incluidas en los convenios aplicables, o acordadas por las partes al someterse a los mismos. Para acudir al arbitraje no es preciso haber iniciado procedimiento de mediación, si bien en cualquier momento de la mediación las partes podrán acordar someter la cuestión a arbitraje.

El acuerdo conseguido en mediación, siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos, tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el periodo de consultas, por lo que nos remitimos a lo antes señalado para el acuerdo colectivo de descuelgue. Más dudas interpretativas puede suscitar el control judicial de este acuerdo toda vez que el art. 82.3 ET nada dispone y el ASAC prevé que a los efectos de la impugnación

[106] Téngase también en cuenta que de conformidad con la disposición adicional 13ª ET desde la fase de consultas podrá someterse la discrepancia a los mecanismos extrajudiciales de mediación y arbitraje voluntario.

[107] De los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por el art. 82.3 ET, para el procedimiento de mediación, v. art. 14 2 (V ASAC). Por su parte, el art. 18 V ASAC dispone que las partes podrán promover el arbitraje sin necesidad de acudir previamente al procedimiento de mediación previsto en el capítulo precedente, o hacerlo con posterioridad a su agotamiento o durante su transcurso, conforme al apartado 6 del artículo 12 y los apartados 3 y 4 del artículo 15. No obstante lo anterior, las partes pueden instar en cualquier momento para que el árbitro desarrolle, previamente a su actuación como tal, funciones de mediador.

del acuerdo de mediación se estará a lo dispuesto en el art. 67 LRJS, según el cual la acción de nulidad[108] caducará a los treinta días hábiles[109].

El art, 82,3 ET dispone que el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET[110]. Se trata de una regulación que coincide con lo previsto para la decisión administrativa o el laudo arbitral obligatorio, por lo tanto nos remitimos a lo que después se analizará en cuanto a su eficacia e impugnación judicial. Sin embargo, en cuanto al alcance e intensidad del control judicial, si debe destacarse que no serían aplicables las exigencias que, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, rigen sólo en relación con los arbitrajes obligatorios[111].

## 9. LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS ANTE LA CCNCC O LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS CORRESPONDIENTES

La falta de acuerdo no impide la inaplicación del convenio colectivo al establecerse legalmente un arbitraje obligatorio y vinculante ya sea de o en la CCNCC, o en órganos similares de las Comunidades Autónomas. Cuando el periodo de consultas termine sin acuerdo y no fuesen de aplicación los procedimientos autónomos de mediación o arbitraje laboral o estos no hubiesen sido capaces de solucionar la discrepancia, podrá cualquiera de las partes, incluso con la oposición de la otra, acudir a la CCNCC, cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos.

---

[108] Si el acuerdo lo impugnan las partes por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad.

[109] Plazo del que resultarán excluidos los sábados, domingos y festivos, siguientes a aquel en que se adoptó el acuerdo. Para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido.

[110] En parecidos términos, el ASAC dispone en cuanto a la eficacia del laudo que siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos, tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el periodo de consulta (art. 22.1) y que el laudo arbitral sólo podrá ser recurrido en los términos y plazos establecidos en el artículo 65.4 y 163.1 LRJS (art. 22.3). La regulación del art. 82.3ET debe prevalecer como regulación especial para los laudos dictados en el procedimiento de inaplicación convencional.

[111] Como recuerda la SAN de 28/01/2013 (AS 2013\107) la sujeción a la modalidad procesal de convenios colectivos junto con las previsiones del art. 91 del ET supone una restricción de los motivos que pueden fundamentar la impugnación de un laudo arbitral. Por esta razón, los Tribunales laborales han trasladado la doctrina fijada por la jurisprudencia civil de que el recurso ("demanda") de anulación excluye una revisión de la cuestión controvertida de fondo, objeto de arbitraje.

Esta última fase del procedimiento de inaplicación introduce un elemento ajeno a la autonomía colectiva, una intervención heterónoma para la solución de conflictos colectivos (aunque alguna doctrina judicial afirme que la negociación colectiva continúa en su seno[112]) y de naturaleza pública. Con independencia de que, tal y como se destaca por la normativa estatutaria y la doctrina constitucional, se trate de órganos tripartitos[113], son "organismos, todos ellos, (que) tienen una indiscutible naturaleza pública, al margen de que entren o no en el catálogo de los organismos administrativos. Pública es su creación; pública es su financiación; público es su sostenimiento y público-institucionales son las funciones que han venido ejerciendo hasta ahora"[114].

Esta intervención pública debe entenderse integrada dentro de un proceso complejo, siendo, en todo caso, una intervención subsidiaria y de último grado. Una subsidiariedad que debe ser real y no sólo formal y que constituye un presupuesto necesario de la competencia de la CCNCC o del órgano autonómico correspondiente. Como se sabe, la intervención de estos órganos tiene carácter subsidiario, de manera que solo procede cuando han fracasado todas las vías previas de negociación y, como ha matizado nuestro TS, siempre que haya mediado buena fe en las mismas. Para la Sala de lo Social del TS la subsidiariedad, en buena lógica jurídica, exige que los previos escalones o requisitos se hayan superado con suficiencia. Únicamente cabe instar el pronunciamiento de terceros cuando ha fracasado la negociación; y esto último solo ha podido ocurrir cuando haya mediado verdadera negociación colectiva[115].

---

[112] SAN de 9/12/2013 (Rec. 339/2013) confirmada por STS 15/09/2015 (Rec. 218/2014). La AN afirma que la CCNCC interviene cuando fracasa la negociación colectiva, pero la negociación no cesa, sino que continúa dentro de la propia CCNCC que debe buscar el máximo de consenso o, en su caso, negociar entre sus miembros para obtener una mayoría suficiente.

[113] En los que junto con la Administración las asociaciones sindicales y empresariales más representanticas desarrollan funciones de participación institucional. Para un análisis de estos órganos y de su naturaleza jurídica, y su independencia formal y material, v. J.B. Vivero Serrano, op., cit., p. 93.

[114] Voto particular del Magistrado D. Fernando Valdés Dal- Re a la citada STC 119/2014. En definitiva, se concluye en la naturaleza de tales organismos como instituciones públicas, aunque su actuación pueda calificarse como autónoma y aun cuando, se insiste, sean resistentes a ingresar en la órbita de los organismos administrativos. Por tanto, coincide su actuación con el supuesto sustanciado por la STC 11/1981, ya que las dos características esenciales del arbitraje o seudoarbitraje diseñado en el RD-Ley 17/1977 eran su naturaleza pública y obligatoria.

[115] STS de 15 septiembre 2015. RJ 2015\4734 que confirma SAN 219/2013 de 9 diciembre (AS 2013, 3298), anulando la Decisión dictada por la CCNCC el 28 de junio de 2013. Si no ha existido auténtica negociación directa (en terminología constitucional) entre la empresa y los trabajadores será imposible que entre en juego el mecanismo subsidiario; y si éste se activa de manera indebida se estará desconociendo ese carácter último que posee el arbitraje de la CCNCC.

En definitiva, la existencia de una negociación previa suficiente de buena fe durante el periodo de consultas es un requisito ineludible para que el órgano administrativo (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el equivalente autonómico) pueda asumir su competencia[116].

### 9.1. Régimen jurídico: normativa estatal y autonómica

La gestión del desacuerdo por la CCNCC o el órgano autónomo correspondiente tiene junto con el art. 82.3 ET una regulación propia integrada por el RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC y las correspondientes normas autonómicas[117].

El desarrollo de esta intervención administrativa y arbitral precisa de una gestión institucional que se configura, desde la perspectiva competencial, como una actividad de ejecución de la legislación laboral. La competencia corresponde a las comunidades autónomas, quedando a salvo la competencia ejecutiva estatal para aquellas inaplicaciones cuyo ámbito de afectación se extienda a más de una comunidad autónoma. Por ello, junto con la normativa estatal de aplicación, el citado RD 1362/2012, existen normas autonómicas que regulan la institución en sus respectivos ámbitos territoriales. Ciertamente, debe recordarse que el desarrollo por las comunidades autónomas de sus competencias de ejecución de la normativa laboral en materia de inaplicación de los convenios colectivos precisaría de cierto "impulso" del Estado, en concreto, de la previsión normativa de intervención subsidiaria de la CCNCC, en caso de que la comunidad autónoma no actuase para asumir la referida competencia[118].

Así, a partir de 2013, se dictarán diversas normas autonómicas que desarrollarían los aspectos organizativos, aplicándose en lo no previsto de forma supletoria el RD 1362/2012. Este Real Decreto regula, en efecto, aspectos procedimentales y sustantivos, que podríamos entender desarrollo del art. 82.3 ET y que constituyen un régimen común para el procedimiento de inaplicación en todo el Estado, no en vano este reglamento invoca como título competencial el art. 149.1.7 CE. Así las regulaciones relativas al objeto (art.

[116] Consiguientemente, para la SAN de 11/02/2014 la nulidad de la decisión o del laudo resultaría de la falta de competencia del órgano.

[117] V. SSTS (Contencioso-Administrativo) de 19/05/2015 (RJ 2015\1585) 19/05/2015 (RJ 2015, 1584) que desestiman los recursos contencioso-administrativo interpuestos por la Confederación Sindical de CCOO y UGT y por la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra el Real Decreto 1362/2012, de 27 septiembre, que regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Las regulaciones aplicables en cada Comunidad Autónoma pueden consultarse en el siguiente enlace webb de la CCNCC: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/A_Informacion/Inaplicacion/CCAA/index.htm.

[118] V. Disposición Adicional Sexta del RDLey 5/2013, de 15 de marzo.

16), ámbito de aplicación (art. 17), legitimación (art. 18), inicio del procedimiento y documentación (arts. 19 y 20), así como al contenido de la decisión o del laudo arbitral (arts. 22 y 24) constituyen un derecho o régimen común aplicable en las inaplicaciones de convenios colectivos, cualquiera que sea su ámbito de afectación.

El análisis de las regulaciones autonómicas confirma esta interpretación pues pone de manifiesto que mayoritariamente estas se limitan a regular los aspectos organizativos y de funcionamiento de los respectivos órganos autonómicos competentes para la inaplicación convencional, remitiendo en buena técnica jurídica a la regulación estatal (País Vasco) o reiterando la normativa estatal en las cuestiones procedimentales y sustantivas (Baleares, Asturias, Madrid)[119].

### 9.2. Decisión administrativa *versus* laudo arbitral

El art. 82.3 ET establece que la resolución de las discrepancias surgidas en las consultas, en último lugar, corresponde a la CCNCC o al órgano autonómico correspondiente, concretando además que la decisión de estos órganos podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad.

El RD 1362/2012 afirma establecer dos procedimientos de solución de las discrepancias, el procedimiento en el seno de la propia CCNCC y el procedimiento mediante la designación de un árbitro. El primero finalizará con una decisión administrativa y el segundo con un laudo arbitral. Según esta norma estatal, la elección entre uno u otro corresponderá en principio a las partes en conflicto (art. 16.3). En su defecto, será la Comisión Permanente del CCNCC la que decida sobre el procedimiento a seguir mediante acuerdo por mayoría absoluta. Si no se alcanza tal mayoría la discrepancia se resolverá en el seno de la Comisión mediante decisión administrativa (art. 19.4). Las regulaciones autonómicas, que en términos generales si incorporan una preferencia de las partes del conflicto en cuanto a la elección del procedimiento, no adoptan de forma unánime la solución del art, 19.4 del RD 1362/2012 y algunas optan por establecer el arbitraje externo, cuando no exista acuerdo sobre el procedimiento en el seno del órgano competente[120]. Las regulaciones son diversas a la hora de promocionar la decisión administrativa o el laudo arbitral como instrumentos de solución del conflicto de inaplicación y también son diversos,

[119] Aunque no faltan ejemplos también de regulaciones que se oponen a la regulación estatal, v. ampliamente, sobre este tema, J.B. Vivero Serrano, op. cit., p. 90.

[120] Es el caso del País Vasco, Cataluña, Aragón y Comunidad Valenciana, favoreciendo así el arbitraje externo como destaca J.B. Vivero Serrano, op. cit., p. 105, que analiza detenidamente las regulaciones autonómicas en relación también con los criterios de designación de los árbitros.

entre las comunidades autónomas, los criterios para la designación de árbitros.

Pues bien, uno de los temas que nos suscita el anterior marco normativo es el relativo a la existencia o no de una articulación entre una decisión administrativa por el propio órgano tripartito competente y un laudo arbitral para la resolución de las discrepancias en liza. Y a este respecto ni en la regulación estatal ni en las autonómicas se introduce una articulación funcional entre la decisión administrativa y el laudo arbitral, según que se resuelva o no el fondo del conflicto planteado. Me explico, en el examen de la aplicación práctica, a la vista de los diversos expedientes de inaplicación de convenio tramitados ante la CCNCC y ante los correspondientes órganos autonómicos, se puede apreciar que en ocasiones la resolución final inadmite o desestima la propuesta, por motivos de forma relativos a la fase de consultas, por no cumplir los requisitos legales previos exigidos[121]. Pues bien, esta decisión se encuentra igualmente contenida en laudos desestimatorios, que desestiman o incluso inadmiten la propuesta de inaplicación, sin entrar en el fondo por incumplimiento de las formalidades previstas por el art. 82.3 ET[122].

A mi juicio y como después se analizará, la desestimación de la solicitud de inaplicación por defectos de forma, relativos por ejemplo a la previa fase de consultas, sin analizar el fondo de la discrepancia y sin pronunciamiento por tanto sobre el presupuesto causal, sólo será procedente si se trata de una decisión adoptada por la CCNCC o el órgano equivalente en la comunidad autónoma, pues en estos casos, nuestros tribunales viene afirmando, que cuando no se han cumplido los requisitos formales los referidos órganos carece de competencia para designar un árbitro[123]. Así parece deducirse, por lo demás, de las últimas decisiones de la CCNCC, o de la práctica seguida en alguna Comunidad Autonóma (Castilla-La Mancha).

Como después abordaré en relación con el contenido del laudo arbitral, atendiendo a los términos en los que el encargo se formula al árbitro, que vienen definidos por el marco normativo aplicable, éste debe pronunciarse sobre el fondo de la discrepancia, la concurrencia de causa y su adecuación, pudiendo en otro caso incurrir en incongruencia *extra petita* determinante de nulidad del laudo.

[121] CCNCC: Expedientes de Inaplicación 03/2016 y 09/2014, por ejemplo.

[122] Así en el ámbito territorial del País Vasco, Laudo de 17/02/2016 y de Andalucía, Laudo de 19/12/2012.

[123] STS de 15 septiembre 2015 (RJ 2015\4734) (que confirma SAN 219/2013 de 9 diciembre (AS 2013, 3298), anulando la Decisión dictada por la CCNCC el 28 de junio de 2013); SAN de 11/02/2014 la nulidad de la decisión o del laudo resultaría de la falta de competencia del órgano.

## 10. PROCEDIMIENTO ANTE LA CCNCC U ÓRGANO AUTONÓMICO EQUIVALENTE

La regulación reglamentaria estatal predispone los sujetos legitimados para solicitar la actuación de la CCNCC (art. 14) regula el inicio del procedimiento identificando el contenido de la solicitud (art. 19) y el de la documentación que debe acompañarla (art. 20). Precisamente, dado que al procedimiento ante la CCNCC se acude por la no superación de la discrepancia, se exige que la solicitud determine el motivo de la misma (así se desprende del art. 19). Igualmente se regula el procedimiento mediante decisión de la Comisión y el contenido de la misma (arts.21 y 22). Finalmente, el art. 24 regula el procedimiento para la resolución de discrepancias, mediante la designación de un árbitro y el contenido del laudo arbitral. Se trata de una regulación que es derecho común de este fase de la inaplicación, salvo en relación con las cuestiones referidas a la autonomía organizativa del correspondiente órgano de la Comunidad Autónoma, como reglas de adopción de acuerdos, o de designación de los árbitros.

Pues bien, a continuación se abordarán diversas cuestiones planteadas en la aplicación práctica de esta regulación y como consecuencia fundamentalmente de lagunas de la misma. Así algunos interrogantes se han planteado en relación tanto con el plazo como con el contenido de la solicitud de intervención del órgano arbitral. También siguen siendo debatidas cuestiones relativas al contenido o la eficacia de la decisión y del laudo arbitral.

### 10.1. Plazo y contenido de la solicitud que inicia el procedimiento

En primer lugar, la falta de previsión normativa sobre el plazo para solicitar la inaplicación ante la CCNCC abona la posibilidad de soluciones judiciales diversas, que por el momento no han sido resueltas en unificación por el Tribunal Supremo[124].

En efecto, existen soluciones judiciales diversas pues algunas sentencias afirman que la inexistencia de un plazo en la normativa aplicable para solicitar la intervención del órgano arbitral impide apreciar la extemporaneidad de la solicitud[125]. Por el contrario, también podemos encontrar alguna resolución

[124] Aunque existen sentencias con soluciones diversas, al no concurrir los exigencias legales de la contradicción, pues se habría aportado como sentencia de contraste una sentencia de instancia, la cuestión aún no se ha resuelto en unificación de doctrina, v. STS 10/05/2017 (Rec. 2929/2015).

[125] STSJ Madrid de 18/05/2015 (Rec. 9/2015) considera que la empresa ha seguido todos los trámites legales que rigen el procedimiento, sin que exista un plazo concreto para interesar la decisión del órgano arbitral, por lo que la Comisión debió valorar la cuestión con los datos de que se disponía en el momento que se presentó. En suma, revoca la sentencia de instancia a fin de que la CCNCC se pronuncie sobre el fondo del asunto, pronunciamiento que no puede decirse que sea extemporáneo, por cuanto no existe plazo para ello.

judicial que admite que el órgano arbitral pueda denegar la solicitud, atendiendo al tiempo transcurrido, en concreto, por haber transcurrido casi nueve meses desde la finalización del período de consultas hasta el sometimiento de la cuestión ante la CCNCC[126]. La solución puede venir de la argumentación judicial que ha admitido la posibilidad de desestimar la solicitud dado el tiempo transcurrido, pero no motivándola en el plazo transcurrido, en su extemporaneidad, pues no existe previsión normativa al respecto, sino en la inexistencia de un periodo de consultas válido. Así se ha afirmado que dado el tiempo transcurrido se ha perdido la conexión entre las consultas y la situación existente al someter la cuestión ante la CCNCC, lo que equivale a falta de período de consultas[127].

En segundo lugar, en relación con el contenido de la solicitud, el debate ha girado y los tribunales se han pronunciado sobre a su conexión con el contenido de las consultas, en la medida en que su objeto es la discrepancia surgida en esa fase procedimental. Efectivamente, sobre la relación existente entre la solicitud empresarial presentada ante la CCNCC y lo debatido durante el periodo de consultas, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado declarando la necesaria congruencia entre los mismos[128]. Por consiguiente, no sería admisible que en el momento de la solicitud ante la CCNCC la empresa alterara el debate, ni cabría paliar tal defectuoso modo de proceder mediante la audiencia de la parte social. Una alteración de ese tipo supondría, sin duda, una vulneración del deber de buena fe y dejaría sin efecto el periodo de consultas previo, necesario para que pueda iniciarse el cauce decisorio ante la CCNCC.

Como ha indicado la Audiencia Nacional, en tal caso la actuación empresarial habría instrumentado artificiosamente a la CCNCC, entre cuyas funciones no está pronunciarse sobre propuestas empresariales en general, sino sobre las discrepancias surgidas en el desarrollo del período de consultas, lo que exige necesariamente que esas discrepancias se haya producido efectivamente durante dicho período[129]. Sin embargo, el TS ha aclarado que la diferen-

[126] STSJ Islas Baleares de 17/12/2013 (AS 2014\314) estudia la impugnación de la resolución de la CCNCC sobre solicitud de inaplicación de algunas normas del convenio colectivo de limpieza de las Islas Baleares. Se denegó la solicitud por haber transcurrido casi nueve meses desde la finalización del período de consultas hasta el sometimiento de la cuestión ante la CCNCC.

[127] STSJ Islas Baleares de 17/12/2013 (AS 2014\314).

[128] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013). Para el TS, la conformación del complejo sistema legal para el descuelgue, estructurado en sucesivas etapas a las que se llega por la falta de acuerdo en la fase anterior, exige que estemos en todo caso ante una misma pretensión empresarial, la cual, en términos generales, quedará delimitada por la causa invocada, las cláusulas del convenio colectivo cuya inaplicación se persigue y las medidas propuestas, esto es, las nuevas condiciones de trabajo aplicables y su periodo de aplicación.

[129] SAN de 19/06/2013 (AS 2013\3094) que declaró la nulidad de la resolución de la

cia ha de darse respecto de las causas, las condiciones afectadas o las medidas solicitadas, y que no se aprecia alteración del contenido de lo negociado si la postura empresarial reduce sus postulados iniciales[130].

### 10.2. Contenido de la Decisión o del Laudo Arbitral: La resolución de diversos conflictos colectivos

De conformidad con los artículos 22 y 24 del citado RD 1362/2012, la decisión de la Comisión o el laudo deberá solucionar la discrepancia, manifestándose sobre la concurrencia de las causas alegadas y, en su caso, sobre la adecuación de la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en la solicitud, bien para aceptarlas en sus propios términos, bien para proponer que las condiciones de trabajo de que se trate se inapliquen en distinto grado de intensidad al solicitado por la empresa.

De partida, como ha señalado la Audiencia Nacional, debe tenerse en cuenta que en la decisión de la Comisión concurren aspectos reglados que, en principio, no pueden ser objeto de negociación, por ejemplo si existe causa económica o no, de aquí la importancia del Informe elaborado por los servicios técnicos de la CCNCC antes de la decisión (art 21.1 Real Decreto 1362/2012) pero la Comisión goza de un amplio margen de discrecionalidad en su decisión, pues apreciada la concurrencia de la causa, debe pronunciarse sobre la adecuación de la medida instada, siendo posible aceptarla en sus propios términos o "proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado e intensidad[131].

La decisión arbitral relativa a la inaplicación de un convenio colectivo debe de pronunciarse no solo sobre la existencia de las causas alegadas por la empresa, sino que también ha de valorar la adecuación de la inaplicación propuesta, en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. Se deberá examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, normalidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa[132]. Además, los Tribunales exigen que la causa además de

---

CCNCC por la que se autoriza la inaplicación de determinadas condiciones del Convenio Colectivo de Pilotos, al haberse acreditado que en ningún momento Air Nostrum, SA negoció en el período de consultas las medidas de inaplicación del convenio, que promovió ante la CCNCC, y dicha actuación comporta una quiebra de la buena fe durante la negociación y constituye un fraude de ley.

[130] La empresa retiró de aquella comunicación primigenia algunos de los preceptos del convenio respecto de los que pretendía la inaplicación, reduciendo, asimismo y en beneficio de los trabajadores, su propuesta de rebaja salarial por lo que no hubo merma del deber de buena fe. STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013) FJ 6.

[131] SAN de 9/12/2013 (Rec. 339/2013) Confirmada por STS de 15/09/2015 (Rec. 218/2014).

[132] SAN de 28/01/2013 (Rec. 316/2012) En el caso de UNIPOST, no procede aplicar la

real sea actual y sobrevenida por lo que se valorará el tiempo transcurrido entre la vigencia del convenio y el inicio del procedimiento de inaplicación[133], o desde que se acordó una anterior inaplicación convencional[134].

Finalmente, de superarse aquellos controles sobre la causa, en la decisión o en el laudo arbitral deberá también fijarse las nuevas condiciones de trabajo y su vigencia temporal.

De esta forma, la denominada "discrepancia" surgida en las consultas se integra por varios conflictos de diversa naturaleza, jurídica y económica, que delimitarán el alcance del control judicial sobre el contenido de la decisión o el laudo arbitral.

En efecto, pueden identificarse los siguientes conflictos colectivos, un primer conflicto jurídico relativo a la concurrencia o no de la causa económica técnica organizativa o productiva, un segundo conflicto también jurídico sobre la adecuación entre la causa y las medidas y un tercer conflicto económico o de regulación sobre las nuevas condiciones laborales y su duración[135]. Si sobre la naturaleza jurídica del primer conflicto y la naturaleza económica del tercero no hay duda, la naturaleza del segundo conflicto no estaba tan clara, atendiendo a alguna decisión de la Audiencia Nacional[136], si bien la STC 119/2014 habría clarificado esta cuestión.

---

medida que se solicita puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve.

[133] STSJ de Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514), según la cual no resulta adecuada la inaplicación de parte del Convenio Colectivo de Empresa, basado en causas económicas, por el poco tiempo transcurrido entre la vigencia del convenio de empresa y el inicio del procedimiento para su inaplicación parcial, por no haberse producido circunstancias sobrevenidas en dicho periodo de tiempo que justifiquen el descuelgue y por no haber quedado probada debidamente la conexión de razonabilidad entre las medidas de reducción salarial y la mejora de la situación de la empresa.

[134] La SAN de 28/01/2013 (AS 2013\1071) declara que no es lícita nueva reducción retributiva puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras, amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve, resultando ajustada a Derecho la decisión de la CCNCC relativa a la inaplicación solicitada por la empresa UNIPOST SAU.

[135] El conflicto relativo al grado de intensidad de la inaplicación de las condiciones de trabajo y la duración del período de inaplicación es para la STC 119/2014 "una controversia que, en principio y dada su finalidad, participa de la naturaleza de los conflictos económicos o de intereses, que sólo pueden ser resueltos en vía extrajudicial".

[136] SAN de 28/01/2013 (AS 2013, 1071). Para la AN el primer pronunciamiento, concurrencia de causas, es propio de un arbitraje jurídico, puesto que tendrá que constatarse si se dan los requisitos exigidos por el art. 82.3ET, mientras que el segundo pronunciamiento, conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, es más identificable con el laudo de equidad, en el que la Comisión y/o el árbitro deben tener un margen más elevado de autonomía,

Para la STC 119/2014 la discrepancia en torno a la adecuación entre la causa y la medida de inaplicación propuesta es un conflicto jurídico pues, al delimitar el alcance del control judicial sobre la decisión arbitral, afirma que estaría acotado a "aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional" y dentro de los cuales se desarrollaría el control sobre la concurrencia de las causas y sobre la adecuación a ellas de las medidas adoptadas. Esta es además la tesis seguida, por ejemplo, en materia de despidos colectivos, donde se afirma que compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada[137].

Pues bien, finalmente, hemos de precisar que en la resolución del conflicto de intereses, la decisión o el lauto arbitral sustituyen a los sujetos negociadores fijando las nuevas condiciones de trabajo y su vigencia temporal[138]. La resolución de este conflicto de intereses debe ser también motivada en términos de equidad, atendiendo a las exigencias de imparcialidad de estos órganos o de los árbitros.

Pero junto con esos conflictos colectivos que integran la discrepancia que debe resolverse por la decisión arbitral, atendiendo al marco normativo de referencia, pueden surgir otros conflictos relativos, por ejemplo, a la regularidad del procedimiento de consultas, que en muchas ocasiones es cuestionada por la parte social. La pregunta que surge inmediatamente es si dentro del contenido de la decisión y del laudo arbitral debe existir un control sobre esas fases previas del procedimiento de inaplicación.

La normativa aplicable, como puso de relieve la Audiencia Nacional, no prevé que la Comisión o el Árbitro deban pronunciarse sobre las irregularidades producidas en el período de consultas, lo que provocará, de aplicarse literalmente los preceptos aludidos, un vacío legal importante, puesto que la Comisión o el Árbitro no se pronunciarían sobre la vulneración de derechos fundamentales, que se haya producido en el período de consultas, sobre la insuficiencia de información o sobre la exigencia de buena fe durante el período de consultas, limitándose a realizar un pronunciamiento sobre la cuestión

porque si no fuera así, las decisiones y laudos no serían propiamente decisorias, puesto que se condicionarían esencialmente a la intervención jurisdiccional posterior. Con alguna imprecisión parece así identificar como conflicto económico el relativo a la adecuación entre la inaplicación propuesta y las causa acreditadas.

[137] STS de 26/03/2014. C. Sáez Lara, Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, Tirant lo Blanch, 2015, p. 260.

[138] Como señala J.B. Vivero Serrano, (op. cit., p.171) sobre esta parte de la decisión o del laudo arbitral sólo cabe un control judicial de legalidad o lesividad ex art. 163 LRJS pero no de fondo sobre el acierto o no de la regulación propuesta.

de fondo, lo que no parece razonable. Para la Audiencia Nacional ello no es razonable, ni puede ser esa la intención del legislador, pues, en el caso por ejemplo, de incumplimiento de las garantías del art. 41.4 ET, la resolución judicial declararía la nulidad de la resolución o del laudo, lo que constituiría se concluye una mala noticia para el funcionamiento de esta institución[139].

Esta sentencia ha determinado una gran influencia en la praxis pues numerosos laudos, tras su cita, han entrado a valorar la regularidad de las fases previas del procedimiento de inaplicación, particularmente del periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Pues bien, aunque es frecuente que el laudo arbitral aborde la regularidad del periodo de consultas también lo es que se alcance la conclusión favorable, controlando después la concurrencia del presupuesto causal.

La pregunta sería si el Árbitro en este control de las fases previas considera que las mismas no se han agotado satisfactoriamente podría, sin entrar a controlar la concurrencia de la causa, desestimar por aquél motivo la solicitud de inaplicación. Como ya se señaló, existen algunos ejemplos de laudos arbitrales que adoptan esta solución aunque ciertamente haya una práctica sobre todo por la CCNCC de adoptar mediante decisión la desestimación de inaplicaciones por defectos procedimentales relativos a la fase de consultas. A mi juicio, si bien es correcto tal proceder cuando se trata de la decisión de la CCNCC o del órgano autonómico equivalente, es dudoso en el supuesto de que la resolución de la discrepancia se haya encomendado a un Árbitro.

En primer lugar, porque el régimen jurídico que delimita el "encargo" o el mandato de arbitraje no deja lugar a dudas, al referirse sólo y en términos imperativos al presupuesto causal. El Árbitro tiene un mandato de arbitraje sometido a un marco normativo que no regula esta posibilidad, por lo que resulta dudoso que este facultado para, por ejemplo, desestimar la petición por irregularidades durante las consultas, incumpliendo el "encargo" recibido[140]. En segundo lugar, porque nuestros tribunales viene afirmando, que cuando no se han cumplido los requisitos formales de las fases previas, la CCNCC, o el órgano equivalente en la comunidad autónoma, carece de competencia para

[139] Porque la intervención de la CCNCC tiene por finalidad cerrar las discrepancias surgidas en el procedimiento de inaplicación de convenio, lo que no sucederá, cuando no se pronuncie sobre vulneraciones relevantes producidas durante el período de consultas, limitándose a constatar si concurre causa y si es adecuada o no con la medida propuesta: SAN de 19/06/2013 (AS 2013\3094).

[140] Ante la inexistencia de compromiso arbitral el ámbito de la actuación del árbitro quedará delimitado por el acuerdo del órgano administrativo que lo nombra que se remite frecuentemente al marco normativo de referencia. Quizás lo más recomendable sea dejar constancia de tales dudas que habrán de ser resueltas en su caso por el órgano judicial con la sanción de nulidad del laudo y cumplir el mandato legal de pronunciarse sobre las causas y su razonabilidad.

designar un árbitro. Consecuentemente la nulidad del laudo se fundamenta en la falta de competencia del órgano administrativo para designar al árbitro[141].

Finalmente, por lo que se refiere al contenido de la decisión o del laudo estimatorio del descuelgue, estos deben también determinar, en su caso, la duración temporal de la inaplicación convencional[142]. Al igual que vimos en relación con el acuerdo colectivo de descuelgue, la cuestión debatida ha sido la posibilidad de que el laudo o la decisión acuerden la inaplicación con efectos retroactivos. A este respecto han sido numerosas las sentencias que han declarado que el descuelgue o apartamiento del convenio colectivo sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional sin que pueda tener efectos retroactivos[143].

### 10.3. Plazo para emitir la decisión arbitral y eficacia del laudo

El art. 82.3 ET determina que la decisión que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos.

El incumplimiento del plazo determina la nulidad del laudo. El laudo arbitral es nulo, se confirma en sede judicial, porque no se han observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto (art 91.2 del ET) y en concreto porque el laudo se ha dictado una vez transcurrido el plazo de 25 días establecido en el párrafo 8 del art 82.3 del ET[144].

La nulidad del laudo es, a mi juicio, la consecuencia directa de que el mandato de arbitraje fija el ámbito material y temporal del llamado "encargo" por lo que llegado el término final del plazo de 25 días establecido cesa la capacidad del árbitro. Por ello en algunas regulaciones autonómicas el *dies a quo* viene determinado por la fecha de aceptación del árbitro, o la de subsanación de la solicitud. Además debe tenerse presente que el referido plazo, a diferencia de lo que acontece en relación con los arbitrajes voluntarios, no

---

[141] STS de 15 septiembre 2015 (RJ 2015\4734) (que confirma SAN 219/2013 de 9 diciembre (AS 2013, 3298), anulando la Decisión dictada por la CCNCC el 28 de junio de 2013); SAN de 11/02/2014 la nulidad de la decisión o del laudo resultaría de la falta de competencia del órgano.

[142] STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife) de 30/06/2015 AS 2016\286 En un supuesto de descuelgue salarial declara como efectos derivados de la temporalidad de la medida el derecho al percibo de todos los incrementos retributivos correspondientes al período establecido de la inaplicación o descuelgue salarial, tras la finalización de la medida temporal.

[143] STS 7/07/2015. RJ 2015\3245.

[144] STSJ Andalucía (Granada) de 22/09/2016 (Rec.1564/2016).

podría ser ampliable por acuerdo de las partes del conflicto pues no ha sido la voluntad de las mismas, vía compromiso arbitral, la "fuente" del mandato arbitral, sino la decisión del órgano competente en materia de inaplicación convencional[145].

En cuanto a su eficacia, dispone el art. 82.3 que tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas. El legislador no les atribuye pues la misma eficacia que a los laudos arbitrales sobre interpretación y aplicación del convenio colectivo a los que el art. 91.2ET confiere la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos estatutarios Sea cual sea la razón que haya tenido el legislador para no dotarles de igual eficacia[146], lo cierto es que tal y como se afirmó en relación con los acuerdos de inaplicación sería coherente que los laudos tuvieran igual eficacia jurídica que el convenio colectivo que modifican pues, en definitiva, como se argumentó una vez acordados, pasarían a integrar el contenido de aquel, estarían vinculados por su propia vigencia temporal, que no pueden sobrepasar, es decir, integrarían el bloque normativo regulador de las condiciones de trabajo en la empresa.

## 11. CONTROL JUDICIAL DE LA DECISIÓN O LAUDO ARBITRAL

### 11.1. Doctrina constitucional sobre el control judicial de fondo

Para salvar la constitucionalidad, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, de esta intervención pública y obligatoria de la CCNCC o de los órganos autonómicos correspondientes, el TC establecería que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral (STC 119/2014, FJ 5 A). De conformidad con la doctrina constitucional, el arbitraje obligatorio sólo resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión[147].

Por ello, el control judicial sobre la decisión o el laudo obligatorio de inaplicación convencional no se limita a aspectos externos o procedimentales, es decir, al enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formali-

[145] Por ello, no se ha declarado la nulidad de un laudo si se ciñó a lo requerido en el compromiso arbitral, aunque se extralimitará en el tiempo legalmente establecido, porque se puso en conocimiento de las partes, que no se opusieron a la ampliación del plazo, STSJ Galicia de 15/07/2011, (EDJ 2011, 190871).

[146] Se ha afirmado que el ET no les atribuye igual eficacia que un convenio colectivo lógicamente pues se trata de una decisión dirimente resultante del arbitraje obligatorio de órganos con participación de las Administraciones públicas, M.E. Casas Baamonde, op. cit..

[147] SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, (FJ 3); y 75/1996, de 30 de abril, (FJ 2).

dades del desarrollo de la actuación arbitral y sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, sino que se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, es decir alcanza también a impugnaciones fundadas en la lesividad a terceros y en su ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a este último motivo impugnatorio.

Se trata de un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral, que, como aclara el TC, si estaría acotado a "aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional" y dentro de los cuales se desarrollaría el control sobre la concurrencia de las causas y sobre la adecuación a ellas de las medidas adoptadas.

Ahora bien, el control judicial no podría alcanzar a aquellos contenidos de la decisión o laudo arbitral que resuelvan conflictos de intereses o económicos, que como señalaría la STC 119/2014 serían los relativos al grado o intensidad de la modificación de las condiciones de trabajo y la duración del período de inaplicación y que sólo pueden ser resueltos en vía extrajudicial. De esta forma, el Tribunal Constitucional distingue entre los diferentes conflictos jurídicos y económicos que ha de resolver la decisión o laudo arbitral y el correspondiente alcance del control judicial sobre la solución arbitral de los mismos.

En base a esta interpretación, el TS distingue, según se trata de arbitraje voluntario u obligatorio, de una parte, las reglas específicas delimitadoras de la *cognitio* de la jurisdicción relativas al control de los requisitos y formalidades de la actuación arbitral y a la incongruencia por exceso del laudo, en el caso de arbitraje voluntario cuando se mantiene en plenitud la intervención de la autonomía colectiva. Y de otra parte, cuando la decisión de la CCNCC actúa como último mecanismo ofrecido por el legislador para dirimir la discrepancia persistente entre las partes, que, en cambio, no supone la exclusión de la jurisdicción y, por ello, la revisión judicial en salvaguarda del derecho a la tutela puede tener unos contornos más amplios[148].

### 11.2. Impugnación judicial de la decisión o el laudo arbitral

Centrando ya nuestra atención en la regulación legal y la interpretación judicial sobre la misma, hemos de señalar que, de conformidad con el art. 82.3 ET, la decisión o el laudo sólo serán recurribles conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 ET. La decisión o el laudo serán pues susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos (arts. 163 y ss. LRJS). Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no

[148] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (art. 91.2 ET).

El cauce adecuado para la impugnación directa por los sujetos legitimados será el de impugnación de convenios colectivos por los trámites del procedimiento de conflictos colectivos y el laudo podrá impugnarse por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros.

Los dos motivos, previstos específicamente para la impugnación del laudo, por el art. 91.2 ET, la infracción de los requisitos y formalidades establecidas para el procedimiento arbitral, infracción que deberá ser esencial[149], y que el laudo resuelva cuestiones no sometidas a su decisión, esto es, que sea "ultra vires" se encuentran también previstos para otros tipos de laudos arbitrales[150]. A los anteriores se añaden los motivos previstos para la impugnación de convenios colectivos (ilegalidad y lesividad para terceros) lo que permite un control judicial de fondo tal y como han interpretado la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

La remisión que el art. 82.3 ET hace al art. 91 ET precisa de matices y debe ser integrada con la interpretación constitucional ya transcrita. Las decisiones y laudos, producidos en aplicación del art. 82.3ET, son impugnables por ilegalidad, lesividad y por *ultra vires* y vicios procedimentales. Y, más concretamente, el TS ha declarado que nada hay de anómalo, sino todo lo contrario, en que el control judicial examine las causas del descuelgue (detectando si son novedosas o no), la concurrencia de sus presupuestos (comprobando si se ha negociado o no de buena fe), el alcance de sus medidas (valorando su pertinencia o adecuación) y el ajuste procedimental (tanto en el interior de la empresa cuanto con posterioridad)[151]. Y así, ha afirmado que es propio del control judicial de la decisión de la CCNCC el análisis de la congruencia entre el procedimiento seguido ante ella y el necesario periodo de negociación previo de cuyo fracaso trae causa su intervención[152]. En con-

[149] STSJ Comunidad Valenciana, de 22/01/2008 (AS 2009/369).

[150] La impugnación por *ultra vires* y por vicios *in procedendo* está prevista con carácter general por el art. 41.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje. Para los laudos arbitrales cuyo conocimiento corresponda al orden social que no tengan establecido un procedimiento especial el art. 65.4 LRJS establece que las acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación se sustanciarán, a instancia de los interesados, por los trámites del procedimiento ordinario, con fundamento en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas. La acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo.

[151] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[152] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013).

secuencia, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad del Laudo cuando la CCNCC nombra arbitró careciendo de competencia, por ejemplo, al haberse alcanzado un acuerdo de mediación que dejaba sin efecto un proceso de descuelgue anterior sobre igual convenio, sin que concurran nuevas causas[153], al existir un acuerdo de la comisión paritaria desestimatorio de la inaplicación convencional, e igualmente si no han existido verdaderas consultas por faltar el deber de negociar de buena fe[154].

Por lo que se refiere al plazo para recurrir, la exclusión de la normativa sobre impugnación de laudos de la LRJS, en concreto del art. 65.4 impediría aplicar el plazo de caducidad de 30 días que podría ser considerado más adecuado, por lo que las tesis posibles serían aplicar el plazo de prescripción de un año que rige para la impugnación de los acuerdos de descuelgue[155], o afirmar que sería impugnable durante su vigencia[156].A mi juicio, atendiendo que el plazo de prescripción de un año es la solución adoptada por los órganos judiciales para la impugnación de los acuerdos de descuelgue considero preferible tal solución.

En cuanto a la legitimación activa es preciso interpretar las previsiones establecidas para el procedimiento de impugnación de convenios colectivos, de conformidad con el art. 91 ET y el art. 82.3 ET. Se ha venido descartando la demanda de oficio frente a los laudos dictados para la resolución de las discrepancias ex art. 82.3 pues el presupuesto para ello es que el control administrativo se produzca *ex* ante[157]. Si sería posible la impugnación por terceros con base en lesividad, así por ejemplo por la empresa afectada por la inaplicación. Y podrá ser impugnado por los representantes de los trabajadores[158] y por la empresa. En efecto, por lo que se refiere a la legitimación activa, debe permitirse a quien ostenta un interés legítimo (art. 17.1 LRJS) impugnar el laudo

[153] STS de 28/04/2016 (RJ 2350/2016) confirma SAN que declara la nulidad del laudo arbitral ya que la CCNCC actuó nombrando arbitró, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados (acuerdo de mediación en el SIMA por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas).

[154] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[155] J.M. Goerlich Peset, op. cit., p. 122.

[156] Para J. B. Vivero Serrano (op. cit., p. 163), no es aplicable pues el art. 65.4 de la LRJS que establece que la acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo", y quizás tampoco el plazo de prescripción ex art. 59 ET establecido por los Tribunales para los acuerdos de descuelgue, como aclararía la SAN de 28/01/2013 (Rec. 316/2012).

[157] R. Bodas Martín, op. cit., p. 504.

[158] También por la comisión ad hoc que negoció en las consultas dada la interpretación amplia en legitimación negocial de conformidad con la interpretación constitucional sobre admisión del arbitraje frente al derecho a la tutela judicial ex art. 24.1 CE.

por vicios procedimentales y ultra vires, que escapan a los estrictos límites de legitimación activa derivados del art. 165 LRJS, por expresa mención del art. 91 ET, propiciándose así el efectivo control de estas capitales cuestiones por los órganos judiciales[159].

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, además de los sujetos previstos en el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, la doctrina judicial ha declarado que la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente están legitimados pasivamente con la consecuencia de que ha de ser llamado a este proceso, normalmente sin responsabilidad alguna, aunque también podría tenerla, por ejemplo, en el supuesto de que la Sala anulase el arbitraje por falta de imparcialidad del árbitro que ha nombrado, en cuyo caso tendría que proceder al nombramiento de un nuevo árbitro que sí lo fuera[160].

Finalmente, el laudo, tal y como afirmamos del acuerdo de descuelgue, también puede ser objeto de impugnación indirecta mediante la acción individual de los trabajadores afectados por los actos de aplicación de la referida decisión o laudo arbitral, por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

[159] SAN de 28/01/2013 (AS 2013\107) A.V. Sempere Navarro, y L. Meléndez Morillo-Velarde, El «descuelgue» y otras vías de inaplicación del convenio colectivo, «Francis Lefèbvre», 2014, p 147.

[160] TSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514) sobre la legitimación pasiva de la Comissio de Convenis Collectius del Consell de Relacions Laborals.

# LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO VÍAS DE GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD LABORAL

Mª TERESA DÍAZ AZNARTE

*Profesora T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Granada

ÍNDICE

1. LA AUTOCOMPOSICIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES. REFERENCIAS NORMATIVAS BÁSICAS
   1.1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS
   1.2. EL MARCO LEGAL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS LABORALES
2. EL ACUERDO DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS (ASAC)
   2.1. NOCIONES PREVIAS
   2.2. LA MEDIACIÓN EN LOS INFORMES DE SEGUIMIENTO DE LA FUNDACIÓN SIMA
3. EL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES EN ANDALUCÍA (SERCLA)
   3.1. CONFIGURACIÓN GENERAL
   3.2. LA MEDIACIÓN EN ANDALUCÍA TRAS LA REFORMA 2012
4. BIBLIOGRAFÍA

## 1. LA AUTOCOMPOSICIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES. REFERENCIAS NORMATIVAS BÁSICAS

### 1.1. Cuestiones introductorias

La relevancia de los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales aparece en la normativa internacional desde hace décadas, como demuestra la Recomendación núm. 92 de la OIT sobre la Conciliación y el Arbitraje voluntarios (1951). Se trata de un texto sumamente interesante, que fija las bases de los mecanismos de autocomposición del conflicto laboral aludiendo a sus objetivos ("contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo"), conformación paritaria de los organismos competentes ("representación igual de empleadores y trabajadores"), características del procedimiento ("voluntario, gratuito y expeditivo"), incompatibilidad durante su tramitación con otras medidas de conflicto ("si cuenta con el consentimiento de todas las partes interesadas, debería estimularse a las mismas para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lockouts*"), formalización y eficacia de los acuerdos adoptados o del laudo arbitral ("deberán redactarse por escrito y considerarse equivalentes a los contratos celebrados normalmente")[1].

También en el ámbito del Derecho Comunitario encontramos relevantes alusiones al tema que nos ocupa. Así, el art. 13 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales (1989), establece que "Para facilitar la resolución de los conflictos laborales, es conveniente favorecer, de conformidad con las prácticas nacionales la creación y utilización, en los niveles apropiados, de procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje" [2].

En nuestro Ordenamiento jurídico, el reconocimiento del conflicto preside el modelo constitucional de relaciones laborales, como atestiguan los arts. 7, 28 y 37 CE[3]. El conflicto industrial es inherente al modelo de producción

[1] Más recientemente, en 2013, el Centro Internacional de Formación de la OIT, publicó el documento "Sistemas de resolución de conflictos laborales: Directrices para la mejora del rendimiento", en el que se alude a la conciliación/mediación y al arbitraje perfilando algo más sus contornos, aunque sin definirlos demasiado dado el carácter generalista e internacional de este informe. No obstante, resulta sumamente interesante reparar en las restricciones que se imponen al arbitraje obligatorio, que según este documento no debería imponerse a menos que concurran determinadas (tasadas) circunstancias: que las partes presten servicios esenciales; o que incluyan a oficiales públicos que ejerzan autoridad en representación del Estado, o que hayan acordado someterse a un arbitraje en caso de que la conciliación/mediación fracasara. Págs. 192 y ss. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_337941.pdf

[2] El primer párrafo del precepto dispone que "El derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos.

[3] Lantarón Barquín, D. "A vueltas sobre la solución extrajudicial del conflicto laboral", Información Laboral, núm. 10, 2003, pág. 2.

capitalista y en el contexto del Estado social y democrático de Derecho, la consagración de la autonomía colectiva y por ende, el desarrollo del resto de procedimientos para la autocomposición de conflictos, constituyen piezas imprescindibles[4]. Así lo expresó la STC 217/1991 al declarar incluidos en el art. 37.2 CE -"derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo"-, tanto los medios de presión propios como los autónomos, considerando que ello es positivo para las partes, para el sistema de relaciones laborales y para el sistema judicial en su conjunto "que ve aliviada su carga de trabajo".

Como premisa a este estudio, debemos concretar que vamos a ocuparnos únicamente de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos sustentados en el derecho a la autonomía colectiva[5].

¿Qué ha sucedido en la legislación ordinaria? ¿El legislador español ha construido un sistema unitario y coherente en materia de solución autónoma de conflictos laborales?

La respuesta a esta pregunta es negativa. Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales, encuentran sustento legal principalmente –aunque no exclusivamente- en el Título III del ET, que ha sido el encargado de perfilar los contornos genéricos de la mediación y el arbitraje, con mayor o menor fortuna, sin llegar configurar nada siquiera parecido a lo que inicialmente se proyectó en los trabajos de elaboración de este texto normativo, que preveía un Título IV, rubricado "Sobre medios públicos y privados de solución de conflictos" que no llegó a prosperar.

### 1.2 El marco legal de los procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales

Los medios de autocomposición de los conflictos laborales se incardinan nítidamente en el contexto de la autonomía colectiva pero proyectan su operatividad en diversas direcciones:

[4] Algunos autores han calificado como "patológica" esta circunstancia. *Vid.* Del Rey Guanter, S.: *La resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales,* Sevilla, CARL, 1992, pág. 28.

[5] "No podrán calificarse como autónomos aquellos procedimientos de solución de conflictos que hayan sido diseñados por el poder estatal, aunque la solución también la alcancen las partes mediante negociación directa o asistida". Granados Romera, M.I. "Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional", en AA.VV. (Dir. Orozco Pardo, G. y Monereo Pérez, J.L.): *Tratado de mediación en la resolución de conflictos,* Madrid, Tecnos, 2015, pág. 631.

*1.2.1. La autocomposición de los conflictos laborales en el Título III ET. Una aproximación crítica*

El Título III ET, alberga diferentes preceptos que contemplan la posibilidad de acudir a medios de solución autónoma de conflictos, entre los cuales destaca el art. 91 ET, que deriva a la negociación colectiva el establecimiento de procedimientos, como la mediación o el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, dejando a salvo las competencias de la Comisión paritaria. Lo preceptuado en esta norma, como es sabido, tenemos que interpretarlo conforme a lo establecido en los arts. 83.2 y 3 ET -posibilidad de negociar acuerdos interprofesionales sobre materias concretas y también de incluir en los convenios colectivos o acuerdos sectoriales, cláusulas sobre esta materia- y 85.3 e) –designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83-.

Junto a estas referencias centrales, ocupan igualmente un lugar destacable las previsiones contenidas en los arts. 88.3 ET (reconoce el derecho a la comisión negociadora de contar con asesores en el proceso de elaboración del convenio) y 89.4 ET (posibilita la intervención de un mediador designado por las partes durante las deliberaciones). Sin olvidar naturalmente, ya en el contexto de la consabida flexibilidad interna, lo preceptuado en los arts. 82.3 ET, (habilita el recurso a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales para solventar las discrepancias surgidas en los supuestos de inaplicación del convenio colectivo) y 86.3 ET (en el mismo sentido, alude a los mecanismos de solución autónoma de conflictos cuando las discrepancias surgen como consecuencia de la pérdida de vigencia del convenio[6]).

[6] Resulta útil recordar de nuevo en este punto, la relevante STS (Sala 4.ª, Rec. 264/2014) de 22 de diciembre de 2014: «es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente (...).Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las

Evidentemente, no podemos limitarnos a mencionar las referencias que el Título III contiene a los procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales, sin incluir alguna reflexión sobre la reforma cualitativa que el régimen jurídico de la negociación colectiva ha experimentado durante los últimos años, fundamentalmente a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. La fuerza vinculante de los convenios que predica el art. 37.1 CE fue reconfigurada por el legislador, esencialmente a través de dos intervenciones trascendentales:

En primer lugar, al redefinir las causas y procedimientos para la inaplicación en la empresa de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia normativa vigentes. Naturalmente, nos referimos al denominado "descuelgue" empresarial, en virtud del cual, en las empresas en las que concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas (…) a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa[7].

Conforme a la actual redacción del art. 83.2 ET cuando la empresa quiera "descolgarse" del contenido normativo de un convenio colectivo estatutario que le resulte de aplicación, será preceptiva la apertura de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Ahora bien, finalizado éste sin acuerdo, cualquiera de las partes está facultada para someter la controversia a la:

a) La Comisión paritaria del convenio

b) Si no se solicita la intervención de la Comisión paritaria o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos de solución autónoma de conflictos (previstos en los acuerdos interprofesionales), esto es, mediación o arbitraje.

c) Ante el fracaso de las anteriores medidas, se abre la vía para la actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Órgano

limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento».

[7] Ello cuando afecten a las siguientes materias: Jornada de trabajo; Horario y la distribución del tiempo de trabajo; Régimen de trabajo a turnos; Sistema de remuneración y cuantía salarial; Sistema de trabajo y rendimiento.; Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta ley; Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

colegiado, tripartito, en el que están representadas la Administración General del Estado y las Organizaciones Sindicales y Asociaciones Empresariales más representativas. Esta previsión, que en puridad supone el desbloqueo de la situación a través de un arbitraje obligatorio, planteó serias dudas en torno a su constitucionalidad, ya que la sumisión a este procedimiento y por iniciativa de una sola de las partes a una decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, evoca figuras que ya creíamos desterradas de nuestro Ordenamiento jurídico. No podemos perder de vista que el arbitraje obligatorio tenía cabida en nuestro Ordenamiento sólo en supuestos excepcionales, por razones de salvaguarda de intereses generales (STC 11/1981, de 8 de mayo) [8]. No obstante, como es sabido, nuestro TC ha declarado perfectamente acorde al art. 37.1 CE esta modalidad de arbitraje, en las SSTC 119/2014 de 16 de julio y 8/2015 de 22 de enero[9]. Volveremos sobre esta cuestión en un momento posterior.

En segundo lugar, porque se reconoció prioridad absoluta a los convenios colectivos de empresa sobre los de ámbito superior en relación a determinadas materias[10] (art. 84.2 ET), llevando al extremo la descentralización, lo cual supone relegar los convenios colectivos estatales, autonómicos y provinciales

[8] Como es sabido, la STC 11/1981, declaró la inconstitucionalidad de los laudos de obligado cumplimiento regulados en el art. 25 b) del RD-Ley 17/1977, que permitía esta figura en determinados supuestos de huelga. Así, al hilo de la crisis económica, décadas después, se incorpora nuevamente el arbitraje obligatorio como fórmula para resolver las discrepancias surgidas durante el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en el contexto del descuelgue empresarial.

[9] Un análisis de las mencionadas Sentencias y, especialmente, del Voto particular formulado a las mismas, en Díaz Aznarte, M.T. "Cuando la crisis económica se convierte en argumento jurídico", Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2,* 2015, págs. 195-203. Subraya Valdés Dal Re en su Voto particular, la circunstancia de que el "descuelgue" de una empresa respecto de las condiciones de trabajo fijadas en el convenio colectivo que le resulte de aplicación, no se configure legalmente como una alternativa a las medidas de flexibilidad externa (extinción del contrato). Por el contrario, la reforma permite que las medidas de flexibilidad interna y externa puedan utilizarse sucesiva o simultáneamente. Por ello, considera inaceptable, desde la perspectiva constitucional, "que la elección por cada concreta empresa de aquellas medidas de competitividad y viabilidad que le puedan reportar concretas ventajas económicas puedan terminar erigiéndose en legítima restricción al ejercicio de derechos constitucionales al pretendido amparo de la libertad de empresa".

[10] Recordemos que las materias afectadas son: cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; horario y la distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos y planificación anual de las vacaciones; adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; y medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

a un papel residual. Se ha producido realmente una desestructuración del modelo de negociación colectiva español, en el que la realidad empresarial habla por sí sola (el 99,8 por 100 de las organizaciones productivas tienen menos de 50, y el 95,7 por 100 son microempresas, esto es, cuentan con menos de 9 trabajadores)[11]. En este contexto, la relevancia de la negociación colectiva supraempresarial es innegable[12]. Partiendo de esta realidad, la Ley 3/2012 ha concedido una prioridad aplicativa absoluta a los convenios de empresa en caso de concurrencia con otros de ámbito superior, llegando incluso a prohibir que convenios sectoriales o acuerdos interprofesionales puedan contener pactos en contrario.

Los reproches de constitucionalidad a esta previsión normativa también fueron salvados por el Tribunal Constitucional, argumentando que la Constitución española no contiene un "modelo cerrado de negociación colectiva", ya que se limita a consagrar en el art. 37.1 este derecho, señalando quienes son sus titulares (representantes de trabajadores y empresarios) y reconociendo fuerza vinculante a los convenios colectivos. Partiendo de esta idea, defiende que el legislador dispone "de un amplio margen de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta". Según el Tribunal Constitucional, "no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva", por lo que "tan legítima resulta desde el punto de vista de su constitucionalidad una política legislativa que se decante por la prioridad del convenio colectivo sectorial o supraempresarial, como aquella que opte por la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, pues uno y otros son producto de la negociación colectiva entre sujetos legitimados para ello". Se concluye así que "la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime conveniente" (SSTC 119/2014 de 16 de julio y 8/2015 de 22 de enero)[13].

[11] Retrato de las PYME 2016. Subdirección general de apoyo a la PYME. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Secretaría General de Industria y de la pequeña y mediana empresa, pág. 1.

[12] Las estadísticas oficiales sobre la estructura de la negociación colectiva española mostraban la preponderancia del convenio colectivo provincial en la mayor parte de los sectores económicos.

[13] En su Voto Particular, Valdés reconoce que, efectivamente, la Constitución española no contiene un modelo cerrado de negociación colectiva. Ahora bien, ello no significa que el legislador goce de libertad absoluta en el desarrollo de este derecho, ya que el art. 37.1 CE responde a un "modelo promocional de negociación colectiva", de tal manera que el legislador se encuentra obligado a "adoptar y poner en funcionamiento aquellas medidas que incentiven la actividad contractual colectiva".

En definitiva, el ET en su Título III contiene todo un elenco de alusiones a los procedimientos de autocomposición de los conflictos laborales que nos indican en qué caso se puede recurrir a los mismos, pero sin concretar su régimen jurídico, cuyo desarrollo se deriva a la propia negociación colectiva.

*1.2.2. Flexibilidad laboral y autocomposición de los conflictos en la gestión y ejecución de los contratos*

El papel de los procedimientos autónomos de solución de conflictos ha ido más allá, experimentando cambios cualitativos de la mano de las últimas reformas acometidas en el ET. La clara apuesta por la flexibilidad en todas sus acepciones (de entrada[14], interna y de salida o externa), ha incidido de manera relevante en nuestro objeto de estudio.

Por lo que respecta a la definición flexibilidad interna, tomaremos prestadas las palabras del propio legislador quien, en la Exposición de Motivos de Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, expresaba que se trata del "conjunto de medidas que permitan la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción", añadiendo que su objetivo es "el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas". Dicho de otro modo, el contrato de trabajo, en tanto se está ejecutando la prestación de servicios, incrementa su ductilidad, para adaptarse a las necesidades de la organización productiva, lo cual implica que se acepta un mal menor (alterar las condiciones de trabajo en el sentido que concretaremos más adelante) para evitar un desenlace mucho más traumático, como es la extinción del vínculo contractual por causas empresariales. Las principales instituciones que se han

[14] No es el momento de ahondar en estas líneas sobre los perfiles de la flexibilidad de entrada. La existencia un amplísimo elenco de modalidades contractuales laborales en nuestro Ordenamiento jurídico es muestra evidente de que, al menos sobre el papel, de nuestro modelo se puede predicar sin lugar a dudas la denominada flexibilidad de entrada. Un intento –fallido- de acometer este proceso de racionalización vino de la mano del RD 16/2013, de 20 de diciembre de 2013, de mejora de la contratación estable y la empleabilidad de los trabajadores, que formalmente redujo el número de contratos de 42 a 4 (indefinido, temporal, en prácticas y formación y aprendizaje). Sin embargo, se ha tratado de una mera simplificación administrativa ya que, realmente, perviven bajo la denominación de "cláusulas contractuales" la totalidad de los contratos existentes con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, por lo que al final, lo que se ha reducido realmente es el número de formularios. Difícilmente esta situación va a contribuir a racionalizar la temporalidad que preside la contratación laboral en España, la cual se sitúa muy por encima de la media de nuestros socios comunitarios. Díaz Aznarte, M.T. "Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español ¿Un espacio para la mediación?, en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L. y Orozco Pardo, G.): *Tratado de mediación*... Op. cit., págs. 562 y 563.

visto afectadas por la inclusión de medidas de flexibilidad interna en su normativa reguladora han sido: clasificación profesional (art. 22 ET), jornada de trabajo (distribución irregular de la misma, art. 34 ET), movilidad funcional (art. 39 ET), movilidad geográfica (art. 40 ET) modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) , y suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47 ET). En relación a varias de las instituciones mencionadas, aludiremos a la relativización de las causas que deben justificar la adopción de medidas de esta envergadura (arts. 40, 41 y 47 ET), así como a la desaparición del requisito de contar con autorización administrativa para proceder a la suspensión del contrato o a la reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47 ET).

Por su parte, la flexibilidad externa o de salida, se encuentra vinculada a los mecanismos de extinción del contrato de trabajo. La lógica que subyace tras la defensa de la flexibilización de las herramientas jurídicas que regulan la extinción del contrato, es por todos conocida: facilitando el despido se fomentará la contratación, luego, estas medidas estaban formalmente destinadas a desplegar un efecto directo en la reducción de la tasa de paro de nuestro país[15]. Las fórmulas empleadas para alcanzar este objetivo han sido diversas y son de sobra conocidas: a) Reducción de la cuantía de la indemnización por los despidos calificados como improcedentes por el orden jurisdiccional social (art. 56.1 ET, tras la redacción introducida de la mano de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral); b) Reconfiguración de los salarios de tramitación, a los que el trabajador tendrá derecho únicamente en el caso en el que el empresario opte por la readmisión; c) Redefinición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican el recurso por parte de la empresa a la figura del despido por causas objetivas (art. 52 ET) o colectivo (art. 51 ET); d) Modificación del procedimiento reglado para acometer el despido colectivo (art. 51 ET), eliminando la necesidad para la empresa de contar con autorización administrativa en aquellos casos en los que el período de consultas finalice sin acuerdo (en la misma tónica que lo estipulado en el art. 47 ET para la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción).

El Derecho del Trabajo de la crisis, en este proceso de reforma al que venimos aludiendo, ha incidido simultáneamente en las todas las facetas de la flexibilidad. Seguramente este ha sido uno de los principales errores cometidos por el legislador, ya que abordar de manera acumulativa una modificación de la normativa laboral que permite la inclusión y fortalecimiento de medidas

[15] En el momento de escribir estas líneas, la tasa de desempleo se cifra en el 16,7 %.

flexibilizadoras en las tres vertientes comentadas –contratación, ejecución del contrato y extinción del vínculo contractual- , provoca una alteración en la esencia del modelo de relaciones laborales[16], al ignorar, deliberadamente en función de los intereses creados, la tasa de ocupación se encuentra vinculada a etapas de crecimiento económico[17].

El fortalecimiento de los sistemas de solución autónoma de conflictos en el contexto del proceso reformista de la legislación laboral que estamos abordando, comienza con la entrada en vigor del RDL 10/2010, de 16 de junio y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. El legislador reparó en los distintos mecanismos para propiciar la flexibilidad interna, llegando incluso a ofrecernos por primera vez una definición de la misma (Exposición de Motivos de la Ley 35/2010) y procediendo a continuación a la modificación de la redacción de los arts. 40.2 ET (movilidad geográfica, concretamente procedimiento para acometer traslados colectivos) y 41.4 ET (modificación sustancial de las condiciones de trabajo). También la flexibilidad externa o de salida se aborda en esta norma, concretamente mediante al modificación del art. 51.4 ET (despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). Así, el procedimiento para acometer estas medidas (traslados colectivos, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o despidos colectivos por causas empresariales), introduce una novedad, a través de una fórmula que se repite literalmente en cada uno de los preceptos mencionados: "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período".

Sólo un año después, el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, vuelve a incidir en la materia que nos ocupa, produciéndose lo que la doctrina ha denominado la "juridificación"

[16] En sendos votos particulares formulados a las SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero, Valdés Dal Re destaca que "la reforma permite que las medidas de flexibilidad interna y externa puedan utilizarse sucesiva o simultáneamente". Y añade que resulta inaceptable desde la perspectiva constitucional, "que la elección por cada concreta empresa de aquellas medidas de competitividad y viabilidad que le puedan reportar concretas ventajas económicas puedan terminar erigiéndose en legítima restricción al ejercicio de derechos constitucionales al pretendido amparo de la libertad de empresa".

[17] Con anterioridad a las recientes reformas 2010,2011 y 2012, mantuvimos la tasa de desempleo por debajo del 10 % (según datos del INE, en 2005 fue del 9.2 %, en 2006, del 8.5 % y en 2007 del 8.3%, el nivel más bajo de nuestra historia reciente). La presunta rigidez de la normativa laboral en esos momentos previos a este intenso proceso reformista, no constituyó un obstáculo entonces ni lo será ahora si se dan las circunstancias económicas propicias.

del concepto de flexibilidad interna[18], lo cual se materializó en el art. 85.3 i) del ET al establecer que en el contenido mínimo del convenio colectivo, debían figurar "Medidas para contribuir a la *flexibilidad interna* en la empresa, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquélla, y, en particular, las siguientes: 1º Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento; 2º Los procedimientos y los periodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa.». Del mismo modo, el art. 85.3 g) del ET, tras la redacción dada por el RDL 7/2011, exigió que dentro del contenido mínimo del convenio colectivo constase "La adhesión y el sometimiento a los procedimientos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo, siempre que éstos no fueran de aplicación directa".

Estas referencias expresas a la flexibilidad interna negociada han desaparecido de la redacción actual del art. 85 ET reguladora del contenido mínimo del convenio colectivo. Como acertadamente ha señalado la doctrina, la orientación político-jurídica de la reforma 2012 revirtió el proceso iniciado en el período 2010-2011 mediante el cual se incentivaba el recurso a los medios de solución extrajudicial de conflictos como manifestación de la autonomía colectiva[19].

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral introdujo notables novedades en relación a la materia que nos ocupa. Si nos detenemos en el tenor literal de los distintos preceptos implicados, observamos que efectivamente, continúa inalterada la referencia a la posibilidad de sustituir el período de consultas por la mediación o el arbitraje en todos aquellos supuestos que hemos incardinado en el concepto de "flexibilidad interna". Los arts. 40.2,41.4 y 47.1 ET disponen que "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo

[18] Valdés Dal Re, F. "La juridificación del concepto de flexibilidad interna", RELACIONES LABORALES, 2011-II, pág. 103.

[19] *Vid.* Valdés Dal Re, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *Relaciones Laborales,* núms. 19-20, 2012, pág. 5. En el mismo sentido, Miñarro Yanini, M., "El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas laborales" ACTUALIDAD LABORAL**,** núm. 19, Sección Estudios, Noviembre 2012, tomo 2, pág. 8.

señalado para dicho período", de manera que, aparentemente, la apuesta por el recurso a los medios de solución autónoma o extrajudicial de conflictos continúa vigente.

Sin embargo, estos preceptos han experimentado relevantes modificaciones. El legislador, en aras a la consecución de una mayor flexibilidad laboral, alteró su redacción propiciando que el procedimiento para acometer medidas de un más que considerable calado (esencialmente movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y suspensión o reducción de jornada por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción) resultase mucho más dúctil para el empresario. Dicho en otras palabras, la Ley 35/2010 y el RD 7/2011 avanzaban en materia de flexibilidad, si bien la ubicaban en el marco de actuación de la autonomía colectiva. Las medidas flexibilizadoras eran posibles siempre y cuando fuesen negociadas. Por el contrario, la Ley 3/2012 de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, supuso un notable fortalecimiento del poder de dirección empresarial, ya que como veremos a continuación, desde su entrada en vigor para la organización productiva resulta mucho más fácil implementar estas medidas sin que la decisión esté supeditada a la consecución de un acuerdo. Como ha señalado la doctrina, hasta 2011, la legislación laboral aludía a la flexibilidad interna como una flexibilidad negociada. Tras la reforma de 2012, se ha dado un paso adelante "en la desposesión de los agentes sociales de su papel en este campo"[20].

Puede resultar útil, llegados a este punto, efectuar un análisis panorámico de las medidas concretas de flexibilidad interna que contiene la legislación laboral vigente, para a continuación determinar qué papel pueden desempeñar la mediación y el arbitraje en la implementación de cada una de ellas:

**A) Distribución irregular de la jornada**

El art. 34.2 ET dispone que "Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella ". Este precepto, hasta llegar a su redacción actual, experimentó diferentes modificaciones en su redacción de la mano de distintas disposiciones normativas (RD 7/2011, RD 3/2012, la Ley 3/2012 y del RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de

[20] Igartua Miró, M.T. "Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", Aranzadi Doctrinal, *núm. 6,* 2012, pág. 6.

medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores).

La posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de nuevo es un claro ejemplo de flexibilización en el sentido que antes hemos apuntado: fortalecimiento del poder unilateral del empresario. No podemos perder de vista el hecho de que, en defecto de pacto –es decir, con carácter subsidiario a los instrumentos de la autonomía colectiva- la empresa podrá proceder a implementar esta medida, teniendo como único límite cuantitativo el expresado en el precepto, esto es, el 10 por 100 de la jornada.

**B) Movilidad geográfica**

El art. 40 ET contiene el régimen jurídico de desplazamientos y traslados, figuras ambas que implican para el trabajador un cambio de residencia. Prevé la legislación laboral que la empresa, siempre y cuando concurran razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, la empresa pueda proceder al desplazamiento (temporal) o traslado de los trabajadores. Añadiendo que "Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial".

La reforma de 2012 también modificó el régimen jurídico de la movilidad geográfica, dando una redacción mucho más flexible a las causas que justifican el traslado (ha desaparecido la referencia a la necesidad de que la medida contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda).

El período de consultas se restringe al traslado colectivo, y el propio legislador concreta, en el art. 40.2 ET el deber de las partes de negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, el cual "requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados". Y es en este contexto en el que la mediación y el arbitraje pueden desempeñar un relevante papel, teniendo en cuenta que el propio art. 40.2 ET prevé que "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período".

La mediación, si las partes optan por recurrir a este procedimiento de solución autónoma de conflictos para solventar las discrepancias que surjan

durante el período de consultas, puede resultar de enorme utilidad a la hora de concretar las causas que justifican el traslado, intentar reducir el número de trabajadores afectados por la medida, especificar cuando la medida implica realmente un cambio de residencia o determinar el orden de prioridad de permanencia de los colectivos titulares de este derecho - trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, art. 40.5 ET[21].

**C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es sumamente complejo y se encuentra plagado problemas interpretativos que han sido objeto de un intenso tratamiento tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencial. Las características de esta obra nos obligan a efectuar un somero análisis de las principales previsiones normativas contenidas en este precepto, esencialmente en lo referido a nuestro objeto de estudio: la posibilidad de que la mediación y/o el arbitraje puedan ocupar un lugar en el procedimiento arbitrado en el art. 41 ET.

El procedimiento para acometer la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el art. 41 ET, guarda importantes similitudes con el previsto en el art. 40 para la movilidad geográfica. Así, la modificación sustancial puede ser individual/plural o colectiva, en función del número de trabajadores que se vean afectados por la medida en un período de 90 días. La normativa vigente no prevé la apertura de período de consultas cuando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es individual o plural. En este caso, la decisión empresarial deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.

Si la modificación sustancial de las condiciones de trabajo reviste carácter colectivo, la decisión empresarial debe ir necesariamente precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, cuya duración no será superior a 15 días.

De nuevo, el legislador contempla de manera expresa la posibilidad de sustituir el período de consultas "por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período" (art. 41.4 T).

[21] Del Rey Guanter, S. "Flexibilidad interna y negociación colectiva en la Ley 3/2012 y el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales", http://fsima.es/wp-content/uploads/Flexibilidad-interna-nc-y-medios-extrajudiciales.pdf, 2013, págs. 7-8.

Resulta indudable que en el contexto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, son múltiples y de diverso calado las cuestiones que podrían componerse a través del recurso a los procedimientos de autocomposición de los conflictos. Así, cabría resolver en este ámbito las discrepancias surgidas en torno a la consideración como sustancial o accidental de la condición que se pretenda alterar, incluso cuando afecte a alguna de las materias expresamente recogidas en el art. 41.1 ET. También se ha señalado que la solución autónoma de conflictos podría contribuir a determinar si la modificación de una materia, aun no estando incluida en el tenor literal del precepto, puede considerarse sustancial de cara a la aplicabilidad del procedimiento previsto en el mismo –se alude en este sentido a la figura de los beneficios sociales "a veces difíciles de conceptuar como condiciones de trabajo"[22].

**D) Suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**

Aunque esta medida de flexibilidad interna era contemplada por nuestra legislación laboral desde hace tiempo, lo cierto es que se ha visto redimensionada a través de la Leyes 35/2010 y 3/2012. Una de las principales novedades, introducida en 2012, reside en el hecho de que se ha eliminado el requisito de la autorización administrativa previa. Debemos destacar que se ha incidido en esta faceta temporal y revocable de flexibilidad interna insistiendo en su configuración como una alternativa a la flexibilidad externa e incluso como una salida menos dañosa para los trabajadores que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el art. 41 ET, que revestiría carácter permanente y estaría sujeta a un procedimiento bien distinto, como hemos tenido ocasión de esbozar. El art. 47 ET contempla dos medidas -suspensión del contrato y reducción de jornada- ambas coyunturales –limitadas en el tiempo- y que se presentan como una alternativa a la extinción definitiva del contrato de trabajo. En ambos supuestos, se requiere la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, definidas por el art. 47.1 ET en el sentido que ya conocemos.

La empresa, acreditando la concurrencia de las causas indicadas, podrá suspender los contratos de trabajo o reducir la jornada laboral. En este último caso, la disminución temporal de la jornada que contempla el art. 47.2 ET es aquella que oscila entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Tanto en el caso de suspensión como en el de reducción de jornada, habrá que respetar el procedimiento previsto en el art. 47.1 ET, que será de aplicación con independencia del número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por esta medida de flexibilidad interna. El mencionado procedi-

[22] Del Rey Guanter, S., Op. cit., pág. 10.

miento se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días.

Durante la suspensión de los contratos, los trabajadores no tienen derecho a salario ni a indemnizaciones, pero pueden acceder a prestaciones de desempleo si reúnen las condiciones legalmente exigidas para ello. En los supuestos de reducción temporal de la jornada, el trabajador estará en situación legal de desempleo (artículo 267.1.b) de la Ley General de Seguridad Social) y podrá acceder a la prestación de desempleo parcial, cuyo consumo se producirá por horas y no por días. El porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada autorizada. Ello significa que en el caso de reducción de jornada, el trabajador percibirá la parte proporcional del salario, que compatibilizará con la cuantía correspondiente de la prestación de desempleo parcial.

Una vez finalizado el período de consultas, "el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo". Y de nuevo, el legislador recurre a la fórmula que ya ha utilizado en los arts. 40 y 41 y reitera en el art. 47.1 ET : "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período". Insiste en este particular el art. 28 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, que remite expresamente a los procedimientos "regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o autonómico".

También en sede de **flexibilidad externa**, encontramos referencias expresas a los medios de solución autónoma de conflictos. El procedimiento para acometer un despido colectivo por causas empresariales, se encuentra en el art. 51 ET y en el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Una de las principales novedades que introdujo la reforma de 2012 fue la supresión de la autorización administrativa que debía obtener la empresa para proceder a la extinción de los contratos en aquellos casos en los que el período de consultas finalizase sin acuerdo (al igual que ha sucedido en relación al art. 47 ET, que contiene el régimen jurídico de la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). El art. 51.2 ET establece que

el despido colectivo ha de ir precedido por un período de consultas con los representantes de los trabajadores, de una duración máxima de 30 o 15 días, en función del tamaño de la empresa, superior o inferior a 50 trabajadores, respectivamente.

De nuevo, en el art. 51.2 ET, el legislador repite la fórmula que conocemos y que abre un espacio a la mediación laboral: "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período".

## 2. EL ACUERDO DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS (ASAC)

### 2.1. Nociones previas

El V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial), firmado el 7 de febrero de 2012 (BOE de 23 de febrero de 2012), incorpora en relación a la materia que nos ocupa algunas novedades relevantes si lo comparamos con su antecesor, el ASEC IV.

El primer acuerdo de ámbito estatal (ASEC 1996), fruto de la negociación colectiva, se ocupo de regular los concretos procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, si bien también procedió a configurar la institución sobre la cual recaerían las funciones de gestión y organización de los mismos (Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, SIMA)[23]. Desde 1996 hasta la actualidad, se han sucedido cinco Acuerdos estatales de este tipo, en los cuales se puede apreciar un proceso evolutivo bastante significativo, especialmente en lo tocante a su naturaleza jurídica. Con acierto ha señalado la doctrina que es necesario analizar pausadamente si nos encontramos ante Acuerdos que despliegan eficacia general (sobre materias concretas en sentido propio), o más bien serían Acuerdos marco (que requieren de un desarrollo posterior también en el contexto de la negociación colectiva en ámbitos inferiores) o se trataría de Acuerdos de los que únicamente puede predicarse su eficacia obligacional (ello sucedería en el caso de que vinculasen únicamente a los sujetos firmantes, requiriendo adhesión posterior por parte de los sectores o empresas que deseen que les resulte de aplicación). De cara a la atribución de eficacia jurídica, compartimos la tesis que defiende que independientemente de lo que los mismos estipulen, si necesitan ratificación o adhesión, se inscribirían en

[23] *Vid.* Dueñas Guerrero, L.: "Algunas sedes donde negociar el conflicto laboral: el espacio SIMA y el paritarismo convencional autocomponedor", INFORMACIÓN LABORAL*, núm. 7*, 2015, pág. 19.

la categoría de los Acuerdos marco, y no en la de Acuerdos sobre materias concretas (estos últimos dotados de eficacia *erga omnes*) [24].

Desde esta óptica debemos analizar el ASAC V, de 7 de febrero de 2012[25], por lo que a su eficacia respecta. Efectivamente, su tenor literal establece que "Al versar sobre una materia concreta cual es la solución autónoma de los conflictos colectivos laborales, constituye uno de los acuerdos previstos por el artículo 83.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y está dotado, en consecuencia, de la naturaleza jurídica y eficacia que la Ley atribuye a los mismos, siendo de aplicación general y directa (…)" (art. 3.2). Sin embargo, inmediatamente después el precepto dispone que el ASAC V será de aplicación a las partes que se hubiesen adherido al anterior ASEC IV, dejando abierta la posibilidad de que tanto las partes adheridas al anterior ASEC IV, como aquellas que no lo estuvieran, comuniquen en el plazo de tres meses al SIMA su deseo de que no les resulte de aplicación el nuevo Acuerdo. Y añade, en el art. 3.3. que "Las partes legitimadas que hubieran adoptado (…) sistemas propios de solución de conflictos, podrán adherirse en cualquier momento al presente Acuerdo, a través de los instrumentos de ratificación o adhesión". Tras esta lectura de conjunto e integrada de los preceptos involucrados en la identificación del ASAC en orden a su eficacia, a pesar del tenor literal del art. 3.2, no parece que sea predicable de estos acuerdos sobre materias concretas su eficacia *erga omnes.*

En relación a la materia que estamos abordando, debemos detenernos específicamente en el ámbito objetivo del ASAC V, para delimitar en qué tipos de conflictos laborales tienen cabida los procedimientos de solución autónoma de conflictos.

El texto actualmente vigente de manera expresa alude a la ampliación de los conflictos colectivos en los que la solución extrajudicial está llamada a desempeñar sus funciones. La primera cuestión reseñable reside en el hecho de que el ASAC no contempla la posibilidad de recurrir a la autocomposición de conflictos individuales (art. 4.3 "El presente Acuerdo no incluye la

[24] Un análisis comparativo pormenorizado sobre la naturaleza jurídica de los sucesivos Acuerdos estatales y autonómicos, en Granados Romera, M.I.: *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. De la misma autora, "Configuración jurídica de la mediación…" Op. cit.. pág. 637.

[25] El ASAC V (2012), vigente en la actualidad (aunque denunciado), fue modificado por la Resolución por la que se registra y publica la modificación del V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, que proporciona una nueva redacción al párrafo tercero del art. 2.2: "(…) Producida la denuncia del Acuerdo, éste extenderá su vigencia durante el tiempo que se desarrollen las negociaciones y, en todo caso, hasta que se alcance un nuevo acuerdo. Durante este período, las partes signatarias se comprometen a negociar con vistas a renovar el mismo y, en caso de bloqueo en el proceso negociador, a someter sus discrepancias a los procedimientos de solución de conflictos estipulados en el presente Acuerdo».

solución de conflictos individuales"). Por tanto, a través de la mediación y el arbitraje, se intentará la resolución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo, que versen tanto sobre derechos como sobre intereses.

De acuerdo con el art. 4 del ASAC, los conflictos laborales susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo son:

a) Los conflictos colectivos de interpretación y aplicación definidos de conformidad con lo establecido en el artículo 153 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y sin perjuicio de la intervención de las comisiones paritarias a la que se refieren los artículos 85.3 h) 1o y 91.3 de la LET en los conflictos de interpretación y aplicación de convenios colectivos.

b) Las controversias en las comisiones paritarias de los convenios colectivos que conlleven el bloqueo en la adopción de acuerdos, para la resolución de las funciones que legal o convencionalmente tengan atribuidas. La iniciativa de sometimiento a los procedimientos previstos en este Acuerdo deberá instarse por quien se disponga en el convenio colectivo o, en su defecto, por la mayoría de ambas representaciones.

c) Los conflictos surgidos durante la negociación de un convenio colectivo que conlleven su bloqueo.

No será preciso el transcurso de plazo alguno para someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo, cuando sea solicitado conjuntamente por quienes tengan capacidad para suscribir el Convenio con eficacia general.

Si el bloqueo se produce transcurrido cinco meses desde la constitución de la mesa negociadora, podrá solicitar la mediación, tanto la representación de empresarios como de los trabajadores que participen en la correspondiente negociación, no obstante deberá contar con la mayoría de dicha representación. No se exigirá la mayoría, si así está previsto en el convenio colectivo, cuando se hayan superados los plazos máximos de negociación previstos en el artículo 85.3 f) del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores o en el convenio que se esté renovando.

En cualquiera de los casos, se deberán manifestar las diferencias sustanciales que han provocado el bloqueo de la negociación.

d) Los conflictos surgidos durante la negociación de un acuerdo o pacto colectivo, que conlleven el bloqueo de la negociación correspondiente, por un período de tres meses a contar desde la constitución de la mesa negociadora, salvo que se trate de la renovación de un acuerdo o pacto que contemple un periodo distinto al precedente, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo.

En este supuesto podrá solicitar la mediación, tanto la representación de empresarios como de trabajadores que participen en la correspondiente negociación, no obstante deberá contar con la mayoría de dicha representación.

No será preciso el transcurso de este período cuando la mediación sea solicitada conjuntamente por ambas representaciones.

En cualquiera de los casos, se deberán manifestar las diferencias sustanciales que han provocado el bloqueo de la negociación.

e) Los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41,47, 51 y 82. 3, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

f) Los conflictos derivados de las discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigido por el artículo 44.9 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que no se refieran a traslados colectivos o a modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

g) Los conflictos que motiven la impugnación de convenios colectivos, de forma previa al inicio de la vía judicial.

h) La sustitución del período de consultas, acordada por el juez, por la mediación y el arbitraje, a instancia de la administración concursal o de la representación legal de los trabajadores, en los supuestos del Art. 64.5 párrafo último de la Ley Concursal.

i) Los conflictos derivados de las discrepancias surgidas durante la negociación entre empresa y representación legal de los trabajadores, de acuerdos de inaplicación de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, cuando dichos convenios contemplen su inaplicación negociada.

j) Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos.

k) Los conflictos que den lugar a la convocatoria de huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga.

Observamos que, por lo que respecta a los vínculos con las medidas de flexibilidad interna, el art. 4.1 e) del ASAC incluye, entre los conflictos afectados, “los derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41,47, 51 y 82. 3, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Asimismo, el art. 4.1 j) alude a “Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la

empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos".

La implementación de medidas de flexibilidad -interna y externa- ha estado muy presente tanto en las modificaciones operadas en la normativa reguladora de las instituciones afectadas como en la redacción del Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales de 2012, y ello a pesar de que, como ha señalado la doctrina, resulta llamativo que en ningún momento exista en el Estatuto de los Trabajadores ninguna referencia explícita a este Acuerdo, por lo que se ha considerado que el RDL 3/2012, la Ley 3/2012 y el ASAC, "han desarrollado vidas paralelas"[26]. Una interpretación integradora de lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores y el ASAC, nos permite realizar las siguientes consideraciones:

- En el contexto de las medidas de flexibilidad interna, nos encontramos en primer término con una serie de instituciones en las que, si bien la mediación no está excluida, difícilmente encontrará un espacio de actuación. Ello acontecerá en relación a la clasificación profesional (art. 22 ET), la movilidad funcional ordinaria (art. 39.1 ET) y la distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET). Ni el Estatuto de los Trabajadores ni el ASAC, prevén que en estos casos se recurra a procedimientos como la mediación o el arbitraje. Ello no significa en absoluto que el recurso a los procedimientos de autocomposición de conflictos tenga que encontrarse de manera expresa en los preceptos reguladores de las instituciones jurídico-laborales. Podría incardinarse, perfectamente, en el contexto de la negociación colectiva y las discrepancias que surjan durante la misma vinculadas a estas materias. Ahora bien, siendo realistas, no parece demasiado plausible que en supuestos como los analizados –esencialmente los arts. 39.1 y 34.2 ET-, la mediación vaya a desplegar una actividad significativa y ello, en primer lugar, porque ni la movilidad funcional ordinaria ni la distribución irregular de la jornada son medidas que requieran a la empresa la justificación de causa alguna; por otro lado, y en lo tocante a la distribución irregular de la jornada, no podemos obviar el hecho de que, en defecto de convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, la decisión podrá adoptarla unilateralmente el empresario. En definitiva, que la mediación encuentre un espacio de actuación en estos casos se ha dejado a la voluntad del empresario.

- En cuanto a la movilidad funcional extraordinaria (art. 39.2 ET), habría que efectuar algunas precisiones. Ciertamente el art. 39.2 ET en ningún momento efectúa un llamamiento a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos para resolver las discrepancias que puedan surgir cuando la empresa encomienda al trabajador la realización de funciones de un grupos

[26] Del Rey Guanter, S. , Op. cit., 2013, p. 3.

profesional superior o inferior a aquel en el que estaba originariamente encuadrado. Sin embargo, el ASAC, en su art. art. 4.1 j) alude a "Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos". Indudablemente, en el ámbito de la movilidad funcional extraordinaria, causal y temporal, aunque no se prevé período de consultas con la representación legal de los trabajadores –bastará con informarles-, nada impediría que la mediación actuase para resolver controversias que plantee esta institución.

- Respecto a instituciones como la movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47 ET), existe un llamamiento expreso a la autocomposición del conflicto, reiterado por el art. 4.1 e) ASAC, ya que en cualquier momento del periodo de consultas, las partes pueden acordar su sustitución por un procedimiento de mediación o arbitraje. Esta previsión no está exenta de problemas, ya que el legislador ordena que el procedimiento de solución autónoma de conflictos se desarrolle dentro del plazo máximo señalado para el período de consultas el cual, como hemos señalado, ya se ha visto considerablemente reducido tras la modificación de los preceptos aludidos. La labor del mediador evidentemente se dificulta si éste se incorpora cuando ya se ha consumido una parte importante del período de consultas. Idénticas reflexiones cabe efectuar sobre el supuesto de flexibilidad externa en el que tiene cabida la mediación: el despido colectivo regulado en el art. 51 ET, cuyo procedimiento, como hemos reiterado, contempla también la posibilidad para los sujetos negociadores de sustituir el periodo de consultas por la mediación o el arbitraje.

### 2.2. La mediación en los Informes de seguimiento de la Fundación SIMA[27]

Una interesante herramienta para proceder a un análisis empírico de la efectividad del ASAC lo constituyen los diferentes informes de seguimiento que anualmente publica la Fundación SIMA. Dadas las dimensiones de este

[27] De acuerdo con los diferentes Informes de seguimiento SIMA, en el total de los años analizados, el número de arbitrajes voluntarios fue bastante reducido. Los datos son abrumadores, ya que en 2013 y 2014 sólo el 1% de los procedimientos se sometieron a arbitraje (4 y 5 laudos respectivamente), en 2015 el 100% se tramitaron a través de la mediación (ningún laudo arbitral) y en 2016, únicamente un 0,5 % de tales procedimientos se sustanciaron en el SIMA mediante el arbitraje.

Así, en 2013, se dictaron únicamente 4 laudos arbitrales; en 2014 el número se reduce a 3; no hay información detallada disponible sobre los años 2015 y 2016, ya que la última actualización data del 25 de abril de 2015.

estudio, hemos considerado conveniente centrarnos en los resultados disponibles relativos al procedimiento de mediación desde 2013 (tras la reforma 2012) hasta la actualidad. Algunas de las conclusiones que podemos extraer tras la lectura de estos documentos son las siguientes:

◆**Año 2013**:

a) Clasificación de procedimientos según el resultado:

- En 2013, finalizaron con acuerdo el 24% de los procedimientos[28].

b) Por lo que respecta a los procedimientos según el tipo de conflictos, como datos destacables subrayamos los siguientes: el 70,2 % (interpretación y a aplicación de convenios), 19 % (huelga o servicios de seguridad y mantenimiento), 4,5 % (discrepancias durante el periodo de consultas, arts. 40,41,47, 51 y 82.3 ET), 3,4 % (bloqueo en la negociación del convenio), 1,7 % (inaplicación de convenio colectivo sectorial), 1 % (impugnación convenio colectivo), 0,2 % (bloqueo en la comisión paritaria).

◆**Año 2014**

a) Clasificación de procedimientos según el tipo de conflicto:

- En 2014, finalizaron con acuerdo el 27 % de los procedimientos[29].

b) Según el tipo de conflicto, los resultados fueron. 72 % (interpretación y aplicación de convenios), 20% (huelga), 4% (discrepancias durante el periodo de consultas), 1 % (impugnación de convenios colectivos), 1% (bloqueo de negociación de acuerdos o pactos), 1% (inaplicación de convenio colectivo sectorial).

c) En 2014, el 95% de los desacuerdos en los procedimientos de mediación se produjeron en convenios de empresa (continua la tendencia ascendente, ha que en 2013 este porcentaje fue del 91%)[30].

◆**Año 2015**

a) Clasificación de procedimientos según el resultado: en 2015, finalizaron con acuerdo el 38,3 %[31].

---

[28] Se produjeron 531 mediaciones, 127 finalizaron con acuerdo, 332 sin acuerdo, 45 fueron intentadas sin efectos y 27 quedaron archivadas. Fundación SIMA. *Informe de seguimiento de los procedimientos tramitados en 2013. Principales resultados*, 30 de diciembre de 2014.

[29] Informe de Seguimiento de los Procedimientos tramitados en 2014. Principales resultados. 15 de septiembre de 2015. El número de mediaciones ascendió a 383, de las cuales 105 finalizaron con acuerdo, 240 sin acuerdo, 26 fueron intentadas sin efecto y 12 quedaron archivadas.

[30] En 2012, fue del 90%, en 2011, del 86% y en 2010 del 85 %.

[31] De las 422 mediaciones computadas, 110 finalizaron con acuerdo, 296 sin acuerdo, 25 fueron intentadas sin efecto y 18 quedaron archivadas. Informe de seguimiento de los procedi-

b) La clasificación de los procedimientos según el tipo de conflicto, arroja los siguiente datos: 73% (interpretación y aplicación de convenios), 20% (huelga), 1% (discrepancias durante el periodo de consultas), 2% (impugnación de convenios colectivos), 1% (bloqueo negociación acuerdo o pacto), 2% (bloqueo negociación de convenio), 1% (inaplicación de convenio colectivo sectorial).

**◆Año 2016**

a) Clasificación de los procedimientos según el resultado: durante 2016 el porcentaje de conflictos solucionados se situó en un 26%[32].

b) Según el tipo de conflicto, la distribución porcentual fue la siguiente: 78,1 % (aplicación e interpretación de convenios), 18 % (huelga), 2% impugnación de convenios colectivos; 0,8 % bloqueo en la negociación; 0,5% periodo de consultas; 0,3 % inaplicación convenios/descuelgue; 0,3 %, bloqueo en la negociación de acuerdo o pacto.

Las conclusiones que extraemos del estudio conjunto de los mencionados informes del SIMA, son las siguientes:

- En primer lugar, constatamos una evidente infrautilización de los procedimientos de solución autónoma de conflictos colectivos de trabajo. El ASAC prevé once posibilidades de implementación, y solo siete de ellas se han actuado en estos años.

- Por otra parte, a pesar del tiempo transcurrido desde el primer Acuerdo estatal de resolución extrajudicial de conflictos colectivos, resulta llamativo que el número de procedimientos tramitados en el SIMA no experimente una evolución al alza. La secuencia desde 2013 hasta 2016 es oscilante, si bien no podemos dejar de resaltar el notable descenso experimentado desde 2013 (531) hasta 2016 (357).

- En paralelo, debemos subrayar el absoluto protagonismo de los procedimientos que versan sobre aplicación e interpretación de convenios colectivos. En todos los años analizados, el porcentaje supera el 70 %. Es igualmente una constante, que el segundo puesto lo ocupen los procedimientos relativos a la huelga (oscila en torno al 20 %).

- Finalmente, tampoco los resultados en relación al porcentaje de acuerdos alcanzados es excesivamente halagüeño: solo en 2015, el porcentaje de acuerdos alcanzados se acercó al 40 % (concretamente 38,3 %). Los restantes años, no se alcanzó el 30 %. Otro aspecto mejorable en relación al tema que nos ocupa.

---

mientos tramitados en 2015. Principales resultados. 27 de septiembre de 2016.

[32] Del total de procedimientos tramitados (357), 93 se resolvieron con acuerdo y 264 se cerraron sin acuerdo. Fundación SIMA. Memoria de actividades 2016 (marzo 2017).

## 3. EL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES EN ANDALUCÍA (SERCLA)

### 3.1. Configuración general

El Acuerdo sobre Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía vigente en la actualidad, se firmó el 7 de enero de 2015[33]. Una de las principales características del SERCLA (tras la reforma operada en 2009[34]), es la inclusión en su ámbito funcional tanto de los conflictos colectivos como de los individuales (art. 4 del Reglamento).

El SERCLA, en su Estipulación Tercera, número 3, concreta el ámbito funcional, declarándose de aplicación a los siguientes conflictos laborales:

1. Conflictos colectivos. Su contenido coincide básicamente con lo preceptuado en el art. ASAC

2. Conflictos individuales. Concretamente, el precepto alude a:

   a) Conflictos en materia de clasificación profesional, movilidad funcional trabajos de superior o inferior categoría.
   b) Conflictos en materia de licencias, permisos y reducciones de jornada.
   c) Conflictos en materia de determinación del período de disfrute de las vacaciones; movilidad geográfica; modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; licencias, permisos y reducciones de jornadas vinculadas con el cuidado de hijos y familiares.

En el procedimiento ante el SERCLA se podrán resolver asimismo las reclamaciones económicas derivadas de las pretensiones relativas a las materias señaladas en los tres apartados anteriores.

[33] Resolución de 30 de enero de 2015, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (BOJA de 9 de febrero de 2015). Desarrollado por el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y procedimiento del SERCLA (BOJA de 25 de abril de 2016).

[34] Será a partir del 16 de junio de 2009, cuando se extienda el ámbito de aplicación del SERCLA a los conflictos individuales para toda la Comunidad Autónoma Andaluza. *Vid.* GRANADOS ROMERA, M.I., "Configuración jurídica…", Op. cit.*,* págs. 656-657.

### 3.2. La mediación en Andalucía tras la reforma 2012[35]

Al igual que sucede en el SIMA, respecto al ASAC, el SERCLA publica anualmente una memoria que nos ofrece interesantes datos que nos ayudan a perfilar los contornos de su implementación y aplicación en Andalucía. Al igual que hicimos en un momento anterior respecto al ASAC, nos detendremos en el estudio de los procedimientos de mediación en los últimos años, de 2013 a 2016.

◆ **Año 2013**[36]

a) Conflictos tramitados que finalizaron en acuerdo: 48,08 % (colectivos) y 38% (individuales)

b) Procedimientos según el tipo de conflictos[37]. En materia de conflictos colectivos: 34% por la aplicación e interpretación de convenios; 17% impago de salarios; 15% derivados de interpretación y aplicación de normas; 13% relativos a la impugnación de modificaciones de condiciones de trabajo; 13 % por bloqueos en la negociación colectiva; 3% motivados por procedimientos de despido colectivo y plural.

En cuanto a los conflictos individuales, los expedientes se refirieron, por este orden a: Modificación sustancial condiciones de trabajo (216), Reducción de Jornada (51), Clasificación profesional (47), Traslados y desplazamientos (29), Vacaciones (17), Licencias y Permisos (10), Movilidad funcional (10) y Trabajos de superior o inferior categoría (3).

◆**Año 2014**[38]

a) Conflictos tramitados que finalizaron en acuerdo: 44,6% (colectivos) y 36,43 % (individuales).

b) Procedimientos según el tipo de conflictos colectivos: 44,77% relativos a

[35] En Andalucía, los datos reflejan algo muy similar a lo que acaece a nivel nacional. La mediación en el ámbito de aplicación del SERCLA ostenta un protagonismo indudable. Así, en los años analizados, el número de laudos arbitrales es muy reducido, aunque ligeramente superior al que observamos a nivel nacional (SIMA). Concretamente, las cifras serían las siguientes: 2013 (3 laudos), 2014 (4), 2015 (5) y 2016 (3). Porcentualmente, respecto al total de procedimientos tramitados en el SERCLA, la prevalencia de la mediación es indiscutible, algo absolutamente lógico dadas las características diversas de ambos mecanismos de solución autónoma de conflictos.

[36] *Memoria actuaciones SERCLA 2013. Soluciones dialogadas a los conflictos laborales.*

[37] Se celebraron 1315 sesiones de mediación, que fructificaron en 450 acuerdos.

[38] *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Memoria 2014*, págs. 65 y ss. En 2014 se registraron en el SERCLA 880 expedientes. El dato llamativo es el descenso en un 22% del número de conflictos colectivos respecto al año 2013. Sin embargo, el número de solicitudes de mediación registradas relativas a conflictos individuales, experimentó un ligero incremento (50 asuntos más).

la aplicación e interpretación de convenios; 15,11% derivados de la aplicación e interpretación de normas; 11,02 % ocasionados por impago de salarios; 10,68 % referidos a la impugnación de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; 10,45 %, sobre bloqueos en la negociación colectiva.

Por lo que respecta a los conflictos individuales, la mayor parte de los asuntos versaron sobre: modificación sustancial de las condiciones de trabajo (246), reducción de jornada (55), clasificación profesional (44), traslados y desplazamientos (25), vacaciones (24), licencias y permisos (10), movilidad funcional (6) y trabajos de superior o inferior categoría (8).

◆**Año 2015**[39]

a) Conflictos tramitados que finalizaron en acuerdo: 39,66 % (colectivos) y 31,31 % (individuales).

b) Modalidades procedimentales. Por lo que respecta a los conflictos colectivos, los datos serían los siguientes[40]: 42,1 % relativos a la aplicación e interpretación de convenios; 20,31 % derivados de la aplicación e interpretación de normas; 10,87% ocasionados por impago de salarios; 8,36% motivados por impugnación de modificaciones de condiciones de trabajo; 1,31 % relativos a despidos colectivos y plurales.

Los conflictos individuales registrados se refirieron, por este orden a: modificación sustancial de las condiciones de trabajo (236), reducción de jornada (50), clasificación profesional (91), movilidad geográfica (7), vacaciones (13), licencias y permisos (22), movilidad funcional (7) y trabajos de superior o inferior categoría (8).

◆**Año 2016**[41]

a) Conflictos tramitados que finalizaron en acuerdo: 40 % (colectivos) y 34,77 % (individuales)

b) La modalidades procedimentales. En materia de conflictos colectivos: 47,47 % relativos a procedimientos por la aplicación e interpretación de convenios; 27,42% derivados de la interpretación y aplicación de normas; 8,54 % ocasionados por impago de salarios; 10,90 % referidos a bloqueos durante la negociación de convenio; 2,02 % fueron procedimientos motivados por despidos colectivos y plurales.

[39] *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Memoria 2015*, págs. 65 y ss.

[40] En 2015 se aprecia un ligero descenso en el número de expedientes de conflicto colectivo (se registraron 856).

[41] *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Memoria 2016,* págs. 57 y ss.

Los conflictos individuales[42] versaron sobre modificación sustancial condiciones de trabajo (237), reducción de Jornada (56), clasificación profesional (94), traslados y desplazamientos (18), vacaciones (21), licencias y permisos (13), movilidad funcional (8) y trabajos de superior o inferior categoría (11).

Del estudio de las sucesivas memorias elaboradas en el seno del SERCLA, podemos extraer algunas conclusiones:

- El número de procedimientos de conflicto colectivo tramitados en el SERCLA, experimentó un descenso considerable del año 2013 (1315) al 2014 (880). A partir de esta fecha, se ha mantenido por debajo de los 900 asuntos, con ligeras oscilaciones.

- En relación a los procedimientos que han finalizado con acuerdo, en los años 2012 a 2016, los resultados son sensiblemente mejores a los constatados en el SIMA (si bien en este caso sólo se comprenden los relativos a conflictos colectivos). En Andalucía, el porcentaje de procedimientos que concluyeron con acuerdo se sitúa ligeramente por encima del 40 % (la media de los años analizados se sitúa en el 42,75 %). Los procedimientos relativos a conflictos individuales, ofrecen resultados más modestos, ya que la media de expedientes en los que se logró un acuerdo sería del 35,1%.

- También en este caso, se aprecia una infrautilización de los procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales previstos en el SERCLA. En relación a los conflictos colectivos, de las nueve modalidades recogidas en la Estipulación Tercera, núm. 3 del Acuerdo, sin lugar a dudas ostentan el protagonismo, año tras año, los procedimientos relativos a interpretación y aplicación de convenios colectivos, seguidos por los derivados de la aplicación e interpretación de normas, el impago de salarios, la impugnación de modificaciones sustanciales de trabajo y los despidos colectivos y plurales.

- En cuanto a los procedimientos para la resolución autónoma de conflictos individuales, el mayor número de asuntos versa, de manera recurrente sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo; a mucha distancia, se posicionan los derivados de clasificación profesional y reducción de jornada.

[42] En 2016 el SERCLA registró un total 482 solicitudes de mediación en conflictos laborales de carácter individual, lo que supone 22 asuntos más que el año 2015.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

DEL REY GUANTER, S. "Flexibilidad interna y negociación colectiva en la Ley 3/2012 y el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales", http://fsima.es/wp-content/uploads/FLEXIBILIDAD-INTERNA-NC-Y-MEDIOS-EXTRAJUDICIALES.pdf) .

DÍAZ AZNARTE, M.T. "La utraactividad del convenio colectivo a la luz de las últimas intervenciones legislativas. ¿Un sendero hacia la reactivación y el recrudecimiento de las medidas de conflicto colectivo?, *Temas Laborales,* núm. 123, 2014, pp. 13-38).

DÍAZ AZNARTE, M.T. "Cuando la crisis económica se convierte en argumento jurídico", *RDRL, núm. 2,* 2015.

DÍAZ AZNARTE, M.T. "Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español ¿Un espacio para la mediación?, en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y OROZCO PARDO, G.: *Tratado de mediación en la resolución de conflictos,* Madrid, Tecnos, 2015.

DUEÑAS GUERRERO, L.: "Algunas sedes donde negociar el conflicto laboral: el espacio SIMA y el paritarismo convencional autocomponedor", *Revista Información Laboral,* núm. 7, 2015,

GÁRATE CASTRO, F.J., "Las medidas de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012, en especial las relacionadas con la clasificación profesional, la determinación del contenido de la prestación de trabajo objeto del contrato y la movilidad funcional", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 8, 2013.

GRANADOS ROMERA, M.I. : *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

GRANADOS ROMERA, M.I. "Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional", en AA.VV. (Dir. OROZCO PARDO, G. Y MONEREO PÉREZ, J.L.): *Tratado de mediación en la resolución de conflictos,* Madrid, Tecnos, 2015.

IGARTUA MIRÓ, M.T. "Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6 de 2012).

LANTARÓN BARQUÍN, D. "A vueltas sobre la solución extrajudicial del conflicto laboral", *Revista Información Laboral,* núm. 10, 2003.

MIÑARRO YANINI, M., "El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas

laborales" *Actualidad Laboral***,** núm. 19, Sección Estudios, Noviembre 2012, tomo 2).

VALDÉS DAL RE, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *Relaciones Laborales,* núms. 19-20, 2012.

VALDÉS DAL RE, F. "La juridificación del concepto de flexibilidad interna", *Relaciones Laborales*, II, 2011.

VV.AA. *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva,* Dir. RUESGA BENITO, S., Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, págs. 49.

# LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO: PROBLEMÁTICA

Mª Luisa Pérez Guerrero

*Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Huelva

Índice

1. La contratación temporal: problema estructural del mercado de trabajo español; la microcontratación
2. Los principales problemas de la contratación temporal y sus causas. La cuestión esencial: el uso fraudulento y abusivo de la contratación temporal
3. Las soluciones: la eliminación del uso acausal, fraudulento y abusivo de la contratación temporal

## 1. PRESENTACIÓN

Probablemente una de las cuestiones que ha suscitado importantes dudas en el ámbito laboral haya sido la implantación de los medios de solución extrajudicial de conflictos en el Sector Público. La diferente tipología que presenta el personal al servicio del mismo, dividido entre personal funcionario y personal laboral, así como los diferentes regímenes jurídicos a que se encuentran sometidos, hace que sea aún más complejo el establecimiento de procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales.

Partiendo, por tanto, de la peculiaridad del empleador y de los empleados, consideramos interesante analizar el régimen jurídico de la solución de conflictos en el Sector Público, así como clarificar las posibles dudas jurídicas que surgen de la aplicación del mismo.

No podemos negar las ventajas de que proporcionan los medios de solución extrajudicial de conflictos en cuanto a rapidez, flexibilidad, disminución de costes económicos y eficacia, entre otras, por lo que no podemos tampoco obviar su importancia en el ámbito de la conflictividad en el Sector Público. Los conflictos laborales reclaman, en definitiva, la misma solución; la equiparación salarial, la determinación del tiempo de trabajo o de las condiciones de trabajo en general[1] son problemas comunes que requieren un tratamiento semejante. Sin embargo, ni el sistema de negociación ni, por tanto, el de solución de conflictos sigue las mismas reglas. La implantación de sistemas de solución extrajudicial de conflictos tiene que superar, como veremos, importantes obstáculos jurídicos para poder llegar al nivel de los sistemas en el sector privado.

## 2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SECTOR PÚBLICO

Al tratarse de un concepto importado del ordenamiento administrativo sin que exista norma alguna en el ordenamiento laboral que defina qué hemos de entender por Sector Público, consideramos relevante comenzar por definir su ámbito subjetivo de aplicación en relación con las personas que prestan servicios en el mismo, para poder delimitar el objeto de nuestro estudio[2].

[1] Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., "Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo", en *Temas Laborales*, nº 135, 2016, pág. 113.

[2] Vid. el interesante estudio de delimitación de este concepto, desde la perspectiva del proceso de reestructuración del mismo, vivido en los últimos años, en De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo en el Sector Público. La difícil armonización de los postulados del Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo y los imperativos de naturaleza económica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2012, págs. 47 y ss.

El texto de referencia para determinar el régimen jurídico de las personas que prestan servicios en la Administración Pública ha de ser el Estatuto Básico del Empleado Público[3] (EBEP en adelante), sin embargo, nada dice este Real Decreto Legislativo de qué hayamos de entender por Sector Público, limitándose a indicar qué tipo de trabajadores encontraremos en el mismo.

No obstante, esta norma, fue alabada por la mayoría de la doctrina, desde su aprobación en 2007[4], precisamente por su carácter universalista, es decir, por incluir la voluntad del legislador de establecer unas reglas comunes para todos los empleados públicos, independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo que le uniera a la Administración o a cualquiera de los entes y entidades que conforman el Sector Público[5]. Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es funcionarial, reconoce la dimensión que ha adquirido la contratación de naturaleza laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas, para determinadas tareas, y la integra en su articulado[6], tratando de establecer un régimen jurídico único y homogéneo, al menos en lo que se refiere a los principios de actuación y en los derechos y deberes de los mismos[7].

Así, el artículo primero de esta norma establece que el EBEP será de aplicación a los "funcionarios públicos" incluidos en su ámbito de aplicación, aunque también aclara que "tiene por objeto determinar las normas aplicables

[3] Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

[4] El Estatuto Básico del Empleado Público fue aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 103.3.

[5] Así lo ponen de manifiesto, entre otros Cantero Martínez, J., "Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas", en el libro colectivo *Estatuto Básico del Empleado Público,* Ortega Álvarez (Dir.), La Ley, 2007, p. 45, para quien el EBEP tiene una vocación de "aplicación global", "se trata de que estas mínimas reglas comunes sean aplicables, en principio, a todo el personal que preste sus servicios ya no sólo en la Administración, sino en la totalidad de lo que se denomina sector público". Vid. también Sánchez Morón, M., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público,* Lex Nova, 2008 (2ª edición), pág. 45, Palomar Olmeda, A., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), Aranzadi, 2008, pág. 22.

[6] De nuevo Palomar Olmeda, A., op. cit. pág. 23. Vid. también la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, conforme a la cual la norma "reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas".

[7] Recordemos, como lo hace Sánchez Morón, op. cit. pág. 47, que no era la intención del legislador "diluir la relación estatutaria y la relación laboral de empleo público en un régimen único, sino que el Estatuto Básico incluyera unos mismos principios y valores esenciales para el conjunto de los profesionales y trabajadores del sector público y unos mismos derechos y deberes básicos asimismo comunes, sin perjuicio de las normas específicas aplicables al personal funcionarios o al personal laboral que, justificadamente proceda mantener".

al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas". Acuña para ello el término empleado público, donde incluye ambos tipos de relaciones jurídicas, funcionarial y laboral[8].

Es pues su ámbito de aplicación, tal como indica el artículo segundo, tanto el personal funcionario como el laboral, "en lo que proceda", al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

a) Administración General del Estado.

b) Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.

c) Las Administraciones de las entidades locales.

d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

e) Las Universidades Públicas.

E incluye una referencia al personal investigador y al personal docente y estatutario de los Servicios de Salud, siendo para éstos últimos, de aplicación además la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas, en algunos aspectos. Concluyendo, finalmente, que será de aplicación supletoria a todo el personal de las Administraciones Públicas que no se incluya en su ámbito de aplicación.

Esa referencia a "en lo que proceda", respecto del personal laboral, se concreta aún más en su artículo 7º, que reconoce que el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan[9]. De este modo, el EBEP reconoce la existencia de

[8] Resulta interesante recoger las palabras de Sánchez Morón, M., op. cit. págs. 46 y 47, cuando, refiriéndose al Informe de la Comisión de expertos, señala que "tanto los funcionarios como el personal contratado por las Administraciones Públicas forman parte del empleo público y la naturaleza de este comporta exigencias que lo diferencian del empleo en el sector privado, sea porque la Administración no es una empleadora semejante a un empresario privado, porque la función de todo aquel personal es, en último extremo, de servicio a los intereses generales o porque todos ellos son retribuidos con fondos públicos… no implica privar de su condición de funcionario a nadie que la tenga adquirida ni significa tampoco convertir en funcionario por ministerio de la ley a quienes no lo son".

[9] Es preciso aclarar que la redacción inicial no incluía esa referencia a "en lo que proceda", siendo introducida por una enmienda del Grupo Popular en el Congreso, como tampoco lo era el orden de prelación que aparece en la actualidad. La redacción inicial era "El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y del sector público se rige por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan, por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables". BOCG- Congreso de los Diputados - núm. 94-9, de 24 de noviembre

lo que algunos han venido a denominar "proceso de laboralización del empleo público"[10] o, si se quiere, más concretamente, "huida del derecho administrativo", aceptando que hay materias donde las diferencias entre ambos empleados públicos no son tales y puede establecerse un régimen jurídico homogéneo, que evite la "rigidez" de las normas que rigen la función pública[11].

Así, encontraremos en el EBEP normas que serán de aplicación a todos los empleados públicos, otras que lo sean en exclusiva a los funcionarios públicos y, por último, establecerá normas de exclusiva aplicación al personal laboral[12]. E incluso, en ocasiones, remite sin más a la regulación del Estatuto de los Trabajadores o a los convenios colectivos, en lo que se refiere a ciertas materias[13]. De forma que la normativa laboral común se aplicará con las matizaciones que incluya el Estatuto[14].

Lo que sí parece claro es que la aplicación de la normativa laboral o convencional debe indicarse expresamente en el precepto correspondiente del EBEP. Así lo expresa el artículo 7º cuando dice que "el personal laboral de las Administraciones Públicas se rige… por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan"[15]. Eso sí, como también se ha indicado, esta referencia a las normas convencionales ha de considerarse declarativa y no constitutiva[16], en

---

de 2006. En relación con los efectos de ese cambio en la redacción del precepto vid. Sempere Navarro, A.V Y Hierro Hierro, F.J, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda Y Sempere Navarro (Dirs.), op. cit. pág. 67 a 69.

[10] Vid. Sempere Navarro, A.V. y Hierro Hierro, F.J, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), op. cit. pág. 65.

[11] Es lo que Cavas Martínez, F., "Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público", en Aranzadi Social, nº 5, 2005 (BIB 2005/1143), versión electrónica, pág. 4, denomina "amplias zonas de intersección" entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo, afirmando que "la exclusión constitutiva del ámbito laboral que pesa sobre los funcionarios públicos y el personal a él equiparado, sólo es plena con relación a la legislación laboral individual…, pero parcial respecto del conjunto del Derecho del Trabajo, de manera que normas típicamente laborales como la Ley Orgánica de Libertad Sindical o la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se aplican indistintamente a funcionarios y trabajadores, con las singularidades o adaptaciones exigidas en cada caso por el marco en que se desarrolla la prestación de servicios".

[12] Vid. de nuevo Sánchez Morón, M., op. cit. pág. 47.

[13] Por ejemplo en materia de promoción profesional del personal laboral (artículo 19), retribuciones del personal laboral (artículo 27) o clasificación profesional (artículo 77).

[14] Vid. Del Rey Guanter, S., "Empleo público…", op. cit. pág. 105.

[15] Vid. en este mismo sentido Sempere Navarro y Hierro Hierro, en el comentario al artículo 7º del EBEP contenido en libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), op. cit. pág. 71.

[16] Vid. de nuevo Sempere Navarro y Hierro Hierro, op. cit. pág. 73.

cuanto que se encuentra dentro del cuadro de fuentes del Derecho del Trabajo y, por ello, de la relación de trabajo. Pero es evidente que el EBEP, con su referencia a los Pactos y Acuerdos colectivos, consagra la negociación colectiva como fuente del derecho, con plena eficacia normativa[17].

No obstante, en este aspecto el Estatuto no ha estado exento de críticas, precisamente por la falta de determinación que en ocasiones refleja, a la hora de señalar qué reglas han de aplicarse preferentemente en algunos supuestos a los colectivos que integran el concepto de empleados públicos[18]. Lo cual no casa muy bien con el objetivo de claridad y seguridad jurídica que pretendía aportar la Ley del Estatuto, primero, y el Texto Refundido después.

Es por ello que debemos aclarar llegados a este punto, como lo han hecho otros autores, que esta vocación universalista o global del EBEP en relación con su ámbito subjetivo de aplicación, no implica, en ningún caso, que se produzca una equiparación total del régimen jurídico de los dos tipos de personal – funcionarios y personal laboral – ya que esta norma marca claramente las fronteras entre los mismos[19]. Aunque debe reconocerse la influencia o el efecto contagio que representa la aplicación de ciertas condiciones laborales de unos y otros empleados públicos[20], es decir, el progresivo acercamiento entre el ámbito laboral y el de los funcionarios públicos en lo que a condiciones de trabajo se refiere[21].

---

[17] Vid. Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico", en el libro colectivo *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* Del Rey Guanter (dir.), La Ley 2008, pág. 103.

[18] Vid. Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. pág. 100.

[19] En este sentido se expresa, Del Rey Guanter, S., op. cit. pág. 99. Fronteras y diferencia de trato que algunos autores no han considerado necesariamente obligadas por el mandato constitucional, como Cavas Martínez, F., "Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público", op. cit. pág. 2, para quien "la Constitución estaría limitándose a constatar una realidad – la existencia de funcionarios públicos – pidiendo su regulación, pero no estaría obligando a mantener la comentada dualidad de regímenes… nuestra Norma Suprema no impide una labor de unificación o uniformización del régimen jurídico de todas las personas que trabajan en el seno de la Administración".

[20] Vid De La Villa Gil, L.E., "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentarios de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", en *Revista General de Derecho de Trabajo y Seguridad Social*, Iustel, versión electrónica, pág. 3; para quien "progresivamente está produciéndose un doble fenómeno de interinfluencia por el cual instituciones clásicas de la relación funcionarial se aplican a los trabajadores (algunos principios como los de mérito y capacidad en el acceso… vienen siendo de aplicación común al personal estatutario y laboral…) e instituciones clásicas de la relación laboral se aplican a los funcionarios (la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta el momento ha tenido como consecuencia una aproximación de las condiciones de empleo que les afectan)".

[21] Vid. Cavas Martínez, F., "Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público", en *Aranzadi Social*, nº 5, 2005 (BIB 2005/1143), versión electrónica, pág. 3, quien habla tam-

Esta delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del EBEP también fue objeto de algunas críticas desde sus inicios, precisamente por dejar fuera del mismo al personal al servicio de entes que sí conforman el Sector Público, pero no se encuentran en dicha exhaustiva enumeración del Título I, como las sociedades o fundaciones constituidas al amparo del derecho civil o mercantil[22]. Aunque, como veremos más adelante, la exclusión no es absoluta.

Tampoco regula ni aborda supuestos de enorme transcendencia y habitual recurso en el Sector Público, cual es la externalización de servicios en régimen de subcontratación, o, el más debatido recurso a las Empresas de Trabajo Temporal[23]. Supuestos en los que habremos de aplicar la normativa laboral con ayuda de la interpretación que de estas normas ha realizado la jurisprudencia.

Así, pues, tenemos claro qué habremos de entender por personal al servicio de las Administraciones Públicas. Lo que no podemos afirmar de forma tan tajante es que esta identificación de Administraciones Públicas, que lleva a cabo el EBEP, pueda asimilarse al concepto de Sector Público.

La determinación de qué hayamos de entender por Sector Público es crucial para delimitar nuestro objeto de estudio y hemos de considerar a priori que es un concepto más amplio que el de administración pública. Ya que el objeto de nuestro estudio es analizar la conflictividad de este sector, una vez identificada la parte trabajadora, a la que hemos denominado empleado público, nos unimos a quienes consideran que la otra parte del conflicto (o de la relación de trabajo o de servicio) puede denominarse más correctamente "empleador público"[24].

---

bién de cierta "convergencia" e incluso "ósmosis" entre el campo laboral y el de la función pública.

[22] Vid. por ejemplo, *De Soto Rioja*, S., *La reestructuración del empleo…,* op. cit. p. 41, para quien "una de las grandes carencias del nuevo modelo será la del silencio casi absoluto que guardará sobre determinadas fórmulas organizativas bajo las que se amparan ciertas ramificaciones del denominado sector público, como son las que representan sobre todo las fundaciones y las sociedades de carácter mercantil, en cuanto que formas de personificación del Derecho privado".

[23] Vid. Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. pág. 102. En relación con las Empresas de Trabajo Temporal, señala el autor que "tal utilización está excluida con ciertas excepciones desde que hace años, y con origen en normativas autonómicas, empezaron a aparecer prohibiciones cuyo fundamento, al parecer, era la consideración de que tales Empresas podían estar en el origen o contribuir a la alta tasa de temporalidad en las Administraciones Públicas".

[24] Vid. de nuevo, Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. pág. 97.

Podemos traer a colación aquí algunas normas del ordenamiento jurídico administrativo que vienen a definir el Sector Público de forma amplia, a efectos de aplicación del régimen jurídico administrativo.

La primera de ellas es la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público[25], que en su artículo segundo enumera qué entidades comprenden el Sector Público, dividiéndolo en cuatro grupos:

a) La Administración General del Estado.

b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

c) Las Entidades que integran la Administración Local.

d) El sector público institucional.

Y, añade que integran el Sector público institucional las siguientes:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público, vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas).

c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esta Ley.

No obstante, es interesante resaltar que, de todas ellas, sólo tendrán la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público recogidos en la letra a) anterior.

La segunda, algo más exhaustiva, es la Ley de Contratos del Sector Público[26], si bien, contiene una enumeración de entes, organismos y entidades a los que considera parte de lo que hemos denominado Sector Público, a efectos de aplicarles las normas nacionales y comunitarias sobre contratación pública[27]. Así, dentro de su ámbito de aplicación incluye a los siguientes:

[25] Ley 40/2015, de 1 de octubre, BOE de 2 de octubre.

[26] Ley 9/2017, de 8 de noviembre (BOE de 9).

[27] La reciente reforma de esta norma se ha debido fundamentalmente a la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento las Directivas 2014/24/UE sobre contratación pública, la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2'14/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

i) Los fondos sin personalidad jurídica.

j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su

actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

Por tanto, es fácilmente constatable que el concepto de Sector Público es mucho más amplio que el de Administraciones Públicas que define el EBEP, por lo que no sólo habremos de centrarnos en el estudio de la solución de conflictos desde el punto de vista de este texto normativo, con el análisis de su articulado, sino también de la normativa y acuerdos interprofesionales que resulten de aplicación al resto de entes y entidades que conformen el Sector Público.

Por otro lado, el EBEP excluye de su ámbito de aplicación algunos colectivos de funcionarios o personal estatutario que normalmente hemos de incluir en el Sector Público. A éstos no les serán de aplicación las normas contenidas en el mismo, debiendo regirse por su propio Estatuto o norma específica que regule su relación con la Administración o Entidad empleadora. Exclusión que, en el fondo, es relativa, ya que indica una salvedad; que su legislación específica indique otra cosa[28]. Estos colectivos son los siguientes:

a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

b) Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas.

c) Jueces, Magistrados y Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

[28] Esta exclusión viene determinada en la mayoría de los casos por la dificultad que resultaría de aplicar el EBEP, ya que poseen regímenes jurídicos de prestación de servicios muy específicos a los que resulta de difícil o imposible aplicación un régimen estatutario común como el que diseña el Estatuto. Es el caso del personal militar de las Fuerzas Armadas, del CNI, del personal retribuido por arancel y del personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Por otro lado, están también excluidos aquellos colectivos cuyo estatuto se encuentra regulado mediante Ley orgánica (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, así como el Personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y los órganos estatutarios de las comunidades autónomas. Vid. en este sentido Azemar I Mallard, L., "Objeto, ámbito de aplicación y leyes de desarrollo", en el libro colectivo *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* Del Rey Guanter (dir.), La Ley 2008, pág. 148.

d) Personal militar de las Fuerzas Armadas.

e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

f) Personal retribuido por arancel.

g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia.

h) Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

En cuanto a las entidades locales y a la Policía local, el artículo 3º también aclara que sus funcionarios se regirán por la legislación Estatal, incluido el EBEP, y las de las comunidades autónomas, con respecto a la autonomía local. La Policía Local deberá además excepcionar de la aplicación de las anteriores normas, aquello que se especifique en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Ley 2/1986, de 13 de marzo).

Para finalizar, se hace mención especial al Personal funcionario de la Sociedad Estatal

Correos y Telégrafos, que se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en el EBEP. Su personal laboral, en cambio, se regirá por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables.

Junto a ellos deberemos considerar las entidades que, con forma societaria mercantil o fundacional, son financiadas con cargo a presupuestos públicos y que, como hemos advertido anteriormente, no están incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, pese a formar parte del denominado Sector Público. En este punto, podemos constatar que la recomendación de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP fue justamente la contraria. La Comisión propuso que se aplicasen las normas comunes del EBEP "a las relaciones de personal de todas las Administraciones, organismos y entidades dependientes de una Administración o Ente Público creadas por ellos para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que se financien mayoritariamente con fondos públicos, así como a entidades y organismos públicos dotados de autonomía o independencia funcional, sin perjuicio de las Leyes y normas especiales que, en el marco del Estatuto Básico, pueden aprobarse en cada caso"[29]. Aunque es cierto que se mencionan las normas comunes del EBEP como aquellas que deben extender su aplicación al conjunto de los empleados públicos.

[29] Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. Ministerio de Administraciones Públicas. 25 de abril de 2005, apartado 7 *in fine,* página 31.

Sin embargo, como ya hemos advertido, la exclusión no es total o absoluta. La Disposición Adicional Primera indica que a estas entidades le son aplicables los principios contenidos en los artículos 52 (Código de conducta), 53 (principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (principios rectores del acceso al empleo público) y 59 (personas con discapacidad).

En conclusión, el ámbito de nuestro estudio no se reducirá al análisis tan sólo de la conflictividad en las Administraciones Públicas, sino que trataremos de ampliar y abarcar el estudio de la conflictividad y sus vías de solución del más amplio Sector Público[30].

## 3. LA CONFLICTIVIDAD LABORAL Y EL SECTOR PÚBLICO: PROBLEMAS Y VÍAS DE SOLUCIÓN

La conflictividad laboral y el Derecho del Trabajo han caminado irremediablemente unidos[31], aunque, visto desde una perspectiva optimista, el conflicto es, sin duda, "una amenaza para toda organización, pero también un instrumento que, adecuadamente gestionado, puede conducir al avance y a la mejora de las personas y de los entes sociales"[32]. Es evidente que la conflictividad en el Sector Público también existe. Es posible comprobar cómo en los últimos años, la mayoría de estos conflictos han venido determinados por las medidas de reestructuración y contención del gasto, a su vez causadas por razones económicas, llevadas a cabo en la práctica totalidad del Sector Público[33].

---

[30] En relación con el ámbito de este "conjunto o superestructura que conforma el sector público" vid. De Soto Rioja, S., "Los despidos colectivos en el ámbito del Sector Público. Balance de aplicación tras casi tres años desde su reforma", en el libro colectivo *Reforma de las administraciones públicas y empleo público*, Gómez Muñoz, J.M. (coord...), Mergablum, 2015, págs. 401 y ss. Así como el estudio del mismo autor *La reestructuración del empleo…* op. cit.

[31] Vid. De Soto Rioja, S.: La reestructuración del empleo en el sector público, op. cit. p. 15.

[32] Gamero Casado, E. y Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La mediación como estrategia de Resolución de Conflictos", en el libro colectivo *Mediación para la Resolución de conflictos del Personal en las Administraciones Públicas,* Gamero Casado y Rodríguez-Piñero Royo (coords.), Mergablum, 2006, p.9. También la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP destacó su carácter de norma de mínimos en su Informe: "el Estatuto Básico del Empleado Público y, en concreto, los preceptos del mismo que se refieran por igual a funcionarios y contratados laborales, debe ser un Estatuto "de mínimos", esto es, una norma breve, que afirme con claridad la vigencia de los principios constitucionales en todo el espectro del empleo que materialmente debe considerarse público, que adopte las garantías necesarias para su cumplimiento y que establezca líneas de modernización de las relaciones de empleo público en su conjunto, pero que deje un margen suficiente para la adaptación de ese núcleo común a las muy diferentes realidades a las que ha de aplicarse" (punto 7, página 30).

[33] Vid. los grandes ejes de conflicto señalados por el Profesor De Soto Rioja, S., "Los despidos colectivos en ámbito del Sector Público…", op. cit. pág. 413. Vid. también el análisis de

Nadie duda, en la actualidad, de la existencia del derecho de los empleados públicos a plantear conflictos de carácter colectivo, y así lo establece el artículo 15 del EBEP[34] si bien, podemos distinguir el anclaje constitucional de éste, de aquel otro que identifica el derecho constitucional al conflicto de los "trabajadores" o empleados del sector privado o empresarial[35].Pues, como veremos, el derecho al planteamiento de conflictos de carácter colectivo está inexorablemente unido al derecho a la negociación colectiva, y éste último no siempre estuvo claramente considerado por la doctrina para los funcionarios públicos[36]. De hecho, la Constitución señaló preceptos distintos para referirse a los trabajadores (art. 35 y 149.1.7) y a los funcionarios (art. 103 y 149.1.18), y, por ende, para el reconocimiento de los Estatutos que debían regular las relaciones de trabajo de unos y otros; considerándose, por tanto, una diferencia básica entre la relación laboral y la relación estatutaria[37]. Diferencia que el EBEP ha tratado de suavizar para lograr un tratamiento común de ciertos principios y derechos para unos y otros[38].

Por otro lado, la introducción de mecanismos de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito del derecho administrativo no ha estado exenta de inconvenientes. El sometimiento de la Administración Pública a principios como el de legalidad, el necesario servicio a los intereses generales y el preceptivo control jurisdiccional de su actuación han actuado como límites a la

los problemas que realiza Goerlich Peset, J.M., "Despido colectivo en el sector público: problemas comunes y especialidades", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5/2013 (BIB 2013/1676). Si bien, la mayor parte de estos conflictos fueron sustanciados por los Tribunales de Justicia.

[34] El artículo 15 del EBEP se titula "derechos individuales ejercidos colectivamente" y reconoce en la letra e) el derecho a "planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso".

[35] Vid. sobre el tema García Murcia, J., "Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 108, 2014, págs. 275 y ss.

[36] Vid. López Gandía, J., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico", en el libro colectivo *El Estatuto Básico del Empleado Público,* op. cit. pág. 549.

[37] Vid. de nuevo López Gandía, J, *ibídem*, para quien "esta laguna constitucional, la expresión peculiaridades del artículo 28, y los citados artículos 103 y 149.1.18, utilizados a la contra de la idea de negociación han impedido la configuración constitucional de un derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos".

[38] Vid. De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo…,* op. cit. p. 37, para quien el EBEP constituye "una ley de mínimos destinada en principio a la totalidad de los funcionarios y los trabajadores que prestan servicios para el entero sector público, aunque con notorias excepciones de aplicación en algunas de sus fórmulas organizativas, y con la que se otorgará carta definitiva de naturaleza a una modelo dual y casi indistinto de empleo público. Pues no existirá fijación de porcentaje mínimo o tope máximo para cada una de estas categorías, resultando en la práctica ordinaria una materia casi disponible por completo en cada Administración a la hora de diseñar su estructura interna".

búsqueda de soluciones alternativas al proceso jurisdiccional[39]. Sin embargo, también se ha apoyado esta opción como necesaria, dada la lentitud y el atasco que sufren los órganos jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo, y el argumento que ha cobrado mayor fuerza ha sido precisamente el del principio de eficacia de la actuación de las Administraciones Públicas[40].

### 3.1. El reconocimiento constitucional del conflicto colectivo y sus medios de solución en el Sector Público

Podemos afirmar que, en relación a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales, la opción del constituyente fue más bien "aséptica"[41], a diferencia de lo que sucede con otros derechos colectivos como la negociación colectiva o la huelga, dejando un amplio margen al legislador para establecer el modelo que estimara conveniente. El artículo 37.2 CE reconoce "el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo", encomendando al legislador la regulación del ejercicio de este derecho y sus limitaciones. Dos son las cuestiones que habremos de tener en cuenta en relación con su aplicación al ámbito del Sector Publico. Una, la conexión entre el reconocimiento constitucional del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y los medios extrajudiciales de solución de conflictos, que ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional, refiriéndose, por tanto, en el contenido del derecho a la articulación del conflicto, incluyendo los medios extrajudiciales para su solución[42]. Así, el Alto Tribunal viene declarando que la Constitución reconoce a los representantes de los trabajadores y los empresarios "un poder de regulación y ordenación de las relaciones laborales en su conjunto"[43]. Poder que "actúa en un sistema de negociación colectiva a través de la representación institucional que ostentan los sindicatos y las asociaciones empresariales y que, consagrado en el artículo 37.2 de la Constitución, lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de los conflictos de trabajo, especialmente en relación con las controversias que tengan su origen en la interpretación y aplicación del convenio". Por tanto, podemos

[39] Vid. Escartín Escudé, V., "El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 39-40, pág. 104.

[40] De nuevo Escartín Escudé, V., *ibídem*, y Rosa Moreno, J., "Encuadre jurídico-administrativo de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos", en el libro colectivo, *Mediación para la Resolución de conflictos del Personal en las Administraciones Públicas,* op. cit. pág. 107.

[41] Vid. Del Rey Guanter, S., La resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales, CARL, 1992, pág. 81.

[42] La conexión entre el reconocimiento constitucional de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos y el artículo 37.2 CE fue aceptada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 217/1991, de 14 de noviembre y 37/1983, de 11 de mayo.

[43] STC 217/1991, fundamento 6.

apreciar que en el contenido del artículo 37.2 se encuentra tanto el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, diferentes de la huelga, como los procedimientos de solución de los mismos[44]. Y, de este modo, podemos afirmar que existe una clara conexión no sólo ya entre el reconocimiento del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo y el establecimiento de medios autónomos de solución de conflictos, sino entre la negociación colectiva y los mismos, en la medida en que aquellos proceden de esta.

No obstante, hemos de aclarar desde este momento que, mientras que en el ámbito de las relaciones laborales en el sector privado, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la conexión entre el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho de huelga (28.2 CE), el de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y el de adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE)[45], no sucede lo mismo en el ámbito de la función pública, donde este Tribunal ha venido negando que todos estos derechos formen parte, del mismo modo o con la misma intensidad, del núcleo duro de la libertad sindical de los funcionarios públicos[46]. Así, según el Alto Tribunal, "el derecho de negociación colectiva no es de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su sede sistemática en la Constitución, al no estar incluido en la sección 1 del capítulo 2 del título 1 (artículos 14 a 28 CE: SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, f.3; 45/1984, de 27 de marzo, f.1; 98/1985, de 29 de julio, f.3; 208/1993, de 28 de junio, f.2). Pero cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente (STC 80/2000, de 27 de marzo, f. 5). Asimismo hemos declarado que, aun cuando en el ámbito funcionarial

[44] Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", op. cit. pág. 36.

[45] E incluso con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Vid. Martin Valverde, A, "Medios no judiciales de solución de los conflictos laborales: caracterización general", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* nº 123, 2016, pág. 21, para quien "los distintos medios no judiciales de solución de los conflictos de trabajo se desenvuelven en un campo normativo bastante problemático, en el que están sometidos al influjo de fuerzas magnéticas muy poderosas. La designación de tales fuerzas se puede hacer en términos de derechos constitucionales. Uno de ellos es el derecho a la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE); otro, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); otro, el derecho de huelga de los trabajadores (art. 28.2 CE); y otro, en fin, el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). El área del ordenamiento donde se ubican los medios no judiciales de solución de los conflictos de trabajo es aquélla en que se conectan y se entrecruzan todos estos derechos constitucionales".

[46] Vid. Rivero Lamas, J. y De Val Tena, A.L., "El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 68, 2007, pág. 19.

tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio, f.9) que, por las peculiaridades de derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido *adicional* del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le de la Ley reguladora del derecho a la negociación colectiva (art. 6.3 b) y c) LOLS)"[47].

De este modo, el Tribunal Constitucional, aplicando una doctrina no exenta de críticas, no reconoce a los funcionarios un derecho constitucional a la negociación colectiva, si bien no impide que legalmente se pueda reconocer este derecho en el ámbito de la función pública. Aunque deja claro que la negociación colectiva de los funcionarios ni forma parte del contenido esencial[48]– constitucionalmente protegido – de la libertad sindical de estos, relegándolo al denominado "contenido adicional", ni tiene reconocida la fuerza vinculante en los términos del 37.1 CE; y marca, con ello, una clara diferencia entre la negociación colectiva de los trabajadores con contrato de trabajo y la de los funcionarios públicos[49].

Y la segunda cuestión, derivada de lo anterior, tiene que ver con la titularidad del citado derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, pues el artículo 37.2 CE reconoce este derecho sólo a "empresarios y trabajadores", sin que en tal expresión puedan entenderse incluidos los funcionarios públicos[50]. Lo cual, nos deja un claro interrogante sobre lo que haya de ocurrir con

[47] SSTC 80/2000, de 27 de marzo, f.5, 222/2005, de 12 de septiembre, f.3 y, más recientemente, 118/2012, de 4 de junio, f. 4.

[48] Ya que reconoce que el legislador puede regular especialidades para el ejercicio de este derecho por los funcionarios, si bien, esta especialidades solamente pueden afectar al contenido no esencial de ese derecho de libertad sindical (STC 57, 1982, de 27 de julio).

[49] Vid. Rivero Lamas y De Val Tena, "El derecho a la negociación colectiva…", op. cit. pág. 19. En contra se pronunciaban algunos autores con carácter previo a dicha sentencia, vid. por todos Roqueta Buj, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Universidad de Valencia, 1996, pág. 42. Vid. también un resumen de las posiciones doctrinales hasta la actualidad y una crítica de la doctrina constitucional contenida en la STC 80/2000 en Goerlich Peset, J.M., "La negociación colectiva en la Constitución, una mirada crítica", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 108, 2014, págs. 260 a 262, para quien "No se acaba de ver, en este sentido, que la negociación de funcionarios y asimilados sea únicamente contenido adicional del derecho de libertad sindical… No parece razonable pensar en un contenido esencial del derecho a la negociación colectiva diferente en función de la calificación como laboral o funcionarial de las correspondientes relaciones de servicios". En el mismo sentido se pronuncia Monereo Pérez, J.L., "El derecho a la negociación colectiva", en Monereo, Molina Y Moreno, *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España,* Granada, Comares, 2002, pág. 625..

[50] Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de tra-*

los empleados públicos con contrato laboral. Aun cuando, como se ha dicho, no parece razonable establecer límites a los funcionarios públicos y no extenderlos a quienes prestan servicios también para la misma Administración en régimen laboral[51], lo cierto es que la solución a la que nos lleva la doctrina constitucional antes expuesta, nos obliga a tener que considerar las opciones del legislador, que es quien tiene encomendado el mandato constitucional de desarrollar dichos límites. Y estas singularidades podrán afectar tanto a los funcionarios como a los trabajadores contratados por ella[52].

El legislador está legitimado, por tanto, para ampliar este derecho al ámbito de la función pública[53], como, de hecho, lo hace a través del EBEP. Quienes prestan servicios para una Administración Pública con la condición legal de funcionario público, encuentran ciertas especialidades y peculiaridades o, si se quiere, límites, tanto en el reconocimiento de la libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE, como en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (ex artículo 103.3 CE), remitiendo en ambos casos la Constitución a lo que establezca el legislador ordinario, que deberá desarrollar el ejercicio de ambos derechos. Y remitiéndonos, por tanto, al modelo de negociación colectiva que diseñe la Ley que regule el Estatuto de los funcionarios públicos[54], que nos es otro que el EBEP. En este marco, como se ha dicho, los sindicatos en la función pública gozarán del derecho a la negociación colectiva en los términos establecidos en la Ley, no existiendo un derecho a negociar al margen de los órganos y sistemas previstos por el legislador[55].Se puede entender, así, la regulación legal tanto de un modelo de negociación colectiva, como de un sistema de solución de extrajudicial de conflictos en el ámbito del sector

*bajo en la Función Pública,* op. cit. pág. 74; también Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", op. cit. págs. 37 y 38.

[51] Vid. García Murcia, J., "Derecho a adoptar medidas…", op. cit. pág. 289, quien lo justifica añadiendo que "pese a su incongruencia notoria, la separación formal entre uno y otro grupo de empleados públicos es aún la línea de regulación de nuestro sistema legal e incluso de nuestro sistema constitucional".

[52] Vid. Goerlich Peset, J.M., "La negociación colectiva en la Constitución...", op. cit. pág. 262, para quien "lo hemos visto en el pasado en las SSTC referidas a los topes presupuestarios en materia de retribución del personal al servicio del sector público (por todas STC 24/2002, de 31 de enero)".

[53] Vid. García Murcia, J., "Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, pág. 289.

[54] Vid. STC 85/2001, de 26 de marzo. Vid. también Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", op. cit. pág. 38, para quien tiene lugar un "engarce de la negociación colectiva funcionarial a través de su regulación por medio de una legislación ordinaria que no encuentra condicionantes constitucionales directos".

[55] Vid. Mauri Majós, J., "Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público", en *Estatuto Básico del Empleado Público,* Ortega Álvarez, L, (dir.), La Ley, 2007, pág. 300.

público, aplicables a los funcionarios públicos. Sin olvidar, eso sí, que se trata de una norma de carácter básico que podrá ser, por tanto, desarrollada convenientemente.

No podemos decir que el precepto constitucional indique, a través de qué institución se podrá ejercer (colectivamente) el citado derecho, ni que precise quiénes pueden ejercer dicha representación, remitiendo, como hemos advertido ya, a la regulación legal. Desde el prisma constitucional, en principio, tanto los sindicatos, como las secciones sindicales o los representantes unitarios podrán plantear medidas de este tipo, quedando abierta dicha posibilidad, en principio, a cualquier otra forma de representación colectiva de los trabajadores[56].

No obstante, como hemos dicho, el legislador, con el aval que le proporciona el propio artículo 37.2 CE, podrá establecer límites a este derecho en función de sus peculiaridades. Por ello, cuando nos encontramos con el personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre la base de lo establecido en el artículo 103.3 CE, será el legislador el que haya de establecer los límites propios de dichos empleados. En este caso, al igual que en relación con el ejercicio del derecho de huelga o la negociación colectiva, se podrán hacer distinciones respecto de los "trabajadores por cuenta ajena" propiamente dichos, en el ámbito del sector privado, lo que nos lleva a concluir, como ha defendido la doctrina, que el artículo 37.2 CE, al incluir la expresión "trabajadores y empresarios" se refiere a los trabajadores que prestan servicios en base a un contrato laboral.

Correspondería, pues, al legislador el establecimiento de los límites que afectarán a los empleados públicos. Eso sí, se podrá admitir, respecto de estos últimos, sin que ello colisione con los preceptos constitucionales, que el recurso a estos medios se encuentre recogido como una obligación o requisito previo a la adopción de otras medidas, en la propia negociación colectiva[57]. Hasta el punto en que el Tribunal Constitucional, tratando de resolver las objeciones de constitucionalidad opuestas a estos acuerdos, ha admitido que, el establecimiento de trámites preprocesales, siembre que sean razonables y proporcionados, y no impidan el recurso final a la vía

[56] Vid. García Murcia, J., "Derecho a…", op. cit. pág. 288.

[57] Así lo expresa la STC 217/1991, de 11 de noviembre, en relación con la previsión del Convenio colectivo de acudir a la Comisión Paritaria con carácter previo a la vía jurisdicción. Afirma el Tribunal que "si un sindicato plantea el conflicto directamente ante los Tribunales, omitiendo el anterior requisito, dicho sindicato no habría actuado conforme a los establecido en las normas aplicables las cuales exigen la intervención de la comisión paritaria, ...Y, en tal caso, no puede entenderse vulnerado el derecho de libertad sindical, porque éste sólo habría resultado lesionado si, al plantear el conflicto, el sindicato hubiera acomodado su conducta a lo previsto en las normas correspondientes".

judicial, son admisibles y no colisionan con el derecho a la tutela judicial efectiva[58].

### 3.2. Régimen jurídico de la solución extrajudicial de conflictos en el sector público: La dualidad de regímenes

Una vez analizada la aceptación constitucional del establecimiento de sistemas autónomos de solución extrajudicial de conflictos en este ámbito, incluso como requisitos preprocesales, y aclarado que se trata de un derecho que reside en el reconocimiento legal y no en un derecho constitucional expresamente reconocido en la Norma Fundamental, es preciso analizar esa regulación que las leyes contienen respecto del Sector Publico.

En primer lugar, deberemos referirnos al reconocimiento en el artículo 15 del EBEP del derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, como derecho individual que deba ser ejercido colectivamente. En este caso, el EBEP ha optado por configurar el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo como un derecho de todos los empleados públicos, sin distinguir entre funcionarios públicos y laborales. Además, lo configura como una derecho individual de ejercicio colectivo – tal y como se especifica en el título del precepto – y lo subordina a la "legislación aplicable en cada caso", con lo que se evidencia que el legislador requiere que los trabajadores actúen a través de sus representantes[59].

Este precepto se completa con la regulación en el artículo 45 del miso texto normativo de la posibilidad de "crear, configurar y desarrollar sistemas

[58] Lo vuelve a decir el TC en la misma Sentencia 217/1991, fundamento 5, cuando recuerda que "la necesidad de plantear la cuestión previamente ante la comisión paritaria del convenio colectivo, no excluye ni cierra el posterior paso a las vías jurisdiccionales. El interesado, si no queda satisfecho con la intervención de la comisión, puede acudir posteriormente, en todo caso, a los tribunales. Pero es que, además, es un trámite que, como hemos visto, encuentra una plena justificación toda vez que tiene por objeto, no solo los fines generales expuestos de la conciliación o de reclamación previa, sino también procurar una solución de la controversia por medios autónomos, propios de la autonomía colectiva y no jurisdiccional… La intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo es, pues, una manifestación del principio de autonomía colectiva, y, más concretamente, del derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE) entre las que se encuentran no sólo el planteamiento del conflicto, sino también las de crear medios propios y autónomos para solventarlo". Vid. también Sáez Lara, C., "Administración pública y procedimientos de solución de conflictos laborales", en *Temas Laborales*, nº 125/2014, pág. 404, para quien "la interpretación de un derecho absoluto de acceso a la tutela judicial contenido en el artículo 24 CE… ha ido progresivamente cediendo, en la doctrina científica y constitucional, a favor de conformar el arbitraje como un "equivalente jurisdiccional". De esta forma, se abre la puerta para transitar desde un modelo de dependencia a un posible modelo de autonomía funcional.

[59] "Aunque el texto constitucional no tome nota de ello", tal y como indica García Murcia, J., "Derecho a adoptar…", op. cit. pág. 288.

de solución extrajudicial de conflictos, por acuerdo entre las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales"[60], reconociendo, por tanto, la capacidad de ambas partes para, de forma autónoma, configurar un sistema de solución de conflictos en el marco del empleo público.

Ahora bien, lo primero que llama nuestra atención es que, mientras el artículo 15 resulta de aplicación a todos los empleados públicos, el artículo 45, en cambio, resulta de aplicación solo y exclusivamente a los funcionarios públicos[61], debiendo acudir al Estatuto de los Trabajadores y a las normas convencionales para determinar el régimen jurídico aplicable al personal laboral que presta sus servicios en el ámbito del Sector Público[62]. En este punto no podremos gozar de una regulación homogénea, apartándose, por tanto, el EBEP de su objetivo inicial[63] y generando con ello una cierta confusión en relación al régimen jurídico que hayamos de aplicar al personal laboral. En vista de dicha regulación y considerando que nada más se especifica en el EBEP, habremos de suponer que la opción del legislador es, como lo hace con la negociación colectiva del personal laboral (artículo 32), que el recurso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos por los empleados públicos y sus representantes se regirán por la legislación laboral.

Las razones que nos llevan a sostener que el artículo 45 sólo resulta de aplicación a los funcionarios públicos se centran fundamentalmente en el contexto legal en el que se enmarca el precepto. Se trata del capítulo destinado a la negociación colectiva, donde, como sabemos, la diferenciación entre el régimen jurídico aplicable a los funcionarios y el del resto de los empleados

[60] Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales…*, op. cit. pág. 64, para quien este reconocimiento tiene dos consecuencias de interés: "junto a la limitación de la potestad unilateral de la Administración en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, el reconocimiento de áreas de conflicto potencial entre éstos y aquélla, especialmente conectados con la relación de servicio que les une, de forma que posibilita el que se aplique también en este ámbito funcionarial las técnicas de solución extrajudicial de conflicto".

[61] Vid. Gala Durán, C., "La nueva regulación de la solución extrajudicial de conflictos", op. cit. pág. 673, Quintanilla Navarro, Y., "Comentario al artículo 45", en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007…,* op. cit. pág. 359, Sala Franco, T., "Los derechos colectivos de los empleados públicos", en *Comentarios a la Ley del Estatuto…,* Sánchez Morón (Dir.), op. cit. pág. 316.

[62] Así, el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, así como el resto de los trabajadores del sector público, con contrato laboral, estarían bajo el paraguas de la normativa laboral general y de los Acuerdos interconfederales de solución extrajudicial de conflictos colectivos, firmados entre los interlocutores sociales, como veremos más adelante.

[63] Vid. Fernández Domínguez, J.J., "Artículo 15", en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007…",* op. cit. pág. 161, para quien "existe un listado único de derechos, aun cuando su aplicación, dadas las variadas fuentes normativas y las numerosas limitaciones y excepciones, dista mucho de ser común y homogénea".

públicos se justifica por el mandato constitucional del artículo 103.1 CE[64]. En efecto, dentro de este capítulo, que conforman los artículos 31 a 46 del Texto Refundido del EBEP, el artículo 32 se refiere expresamente a la negociación colectiva, representación y participación del personal laboral, remitiendo a la legislación laboral en su regulación, "sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente le son de aplicación". Por ello, para que un precepto de este capítulo sea de aplicación a los empleados públicos con contrato laboral, será preciso que lo indique expresamente el mismo precepto. Y a ello añadiremos que el propio artículo 45 se refiere a los "Pactos y Acuerdos" y a las "Administraciones Públicas", lo que nos tiene que llevar necesariamente a descartar su aplicación al personal laboral[65].

Esto deja al personal laboral en una situación altamente complicada por cuanto se regirá por la legislación laboral, si bien habrá de sortear las limitaciones que impone el EBEP, en ocasiones, difíciles de conciliar con el ejercicio del derecho, y que tendremos ocasión de analizar más adelante. No obstante, hemos de decir en favor del legislador que, a pesar de establecer un régimen diferente al de la legislación laboral, acerca bastante ambos sistemas, permitiendo una progresión en la homogeneización y fusión de los regímenes, con clara influencia del laboral sobre el administrativo[66].

El artículo 45 del EBEP tiene una antecedente claro en el artículo 38 de la Ley de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP, en adelante)[67]; aunque con intención de mejorarlo[68]. Así, la LORAP, en su redacción originaria, incluía, por un lado, la posibilidad de crear comisiones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos de la negociación colectiva

[64] Estas diferencias han venido siendo aceptadas y justificadas por la jurisprudencia y por la mayoría de la doctrina administrativista. Vid. STC 222/2005, de 12 de septiembre.

[65] Lo cual, según Sala Franco, T, "Los derechos colectivos…", op. cit. pág. 315, resulta criticable "por cuanto, de una parte, el personal laboral no tiene ni mucho menos resuelta la aplicación de los procedimientos extrajudiciales acordados para el sector privado y, de otra, parecería más lógico que ambos tipos de personal que comparten un mismo empresario (la Administración Pública), pese a su distinto régimen jurídico, compartieran también los mismos procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, aunque no compartan hoy por hoy, esto es cierto, los mismos procedimientos judiciales y la misma jurisdicción".

[66] Vid. Quintanilla Navarro, Y., "Artículo 45", op. cit .pág. 357.

[67] Ley 9/1987, de 12 de junio (BOE del 17).

[68] Vid. Gala Durán, C., "La nueva regulación de la solución extrajudicial de conflictos", op. cit. pág. 672. En relación con el artículo 38 de la LORAP, vid. los estudios de Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos…", op. cit. págs. 43 y ss.; Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*, op. cit. págs. 75 y ss.; Roqueta Buj, R., *La negociación colectiva en la función pública*, op. cit. págs. 456 y 457.

funcionarial[69] y, por otro, un procedimiento de mediación para resolver "los conflictos surgidos en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos o los incumplimientos de los Pactos o Acuerdos"[70]. Modificada la norma, a través de la Ley 7/1990, de 19 de junio, se trató de mejorar su regulación, constituyendo un importante precedente al incluir la solución de los conflictos que resultaran de la interpretación de Pactos y Acuerdos, o de posibles bloqueos negociales, remitiendo además a un sistema de mediación que debía ser desarrollado reglamentariamente, si bien, eso nunca llegó a suceder[71].

Sin embargo, la misma crítica que en su redacción originaria recibió la regulación de la LORAP, puede ser reproducida en la actualidad. Consideramos que resulta extraño que un tema de tanta importancia reciba un tratamiento tan escueto en un solo precepto[72], lo que sólo se entiende por la presunción de una intención del legislador de dejar en manos de los negociadores la creación de un sistema de solución extrajudicial de conflictos para el sector. Pero, en esta línea, tampoco podemos decir que se establezcan mecanismos claros que permitan promover la aplicación de las medidas de solución, dejando en manos de la capacidad negociadora de las partes, esto es, de las organizaciones sindicales y las administraciones públicas, la "creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos", sin añadir nada más.

Por otro lado, ya se señalaba tras la Ley de 1990 que la clave para el funcionamiento "racional" del proceso negocial y la contención de las medidas de presión estaba en la "articulación del proceso de negociación colectiva con

[69] Artículo 35 de la LORAP.

[70] Siendo este aspecto bastante criticado, precisamente por mencionar sólo la mediación y no dejando abierta la posibilidad a otros medios de solución de conflictos. Vid. en este sentido Del Rey Guanter, *Los medios extrajudiciales de solución...*, op. cit. pág. 83; y Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos colectivos", en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* Del Rey Guanter (Dir.), La Ley, 2008, pág. 500.

[71] Dicha norma surgió de un acuerdo entre el Gobierno y las Centrales Sindicales más representativas a nivel estatal, en el marco del diálogo social. Fruto de este acuerdo se modificó el Capítulo III de la LORAP, incluyendo, por tanto, el artículo 38 que quedaba redactado del siguiente modo: "1. Las Administraciones Públicas y los Sindicatos a que se refieren los artículos 30 y 31.2 podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos. 2. La mediación se efectuará conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine. 3. Las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato".

[72] Vid. en relación con la LORAP, Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública,* op. cit. pág. 76, para quien el marco jurídico estatal tenía dos notas esenciales, "su simplicidad y su falta de coordinación". También se pronuncia en este sentido Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución…", op. cit. pág. 44.

los medios de solución de conflictos y de ambos con el posible ejercicio del derecho de huelga"[73]. Por el contrario, esa falta de integración entre el proceso de negociación, la solución y las posibles medidas de conflicto, traía como consecuencia que la mediación apareciese como algo marginal, desintegrado del proceso que facilitaba, de este modo, la imposición unilateral de las condiciones de trabajo por parte de la Administración por la aplicación del art. 37.2 de la misma norma[74].

E incluso se ha criticado que dicha regulación, prevista en la LORAP, no cumplía con las exigencias del Convenio nº 151 de la OIT, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en las Administraciones Públicas, ratificado por el Estado Español, que exigiría una mediación de carácter obligatoria y no voluntaria[75]. Al menos, la expresión del artículo 8 del citado Convenio indica que la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de trabajo [de los empleados públicos] "se deberá tratar de lograr" por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos como la mediación, la conciliación y el arbitraje. Por lo que, independientemente de cómo se interprete esa obligatoriedad o intencionalidad del precepto, lo cierto es que da normalidad al establecimiento de sistemas de solución extrajudicial de conflictos o basados en la negociación, en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Cuando se elabora el Estatuto Básico del Empleado Público en 2007, ya existía en el ámbito laboral un sistema bastante completo, y avanzado en su implantación, de solución extrajudicial de conflictos laborales, creado a partir de la negociación colectiva. Acuerdos interconfederales, como el Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC)[76], completados con

[73] Vid. Del Rey Guanter, S., Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública, op. cit. pág. 79.

[74] "Corresponderá al Gobierno, en los términos del artículo 3.2 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y a los órganos de gobierno de las demás Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los caos en que no se produzca acuerdo en sus negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el artículo 35".

[75] Vid. Sala Franco, T., "Los derechos colectivos de los empleados públicos", op. cit. pág. 316. No se muestra en cambio tan crítico Cruz Villalón, J., en la interpretación de este Convenio, "La mediación en la solución…", op. cit. pág. 42, al considerar que el Convenio es lo suficientemente impreciso al utilizar la expresión "se deberá tratar de lograr", que concede una "amplísima libertad de articulación de los mecanismos más idóneos". En este mismo sentido, destacando la "timidez" con la que se expresa la norma internacional, vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución…,* op. cit. pág. 74.

[76] Denominado en la actualidad Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos (ASAC). Vid. V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos, publicado por Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo (BOE nº 46 de 23 de febrero de 2012), modi-

algunos de ámbito autonómico, habían permitido poner en marcha un sistema de solución extrajudicial de conflictos de trabajo basado en la mediación y el arbitraje. Si bien, como regla general, excluían de su ámbito de aplicación los conflictos en los que fueran parte las Administraciones Públicas, Comunidades Autónomas, Entidades Locales o entes que conforman el Sector Público. Dejando, por tanto, en tierra de nadie al personal laboral al servicio de los mismos[77].Esta estructura presentaba tres niveles, el interconfederal – en el que hemos mencionado el ASEC –, el de Comunidad Autónoma – donde podían encontrarse bastantes sistemas de solución de conflictos fruto de la concertación social – y el nivel sectorial o empresarial. En todos ellos era posible encontrar acuerdos donde se excluía expresamente de su ámbito de aplicación a las Administraciones Públicas, otros donde se guardaba silencio y otros donde se permitía la adhesión de las entidades del sector público mediante acuerdo entre las partes negociadoras o incluso preveían su aplicación al personal laboral de las mismas[78].

En este marco, la regulación del EBEP, como veremos, logra superar muchas de las críticas que se hacían a la anterior redacción de la LORAP[79], aunque mantiene algunas. Coincidimos, por ejemplo, con quienes consideran que la nueva redacción del artículo 45 EBEP recuerda mucho la del artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores[80]. Precisamente en el establecimiento de dos procedimientos diferenciados, de organización similar a las del ET. Uno, encomendado a las Comisiones Paritarias previstas en el artículo 38.5, que se reserva para la resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos que se recogen en el artículo 38[81]. Y un segundo procedimiento que podrá emanar de los acuerdos a que lleguen las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales, a través de los que podrán crear, configurar y desarrollar sistemas de solución extrajudicial de

ficado por Resolución de 8 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo (BOE nº 175, de 21 de julio de 2016), donde consta la denuncia del mismo por las partes de forma conjunta.

[77] Vid. Sala Franco, T., "Los derechos colectivos…", op. cit. pág. 316.

[78] Vid. de nuevo Sala Franco, T., *ibídem*.

[79] Vid. Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos colectivos…", op. cit. pág. 301, quien menciona algunas de éstas: "prevé la mediación y el arbitraje como mecanismos de actuación abriendo – aunque no del todo – el abanico de posibilidades de solución; conforme a los dispuesto en el artículo 38.7 del EBEP, se incardinan los medios extrajudiciales dentro del proceso de negociación colectiva; y se abandona el modelo de mediación intervencionista y publicado".

[80] Vid. Quintanilla Navarro, Y., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007…,* Aranzadi, pág. 359.

[81] Este precepto guarda una gran similitud con el recogido en el artículo 91.1 del Estatuto de los Trabajadores: "… el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos".

conflictos[82]. Llegando a mencionar en particular los procedimientos de mediación y arbitraje[83]. Sin embargo, también somos afines a quienes se preguntan si no hubiera resultado más acertado dejar a la autonomía colectiva, única y exclusivamente, la creación de los medios de solución sin ningún tipo de directrices legales[84].

Sin duda, el artículo 45 del EBEP establece una complementariedad entre lo regulado en la norma y la negociación colectiva, e incluso nada impide que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar, dentro de su ámbito de competencias, lo regulado en el mismo. Precisamente en eso consiste su reconocimiento como norma básica[85]. Sobre el ámbito territorial autonómico volveremos más adelante pero lo cierto es que son pocos los acuerdos de las Mesas de Negociación que han tratado de desarrollar estos procedimientos[86].

### 3.3. La tipología de los conflictos contemplados en el EBEP (artículo 45.2)

En cuanto a la tipología de los conflictos que podrán ser objeto de tratamiento para su solución a través de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, podemos partir de la tradicional distinción entre conflictos indi-

[82] Similar también a la redacción del artículo 91.2: "No obstante lo establecido en el apartado anterior, en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos". Es interesante esa referencia a las organizaciones sindicales, en cuanto representación de los trabajadores, del ejercicio de este derecho, dejando fuera de dicho ejercicio, por tanto, a los representantes unitarios de los funcionarios públicos. Vid. García Murcia, J., "Derecho a adoptar medidas de conflicto…", op. cit. pág. 289.

[83] Vid. artículo 45.3 EBEB: "los sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje".

[84] Vid. Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos…", op. cit. pág. 502.

[85] Vid. Palomar Olmeda, A., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), op. cit. pág. 23. En este mismo sentido se pronuncia Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. p. 101, para quien el calificativo de básico del Estatuto ha de considerarse que tiene tres sentidos, siendo el primero de ellos el que nos recuerda la propia Exposición de Motivos: "esta norma ha de tener en cuenta el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar en las últimas décadas" y que lleva a que las Disposiciones finales sitúen a este Estatuto en relación a las competencias de esas otras Administraciones distintas a la central… y muy especialmente respecto a las de las Comunidades Autónomas.

[86] Por el momento y salvo error u omisión, podemos mencionar el Acuerdo publicado en el BOE a través de la Resolución de 30 de junio de 2017, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de las Mesas Generales de Negociación de la Administración General del Estado de 30 de mayo de 2017, por el que se modifica el Acuerdo de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación, en cuyo punto 19 se establece un acuerdo para agotar las vías de solución de conflictos recogidas en el EBEP.

viduales, colectivos y plurales; y entre los conflictos de intereses o económicos y los jurídicos[87].

*a) Conflictos individuales, colectivos o plurales.*

En cuanto al primer tipo de conflictos: hemos de distinguir entre individuales, colectivos o plurales. La jurisprudencia ha ayudado de delimitar el concepto de conflicto colectivo, indicando que tienen este carácter "los que afectan a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores", lo que indica "la existencia de un grupo homogéneo definido por caracteres objetivos que lo configuran y, por otro lado, la presencia de un interés general que reside en el grupo"[88]. Una doctrina ésta que el Tribunal Supremo ha mantenido constante hasta nuestros días, añadiendo que "las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos:

1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores "entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y

2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que ha de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general".

Por su parte, como hemos podido advertir, el artículo 45 de conflictos recogidas en el TRdas jurdel empleador y de los empleados, establecer un rcies, los funcioarios EBEP sólo se refiere a conflictos colectivos, siendo la solución de conflictos individuales o plurales, según puede deducirse del propio texto legal, de resolución exclusivamente judicial[89], mediante los procedimientos previstos en la Ley de la Jurisdicción Social. Algo que parece deducirse fácilmente de la regulación contenida en el EBEP. Así, como se ha dicho, las reclamaciones judiciales vinculadas a condiciones de trabajo se dan con más frecuencia en el ámbito individual, mientras que la puesta en práctica de las experiencias de mediación y arbitraje suele arrancar de fórmulas enfocadas hacia los conflictos de naturaleza colectiva[90].

---

[87] Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución*…, op. cit. pág. 42 y ss.

[88] Vid. por todas, STS de 18 de octubre de 2016 (rec. 57/2015) y SSTS de 9 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3796) y de 24 de febrero (RJ 1992/1145).

[89] Vid. Gala Durán, C, "La solución extrajudicial de conflictos…", op. cit. pág. 503 y Mauri Majós, J., "Los derechos colectivos en el nuevo…", op. cit. pág. 330.

[90] Vid. de nuevo Cruz Villalón, J., "La mediación …", op. cit. pág. 31, para quien "esa

La definición de que haya de entenderse por conflictos individuales y plurales, en contraposición a los conflictos colectivos, identificables conforme a la jurisprudencia que acabamos de mencionar, la encontramos en diferentes estudios doctrinales. Así, podremos definir los conflictos como individuales o plurales, "según que el interés jurídico en juego o la virtualidad de su resolución afecte a una situación individualizada", aunque se refiera a un grupo de trabajadores, de forma que no pueda predicarse de ella "una vocación de generalidad, de extensión y aplicación a un grupo homogéneo de trabajadores", ya que, en este último caso, estaríamos ante un conflicto colectivo, como hemos podido comprobar[91].

*b) Conflictos jurídicos y de intereses.*

En relación con esta segunda tipología de conflictos, hemos de considerar que el EBEP contempla los dos tipos de conflictos:

- Los *conflictos jurídicos* – considerados como aquellos que derivan de discrepancias en la interpretación o aplicación de una norma preexistente[92] -, que, en este caso, se identifican con la interpretación y aplicación de Pactos y Acuerdos emanados de la negociación colectiva en la función pública, tal y como se puede deducir de la dicción literal del apartado primero del artículo 45. En el supuesto en que nos encontremos ante Pactos y Acuerdos Mixtos de los previstos en el artículo 38.9 EBEP, hemos de recordar que, como se ha dicho, "los eventuales conflictos que surjan con motivo de esos contenidos podrán ser resueltos por las vías previstas en el artículo 45 EBEP y afectarán no sólo a los empleados públicos funcionariales, sino también a los empleados públicos laborales incluidos en su ámbito de aplicación"[93].

---

proliferación de microconflictividad individual en el ámbito del empleo público se debe en gran medida a que las representaciones sindicales no encauzan debidamente la conflictividad en el empleo público, dicho de otro modo, es un sistema que no logra homogeneizar el régimen de condiciones de trabajo a nivel suficiente como para colectivizar las discrepancias y, con ello, aunar múltiples reclamaciones individuales idénticas en una sola de carácter colectivo".

[91] Vid. De Soto Rioja, S., "El arbitraje en los conflictos individuales", en *Temas Laborales,* nº 70/2003, págs. 328.

[92] Como ha señalado González Biedma, E., "el conflicto jurídico se suscita con base en una desavenencia cuya solución no exige la modificación de una norma jurídica o pacto en vigor preexistente, cuestionándose solamente cómo la misma debe ser interpretada o aplicada, lo que venía a justificar que tal tarea fuese prevalentemente encomendada a los jueces"; "Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas", en *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales,* Navarro Nieto, F, (dir.), Junta de Andalucía, 1994, pág. 229.

[93] En este sentido, vid. Quintanilla Navarro, Y., "Artículo 45", op. cit. pág. 359.

- Los *conflictos de intereses*, basados en bloqueos negociales u otro tipo de cuestiones. En ellos el conflicto tiene por objeto "la determinación de la norma que ha de regir en el futuro el aspecto de la relación cuestionado"[94]. Para ellos el artículo 45 reserva los procedimientos de mediación y el arbitraje específicamente, como veremos en el epígrafe siguiente.

En ambos casos, hemos de considerar que las limitaciones materiales de la negociación colectiva en la función pública, lo son también para el contenido de los Pactos y Acuerdos que puedan surgir de dichos procedimientos.

### 3.4. La organización territorial de los sistemas de solución de conflictos basados en la negociación: la regulación autonómica

Como se ha indicado, el EBEP es "vértice" de un conjunto de normas mucho más amplio que debe ser desarrollado por las Administraciones territoriales dentro de su ámbito de competencia, precisamente por su reconocimiento como norma básica[95]. Por ello, podemos afirmar que el Estatuto que regula el régimen jurídico del empleo público, no puede ignorar la descentralización administrativa que ha tenido lugar en España en las últimas décadas, considerando los tres niveles territoriales de gobierno, estatal, autonómico y local[96]. Reconoce la autonomía territorial para configurar su propia política de personal, constituyéndose en legislación básica, tal y como indica el mandato constitucional del artículo 103.3 y el 149.1.18, en relación con el 149.1.7 de la Constitución Española[97].

*a) El* ámbito *Estatal: los Acuerdos interconfederales*

En el panorama de los acuerdos interconfederales, elaborados al amparo del artículo 83.2 del ET, el ASAC (V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales)[98] excluye de su ámbito de aplicación "los conflictos en los que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos…". Quedan, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación los conflictos en los que sean parte las Administraciones y entidades que

[94] Vid. Martín Valverde, A., "Medios no judiciales de solución…", op. cit. pág. 19.

[95] De nuevo Vid. Palomar Olmeda, A., op. cit. supra; y Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. p. 101.

[96] Vid. Exposición de motivos de la Ley 7/2007.

[97] Vid. de nuevo la Exposición de Motivos donde se indica que "la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina que establece el Tribunal Constitucional".

[98] Al cierre de este trabajo, el V ASAC se encuentra denunciado por ambas partes, encontrándose prorrogado por un año en su duración y en proceso de negociación de un nuevo acuerdo, sin que se haya publicado ningún nuevo acuerdo al respecto.

conforman el Sector Público y los empleados públicos, tengan una relación administrativa o laboral. Esto ha llevado a considerar que, si el EBEP se ocupa tan sólo de establecer procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que se produzcan entre los funcionarios públicos y las Administraciones o entidades en las que prestan servicios, y el ASAC, que regula procedimientos autónomos de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito laboral, excluye expresamente a los empleados públicos, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y otros entes del denominado Sector Público quedaría fuera del ámbito de aplicación de unos y otros[99].

Para evitar este vacío en la regulación de los procedimientos, el ASAC permite utilizar el mecanismo de adhesión previsto en la Disposición Adicional Tercera del Acuerdo, cuyo aparado b) se refiere expresamente a los "conflictos entre los empleados públicos y la AGE y organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes", dejando, por tanto, a la negociación colectiva la posibilidad de adhesión a estos procedimientos[100]. Mediante este procedimiento, la adhesión de los colectivos de empleados públicos, a través de la negociación colectiva entre las organizaciones sindicales y las administraciones o entidades, a los procedimientos de solución de conflictos previstos en el ASAC, es posible.

*b) El ámbito Autonómico: Estatutos de autonomías, leyes de reordenación del sector público y Sistemas Autonómicos de Solución Extrajudicial de Conflictos.*

Cuando hablamos de conflictos colectivos de trabajo y sus medios de solución, no podemos ser ajenos a los problemas que plantea esta libertad organizativa a nivel territorial[101], por lo que habremos de referirnos también

---

[99] Vid. Sala Franco, T, "Los derechos colectivos…", op. cit. pág. 314, quien pone de manifiesto que "Incluso existe la opinión generalizada que pone en duda la posibilidad de que el ASAC resulte de aplicación al personal laboral del sector público, por entender que las asociaciones empresariales negociadoras de los mismos no representan a las Administraciones Públicas, según ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 21 de diciembre de 1999, Ar. 2000/528 y voto particular de la STS de 7 de octubre de 2004, Ar. 2005/2167).

[100] No obstante, para facilitar la determinación del ámbito de aplicación del ASAC, desde la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de la Abogacía General del Estado, a petición del SIMA, se elaboró un listado de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes del Estado, que puede consultarse en la página web de la Fundación SIMA: http://fsima.es/wp-content/uploads/Entidades-del-sector-público-estatal-excluidas-del-ASAC.pdf

[101] Vid. De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo…*op. cit. p. 43, quien pone de manifiesto que "De hecho, una de las situaciones conflictivas más compleja que se sirven en la actualidad en el marco de nuestra comunidad autónoma desde el punto de vista de la situación en la que queda una parte importante del personal de su Administración, tiene mucho que ver

a la regulación legal y convencional en el ámbito autonómico y, por lo que a nosotros interesa, al de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A este nivel debemos considerar que nuestra Comunidad Autónoma asumió a través de su Estatuto de Autonomía las competencias en materia de "promoción de medios de resolución extrajudicial de conflictos laborales"[102].Y, del mismo modo que lo hace la norma básica (EBEP), aunque de una forma algo más compleja, la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía[103] reconoce la existencia de personal funcionario, laboral y estatutario al servicio del sector público autonómico y considera, con carácter general, la aplicación al personal laboral el "derecho laboral, así como por lo que le sea de aplicación en el Estatuto Básico del Empleado Público", mencionando especialmente las normas de acceso al empleo[104].

Interesa destacar que la reordenación del Sector Público autonómico llevada a cabo por la Ley 1/2011, de 17 de febrero[105], no exenta de polémica[106], y

con los problemas que generan este tipo de fórmulas organizativas. Muy específicamente cuando se pretende su plena integración o rescate por pate de la Administración territorial matriz, sin que el proceso esté acompañado de una auténtica disolución y liquidación, que es lo que a la postre intenta hacer la muy discutida y controvertida Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, tras haberse promocionado con anterioridad la creación de todo un sinfín de organismos paralelos".

[102] Artículo 173 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE de 20 de marzo). Competencia que se encontraba ya asumida por la Comunidad Autónoma Andaluza desde el primer Estatuto de Autonomía y el Decreto de Transferencia de 1982; Real Decreto 4103/1982, de 29 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de mediación, arbitraje y conciliación (BOE de 24 de febrero 1983).

[103] Ley 9/2007, de 22 de octubre (BOJA n 215, de 31 de octubre).

[104] Vid. artículo 67 sobre personal de las agencias administrativas, 70 sobre el personal de las agencias públicas empresariales, art. 74 sobre agencias de régimen especial y artículo 77 para el personal de las sociedades mercantiles del sector público andaluz.

[105] BOE de 3 de marzo de 2011, cuyos antecedentes más inmediatos lo constituyen los Decretos leyes 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, y 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del anterior.

[106] En relación con la constitucionalidad de la norma vid. STC 236/2015, de 19 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra dicha norma. Resulta especialmente interesante también el Voto particular formulado por el Magistrado González-Trevijano, para quien, esta Ley "constituye la manifestación más contundente de un fenómeno que ha sido objeto de abundante debate y crítica por la doctrina más autorizada y por la jurisprudencia administrativa y que se conoce con el nombre de *huída del Derecho Administrativo*, y que no es sino la tendencia creciente de todas las Administraciones públicas configuradas en torno al modelo del Derecho administrativo de corte continental-napoleónico, de recurrir de manera indiscriminada a órganos, procedimientos y técnicas de Derecho privado para el desarrollo de sus funciones, y

que vino a modificar la Ley 9/2007, con el objetivo de lograr mayor agilidad y cercanía al ciudadano, va a organizar las distintas entidades vinculadas o dependientes de la Administración de forma novedosa[107]. Esta norma incluye dos categorías, por un lado, las agencias, como entidades con personal jurídica pública dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional, y, por otro, las denominadas "entidades instrumentales privadas", donde se incluyen las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público andaluz. Dentro de las agencias, distingue, a su vez, tres tipos:

- agencias administrativas (anteriormente organismos autónomos),
- agencias públicas empresariales (antes entidades de derecho público)
- y agencias de régimen especial (nueva categoría que engloba a aquellas agencias que ejercen autoridad y requieren especialidades en su régimen jurídico).

Con el objetivo de llevar a cabo la promoción de los medios de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito autonómico, se crea en 1996 el Servicio de Resolución de conflictos laborales en Andalucía (SERCLA)[108]que extiende su ámbito de aplicación "al marco territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y será de aplicación tanto a conflictos colectivos como individuales". En relación con los empleados públicos, sigue al sistema interconfederal del ASEC cuando indica que se dirige a los conflictos que puedan surgir entre "trabajadores y empresarios" que desarrollen su actividad en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Andalucía[109]; si bien, en este caso, añade el propio Acuerdo "sin perjuicio de las especificidades previstas para el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía"[110].

---

que, alegando razones de pretendida "eficacia" en la actuación, pueden eludir *de facto o de iure* los controles y garantías propios del Derecho administrativo".

[107] Vid. Viñuales Ferreiro, S., "La reordenación del sector público andaluz desde la perspectiva jurisprudencial (a propósito de la STC 236/2015, de 19 de noviembre)", en *Revista Española de Derecho Administrativo,* n 181, 2016.

[108] Creado al amparo del Acuerdo Interprofesional para la Constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, de 3 de abril de 1996 (BOJA nº 48, de 23 de abril) y renovado recientemente por Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía, suscrito con fecha 7 de enero de 2015 y publicado por Resolución de 30 de enero de 2015, de la Dirección General de Relaciones Laborales (BOJA de 9 de febrero de 2015).

[109] Vid. Estipulación tercera del Acuerdo.

[110] Vid. en relación con la inicial exclusión del personal laboral al servicio de las administraciones públicas y sus causas, el interesante estudio de Calvo Gallego y Candau Camacho, "Personal laboral de las Administraciones Públicas y sistemas privados de solución de conflic-

Es interesante destacar cómo en el Acuerdo sobre el Sistema SERCLA, toma parte la Administración Autonómica, no ya solo como promotor público del sistema[111], sino como parte que pretende garantizar los compromisos que se deriven para la Junta de Andalucía, de los acuerdos suscritos. Así, se incluye también una Disposición Adicional Única en el Reglamento que establece que "cuando el procedimiento instado se refiera a un conflicto colectivo y afecte al personal laboral de la Junta de Andalucía, en atención a la naturaleza y marco legal del conflicto, la Administración Autonómica podrá designar personal mediador de la Comisión de Conciliación-Mediación en sustitución de los que procediera designar por la organización empresarial firmante del Acuerdo, siguiéndose en lo demás los trámites y efectos previstos en este Reglamento". De acuerdo, por tanto, con esta regulación, los empleados públicos con relación laboral tienen la opción de someterse al procedimiento de mediación conforme al Reglamento del SERCLA, en las mismas condiciones que el resto de trabajadores incluidos en el ámbito territorial y funcional de aplicación del Sistema.

Con esta cláusula y la firma del Acuerdo por parte de la Administración Autonómica se pretendieron salvar los problemas de legitimación, a la hora de considerar cómo debe llevarse a cabo la representación de la Administración pública en la firma de estos acuerdos. Pues lo que viene negando la jurisprudencia es que las asociaciones empresariales más representativas puedan asumir la representación de una Administración[112] en la firma de los acuerdos. Por ello, la solución a este problema pasa porque sea la Administración quien firme el acuerdo con las organizaciones sindicales representativas. En este caso, se convierte en una Acuerdo tripartito.

En cuanto al ámbito funcional del SERCLA, el Acuerdo es relevante por la amplitud de su ámbito funcional, siendo de aplicación tanto a conflictos laborales colectivos como individuales, incluyendo tanto conflictos jurídicos como de intereses o económicos. Utiliza la técnica de la enumeración de los conflictos que se entienden incluidos en su ámbito funcional, sin regular exclusiones.

---

tos creados al amparo del artículo 83 ET: en especial, el caso andaluz", en el libro colectivo *Mediación para la resolución de conflictos…*, op. cit. pp. 236 y ss.

[111] La Disposición adicional segunda del Acuerdo establece que "por la Administración Autonómica se facilitarán los medios materiales y personales que garanticen la efectividad de los procedimientos de conciliación-mediación y de arbitraje previstos en el presente Acuerdo. A tal efecto, la gestión del SERCLA se efectuará a través de la adscripción funcional del mismo al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL)".

[112] Vid. STS de 21 de diciembre de 1999 (RJ 528/2000). Vid. también en este sentido Sala Franco, T., "Los derechos colectivos de los empleados públicos", op. cit. pág. 314.

Ahora bien, quedaría pendiente la cuestión del tratamiento diferenciado o conjunto de los conflictos de personal laboral y personal funcionario. No parece conveniente mezclar la solución de ambos conflictos, salvo que se trate de conflictos mixtos de personal laboral y funcionario[113], por lo que, mientras exista distinción en los regímenes jurídicos de ambos, procede que los conflictos de unos y otros discurran por procedimientos diferenciados[114].

*c) El nivel Local y el resto de entidades y empresas del sector público*

Este quizás haya sido el más problemático, y donde la exigencia y necesidad de igualar los regímenes jurídicos del personal laboral y funcionario ha sido mayor[115] precisamente por el efecto contagio. Recordando que los sistemas de solución de conflictos autonómicos se aplican a todo el territorio de la Comunidad Autónoma y que el reglamento del SERCLA no excluye, como hemos visto, los conflictos colectivos en los que sea parte una Administración, hemos de considerar la aplicación al personal laboral de las entidades locales, siempre que exista acuerdo entre la Administración y las organizaciones sindicales representativas.

## 4. LOS PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS EN EL SECTOR PÚBLICO: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

No podemos negar las ventajas que ofrecen los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito del sector público en general, y de las relaciones laborales de los funcionarios, en particular. Sin duda alguna, aportan más

[113] Los conflictos mixtos se asimilarían a los acuerdos mixtos previstos en el artículo 38 EBEP conforme al cual "los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral".

[114] Vid. Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución…", op. cit. pág. 56, para quien "dado que el régimen jurídico de referencia es diverso…su forma de exteriorización (refiriéndose al conflicto) necesariamente ha de ser diversa, al mismo tiempo que distintos será necesariamente el soporte formal del acuerdos a través del cual se especifique la solución ente las partes".

[115] Vid. Palomar Olmeda, A., op. cit. pág. 24, para quien "la mínima igualación de regímenes jurídicos constituye una clara exigencia de gestión que ha sido muy perceptible en el ámbito local en el que los continuos deseos de establecer un régimen uniforme han chocado con la normativa legal a la que finalmente se le han "buscado las vueltas" para conseguir que el régimen y los derechos de los empleados públicos de una misma organización tuvieran una cierta igualdad… sin embargo, es lo cierto que la inclusión en el ámbito del EBEP de ambos tipos de relaciones jurídicas no se ha efectuado en condiciones de igualdad total".

celeridad al procedimiento – frente a la duración dilatada en el tiempo de las soluciones que pueda aportar un procedimiento contencioso-administrativo sobre estas materias – y mayor flexibilidad en cuanto a la forma de abordar el conflicto – dejando atrás la rigidez de la norma procesal que puede llevar a que el resultado sea dejar la cuestión imprejuzgada por no llegar a entrar al fondo del asunto –[116]. Y, por el hecho de haber sido aceptados por ambas partes, a través de un compromiso previo, gozan también de mayor efectividad[117] y permiten reducir la conflictividad[118].

Sin embargo, coincidimos con quienes han afirmado que los sistemas de solución extrajudicial de conflictos no han de representar solo una alternativa al sistema judicial y administrativo, sino que han de constituir un "sistema complementario" a las vías judicial y administrativa "que ocupe su propio espacio y desarrolle sus propias potencialidades"[119]. Deben integrarse, por tanto, en la propia negociación colectiva, constituyendo una herramienta necesaria ante el bloqueo negocial[120].

Centrándonos en el régimen jurídico de la solución de conflictos en el Sector Público, hemos de partir de la idea de que, dada la amplitud del concepto y la diferente tipología del personal que lo conforma, deberemos, en primer lugar, situarnos en el ámbito más restringido del EBEP, para ampliar después la información a los supuestos no incluidos en el mismo, pero que integran el denominado Sector Público.

---

[116] Así lo expresa Cruz Villalón, J., "La mediación…", op. cit. págs. 31 y 32.

[117] De nuevo Cruz Villalón, J., op. cit. pág. 33 y Gala Durán, C., La nueva regulación…", op. cit. pág. 672.

[118] Vid. Gala Durán, C, "La nueva regulación…", op. cit. pág. 672 y Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública,* MAP, 1991, pág. 31.

[119] Vid. Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", en el libro colectivo *Mediación para la resolución…*, op. cit. pág. 29. Vid. también el interesante estudio de Rosa Moreno, J., "Encuadre jurídico-administrativo de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos", en el mismo libro colectivo, op. cit. págs. 112 y 113, que se refiere en particular a las técnicas dirigidas a resolver el conflicto, distinguiendo entre aquellas que operan antes de que el conflicto llegue a instancias heterocompositivas – técnicas filtro –y técnicas complementarias, dirigidas a resolver el litigio a través de instancias no jurisdiccionales, que operan de forma heterocompositiva y alternativa, aunque no excluyente, a la jurisdicción contenciosa.

[120] Vid. de nuevo Cruz Villalón, *ibídem,* para quien son sistemas que no se relacionan con la actividad jurisdiccional, sino que entroncan con la negociación colectiva… se trata de propiciar la negociación colectiva, reforzarla y, en su caso, servir de útil herramienta para superar las situaciones de bloqueo". En el mismo sentido se pronuncia Del Rey Guanter, S., *La resolución extrajudicial…",* op. cit. pág. 77, quien criticaba al sistema de la LORAP que no existiese una mínima correlación entre el proceso negocial, huelga y mediación. Hablaba de "invertebración del proceso negocial" que hace de la mediación prevista "una especie de figura atemporal sin coordenadas claras de actuación".

El Estatuto se refiere en su artículo 45, como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, a la Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos, indicando en primer lugar que "con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales a que se refiere el presente capítulo podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos". Acudiendo, por tanto, a las Comisiones Paritarias como actores principales de la interpretación y solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas convencionales, con la única excepción de las materias para las que exista reserva de ley (art. 45.2).

Así, resulta lógico la regulación de este medio de solución basado en las comisiones paritarias, por cuanto una de las cuestiones que puede suscitar conflictividad en el ámbito de las relaciones laborales – públicas o privadas – tiene que ver con la interpretación y aplicación de los resultados de la negociación colectiva[121]. La creación de estas Comisiones se recoge en el artículo 38.5 EBEP, tiene carácter obligatorio y se les atribuyen funciones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos, así como aquellas otras que las partes determinen. En clara asimilación al régimen jurídico previsto en el Estatuto de los Trabajadores, el EBEP también deja a las partes la determinación de su composición, que habrá de ser, eso sí, paritaria.

No indica el Estatuto nada acerca de la eficacia jurídica de los acuerdos adoptados por las citadas Comisiones en caso de conflicto de interpretación o aplicación de los Pactos o Acuerdos, por lo que la doctrina mayoritaria ha venido atribuyendo a dichos acuerdos la misma eficacia de los pactos y acuerdos colectivos regulados en el artículo 38[122], siempre que respeten, entendemos, los requisitos de legitimación que se exigen para aquellos.

Si la actuación de las Comisiones paritarias fracasara y no lograra llegarse a un acuerdo, quedaría abierta la vía de solución extrajudicial de conflictos recogida en el artículo 45.3, que se refiere a dos procedimientos[123]:

---

[121] Vid. en relación con el origen y la regulación de las Comisiones Paritarias en relación con los medios extrajudiciales de solución de conflictos laborales, MONTOYA MELGAR, A., "Las Comisiones Paritarias", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* 123, 2016, págs. 97 y ss.

[122] Vid. Mauri Majós, J., "Los derechos colectivos en el nuevo…", op. cit. pág. 329; teniendo en cuenta que "su validez y eficacia quedará condicionada a los mismos trámites y condiciones que se exigen para la aprobación de los pactos y acuerdos".

[123] Vid. a este respecto la crítica a esta limitación de procedimientos por Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales…,* op. cit. pág. 77 para quien "si la experiencia comparada nos enseña algo, es precisamente la necesidad de que se diversifique y pluralicen tales medios

- una mediación, obligatoria cuando lo solicite una de las partes;
- y un arbitraje, voluntario si así lo acuerdan las partes.

Como vemos, lo que el artículo 45 parece diseñar son dos procedimientos distintos, o dos mecanismos para la solución extrajudicial de conflictos colectivos. Y ello por cuanto utiliza la expresión "con independencia de" las atribuciones a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38. De este modo, tendríamos, por un lado, el diseño de un mecanismo de solución de conflictos colectivos que surjan de la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos previstos en el artículo 38, cuyo procedimiento será el establecido, con carácter general, en ese precepto. Y, por otro, un sistema o sistemas que voluntariamente podrán acordar las Administraciones y las organizaciones sindicales, integrados por los procedimientos de mediación y arbitraje, con los condicionantes que establece el apartado tercero de este precepto.

Así, el EBEP deja atrás la conciliación como medio de solución extrajudicial de conflictos, lo que podemos entender por su conexión, en nuestro derecho positivo, con el proceso jurisdiccional, bien como presupuesto procesal, bien como un elemento que opera dentro del mismo[124].

Como decimos, el artículo 45 no es muy claro en la expresión de cómo han de relacionarse ambos mecanismos, por lo que lo lógico sería pensar en una concatenación de los mismos[125], en un orden lógico que permita integrar los sistemas de solución extrajudicial en la negociación colectiva[126], como hemos dicho.

Algún sector doctrinal ha manifestado su opinión favorable a esa concatenación u orden lógico que debería formar parte del contenido del acuerdo a que se refiere el artículo 45.1. Así, las partes deberán definir una estructura de

---

extrajudiciales para que puedan elegirse y adaptarse los mismos en relación a circunstancias siempre distintas y cambiantes".

[124] Vid. en este sentido Rosa Moreno, J., "Encuadre jurídico-administrativo de la mediación…", op. cit. pág. 113.

[125] Apreciando una clara conexión entre el 38.7 y el 45 EBEP, vid. Gala Durán, C, "La solución extrajudicial…", op. cit. pág. 513, "lo que excluye… el recurso al mecanismos de la conciliación, dejando abiertas únicamente las vías de la mediación obligatoria y el arbitraje".

[126] Vid. en una línea similar, pero referida a la relación entre la mediación y el arbitraje en el V ASAC, Fernández-Costales Muñiz, F., "Aproximación doctrinal al V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales y su renovación", en *Balance del V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales y perspectivas de futuro*, CEOE-Fundación SIMA, 2016, pág. 44, para quien un reto o mejora de los procedimientos de mediación y arbitraje previstos en el ASAC debería ser la "articulación de forma conveniente de la coexistencia de ambos sistemas, como podría ser, por ejemplo, establecer un sistema escalonado, resultando primero obligatoria la mediación y, en caso de fracaso, abrir la posibilidad al arbitraje".

medios de solución de conflictos y el desarrollo reglamentario a que se refiere el apartado quinto establecerá los procedimientos correspondientes, considerando que el contenido de este reglamento también habrá de acordarse con las "organizaciones sindicales representativas"[127]. Sin embargo, no podemos confiar en que ese desarrollo reglamentario, a pesar de la habilitación que contiene el apartado quinto del artículo 45, se vaya a producir, ya que desde 2007, salvo error u omisión, esto no ha tenido lugar. Idéntica fue la opción de la anterior LORAP y ese desarrollo nunca llegó a producirse. Por esto, consideramos que sería conveniente dejar más espacio a la negociación, ya que, dado que el acuerdo con las organizaciones representativas es preceptivo, nada podría impedir que los acuerdos de "creación, configuración y desarrollo" de sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito de las administraciones públicas contuvieran el reglamento de funcionamiento de dichos sistemas con los procedimientos necesarios para su aplicación[128]. Se produciría, de este modo, una invasión legítima del ámbito del reglamento por la propia negociación colectiva o por los pactos y acuerdos de las partes legitimadas para ello, de forma que la autonomía colectiva en el ámbito del sector público iría conformando su propio espacio, tal y como sucede en el sector privado[129].

Por otro lado, considerando la descentralización territorial de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, habremos de considerar las competencias de las Comunidades Autónomas para desarrollar las previsiones del EBEP al respecto. En efecto, precisamente por su carácter básico, no encontramos ningún elemento que impida a las Comunidades Autónomas desarrollar sus propios procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos aplicables al sector público[130], o bien, integrar este ámbito dentro de los procedimientos ya existentes, como sucede con la Comunidad Autóno-

[127] Vid. en este sentido Mauri Majós, J., "Los derechos colectivos…", op. cit. pág. 330.

[128] En la misma línea se pronuncia Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos…", op. cit. pág. 502, quien se pregunta "si resulta conveniente que sea la propia LEBEP la que regule tales medios extrajudiciales y si no hubiera sido más acertado dejar esta cuestión, única y exclusivamente, en manos de la autonomía colectiva, sin ningún tipo de intervención legal".

[129] Sin olvidar, por supuesto, el requerido respeto a la Ley que regula el régimen jurídico de los funcionarios ex artículo 103. Vid. en relación con el alcance relativo de la reserva de ley y el juego de otras fuentes normativas como los convenios colectivos STC 1/2003, de 16 de enero, f.3.

[130] A favor del desarrollo por las Comunidades Autónomas, vid. de nuevo Gala Durán, C., *ibídem*. Vid. también STC 1/2003 y 37/2002, conforme a las cuales, el carácter básico de la Ley que regule el régimen jurídico de los funcionarios, no excluye la regulación de estas materias por las Comunidades Autónomas "mediante su actividad legiferante en desarrollo de la normativa básica estatal siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica".

ma Andaluza; respetando siempre las limitaciones establecidas en el artículo 45 EBEP[131].

Otro aspecto del apartado primero del artículo 45 que ha generado dudas es la referencia a las "organizaciones sindicales". Mientras que en el apartado 5 el legislador se refiere específicamente a las "organizaciones sindicales representativas" para poder acordar el desarrollo reglamentario, aquél nada dice al respecto. Esto ha llevado a algunos autores a considerar que el acuerdo para la creación, configuración y desarrollo de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos, firmado entre una Administración Pública y un sindicato, aunque sea minoritario, sería válido y vincularía a todos los de su ámbito de aplicación[132]. Sin embargo, nos inclinamos por considerar que deberían respetarse las reglas de legitimación para negociar que recoge el propio capítulo IV del Estatuto, dado que el precepto se refiere a "las organizaciones sindicales a que se refiere el presente capítulo"[133]. A lo que podemos añadir una razón de fondo, pues la eficacia de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos se basa precisamente en su aceptación voluntaria por las partes, de forma que la imposición de un procedimiento que no cuente en su negociación con la participación de todas las organizaciones sindicales representativas, conforme al ámbito de aplicación, es posible que tenga dificultades en su aplicación.

### 4.1. La mediación en los conflictos en el Estatuto Básico del Empleado Público

Una de las cuestiones más importantes que deberemos considerar al tratar este tema objeto de nuestro estudio es que cualquier medio de solución extrajudicial de conflictos, para ser admitido como de aplicación a las Administraciones Públicas, dado su sometimiento al principio de legalidad, deberá estar expresamente regulado o autorizado por la normativa que regule la relación funcionarial[134]. De este modo, el Estatuto Básico del Empleado Público

[131] Recordemos que uno de estos límites se refiere a la imposibilidad de incluir conflictos individuales, tal y como hemos advertido anteriormente, así como materias sobre las que exista reserva de ley.

[132] Vid. de nuevo, Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos…", op. cit. pág. 506.

[133] Vid. Quintanilla Navarro, Y., "Artículo 45", op. cit. pág. 360.

[134] Vid. Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos…", op. cit. pág. 35, entendiendo el término estatal "en el sentido de norma proveniente de los poderes parlamentarios, sean éstos de ámbito estatal en el sentido estricto del término o lo sean de ámbito autonómico… tan sólo es viable articular un sistema de mediación y arbitraje en los conflictos laborales correspondientes a la función pública, en la medida en que ello venga explícitamente contemplado en la legislación funcionarial de aplicación… es imprescindible que el correspondiente sistema venga autorizado y diseñado en lo básico por la legislación funcionarial de aplicación".

contempla un régimen jurídico específico para la negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Públicas – entendiendo por tales las que aparecen definidas en los primeros preceptos de la norma ya comentados – del que deriva un procedimiento también específico de solución extrajudicial de conflictos. El apartado tercero del artículo 45 del EBEP, siguiendo el modelo de la LORAP, se refiere a la mediación y el arbitraje como procedimientos que integran los sistemas mencionados en el apartado primero.

La mediación puede definirse como "el medio extrajudicial en el que un tercero interviene en el marco de una controversia con la finalidad de servir de vía e incentivo para la comunicación de las partes en conflicto, poseyendo asimismo la capacidad de emanar recomendaciones sobre el fondo de la controversia, esto es, de emitir una opinión sobre cuál es la posición que, a su juicio, debería prevalecer como solución de aquella"[135]. De este modo, el tercero busca la solución y la propone a las partes en conflicto, que deberán considerar si la aceptan o no[136]. Los caracteres que ha de reunir el mediador, para poder ganar la confianza de las partes en el sistema serán su "independencia, neutralidad y profesionalidad, referida esta última al conocimiento y dominio de la materia sobre la que versa la cuestión conflictiva"[137].

Creemos que es posible afirmar, sin miedo a equivocarnos que, si la mediación se produce con esas garantías de reconocimiento, será sin duda más efectiva que ningún proceso de conciliación e incluso que el ya conocido arbitraje laboral.

Centrándonos en la regulación del EBEP, hemos de apreciar que esta norma propone un sistema de mediación sobre la base de una premisa de obligatoriedad. "La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes", siendo voluntaria, en cambio, la aceptación de la solución que ofrezca el mediador. Por otro lado, nada dice el Estatuto sobre la figura del mediador, dejando amplio margen a las partes o al desarrollo reglamentario para decidir si se tratará de una o varias personas – pues la referencia al mediador o mediadores en la norma no parece impedir esta última opción[138] -, las formas de nombramiento, etc.

---

[135] Así la define Gala Durán, C., "La nueva regulación de la solución extrajudicial de conflictos en las Administraciones Públicas", en el libro colectivo *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Varios Autores, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Volumen II, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2009, página 678.

[136] Vid. Martín Valverde, A., "Medios no judiciales…", op. cit. pág. 20.

[137] Rivero Lamas, J., "Prólogo del libro La Mediación en los Conflictos de Trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico" de Santor Salcedo, H., La Ley, Madrid, 2006.

[138] Algunos autores han ido más allá incluso, interpretando que la norma podría admitir la actuación simultánea o sucesiva de los mediadores. Vid. Gala Durán, C., "La solución extrajudicial…", op. cit. pág. 519.

Finalmente, indica el artículo 45.4 que el acuerdo logrado tendrá la misma eficacia jurídica y habrá de seguir los procedimientos de tramitación correspondientes a los Pactos y Acuerdos que se regulan en Capítulo IV. Para ello, será requisito indispensable que quienes hayan adoptado el acuerdo de mediación tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o Acuerdo conforme a lo previsto en el EBEP.

Otro de los requisitos que exige la tramitación de los Pactos y Acuerdos, conforme al artículo 38, es el de la aprobación o ratificación por los órganos de gobierno de las Administraciones con las que se negocia[139]. Esto constituye una práctica común en la Administración Pública, pero resulta bastante irregular y casi incomprensible desde el punto de vista de la lógica de los procedimientos de solución de conflictos. Y ello por cuanto se condiciona la validez del acuerdo a su aprobación por una de las partes en conflicto. Esto, podríamos decir, contraviene las reglas más básicas de la negociación y de la solución extrajudicial de conflictos, que se basan en la buena fe de las partes en el momento de la negociación y el equilibrio en sus posiciones[140].

Una vez ratificados, y sólo en este caso, si las materias sobre las que versa el acuerdo pueden ser decididas por el órgano de gobierno de la Administración, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en el ámbito de aplicación del acuerdo. También habrá de darse publicidad al acuerdo o pacto, remitiéndolos a la Oficina Pública que cada Administración determine y la autoridad competente ordenará su publicación en el Boletín Oficial que corresponda. Este requisito de publicidad también ha sido criticado por algún sector de la doctrina al considerar que la publicidad del acuerdo puede afectar a su eficacia. Por otro lado, otorga a la mediación una formalidad que no tiene, pues, por naturaleza, es un medio de solución autónomo que precisamente pretende huir de los formalismos procesales propios de la administración judicial. No obstante, interesa resaltar que el requisito de publicidad afectará solo al "pacto o acuerdo, una vez ratificado", por lo que las posibles propuestas del mediador no serían públicas, respetando así la confidencialidad de las mismas[141]; y cumpliendo con las exigencias constitucionales de control y transparencia en la actuación de las administraciones públicas[142].

---

[139] De esta manera, indica Mauri Majos, J., op. cit. pág. 317, citando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que "lo que se producirá a través de un pacto será una resolución administrativa de carácter general, mientras que la naturaleza jurídica del acuerdo colectivo ratificado por el órganos de gobierno sería ordinariamente la de una disposición o reglamento".

[140] De nuevo, en relación con la referencia a la posición de equilibrio de las partes, Gala Durán, C., op. cit. pág. 513.

[141] Vid. de nuevo Gala Durán, C., "La solución extrajudicial…", op. cit. pág. 518.

[142] Recordemos que, al tratarse de una administración pública, la solución de conflictos

El segundo límite lo constituye, por tanto, la materia sobre la que versa el acuerdo, ya que, si existiese reserva de ley, su competencia correspondería a las Cortes Generales o a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y, por tanto, su eficacia no será directa, como sucede en el supuesto anterior. En este caso, el EBEP propone como solución que el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa, proceda a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o asambleas legislativas correspondientes, del proyecto de ley conforme al contenido del Acuerdo.

También se prevé un supuesto de renegociación, para el caso en que el órgano de gobierno no llegue a ratificar el Acuerdo o, exista una negativa expresa a incorporar lo acordado al proyecto de ley correspondiente. Para que exista renegociación del conflicto deberá solicitarlo, al menos, la mayoría de una de las partes, y el plazo para iniciar el proceso será de un mes (art. 38.3 EBEP).

Si finalmente y tras haber cumplido todos estos trámites, no es posible lograr un acuerdo ni en la negociación, ni en la renegociación, el apartado 7 del artículo 38 habilita a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas para establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios. Aspecto éste muy criticado por la mayoría de la doctrina, por las razones que ya hemos avanzado[143] y que tienen que ver con una negociación en la que las partes estén en posiciones equilibradas; y negociar con la amenaza de la imposición de unas condiciones de trabajo si los procedimientos de solución extrajudicial del conflicto fracasan, no ayuda a cumplir con este requisito.

Ahora bien, el artículo 38.7 requiere que no haya acuerdo y que "se hayan agotado los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos". Por tanto, el deber de negociar por parte de la Administración exige la predisposición a negociar, la asistencia a la mesa de negociación y la realización de un serio esfuerzo por convenir[144], y, en caso de no poder llegar a un acuerdo, deberían agotarse los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Esta previsión ha permitido a algunos autores interpretar que también podrá

---

"debe conjugarse con la necesidad de control, con la existencia de formalidades y de transparencia y la atención a valores y principios que la Constitución impone a los poderes públicos"; vid. en este sentido, Escartín Escudé, V., "El arbitraje y otros medios…", op. cit. pág. 103.

[143] No son pocos los autores que han considerado esta opción legal como un error. Vid. por todos, Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos colectivos…", op. cit. pág. 511, para quien "la obligatoriedad o voluntariedad de los sistemas de solución de conflictos que son, sin duda, sistemas de autonomía colectiva, se ha de dejar a disposición de las partes que pueden pactar su adopción siempre que lo consideren conveniente en los correspondientes instrumentos colectivos o, alternativamente, disponer su activación ante cada conflicto específico concreto".

[144] Vid. Mauri Majós, J., "Los derechos colectivos en el nuevo…", op. cit. pág. 303.

acudirse, por ejemplo, a un procedimiento de arbitraje, si la mediación ya se ha intentado y ha fracasado. Lo que no está tan claro es si, en caso de renegociación por falta de ratificación por el órgano de gobierno, se podría volver a aplicar el procedimiento de mediación, incluso si ya se hubiera mediado con anterioridad, evitando de este modo la aplicación del art. 38.7. Entendemos que sí sería posible ya que al cambiar el escenario, debería volver a intentarse el acuerdo sobre estas premisas.

Para finalizar, el artículo 45 recoge una regla común de impugnación de acuerdos que tendremos ocasión de analizar en el siguiente epígrafe.

### 4.2. El arbitraje como procedimiento voluntario

El arbitraje se puede definir como "un método heterónomo de solución extrajudicial del conflicto laboral por medio del cual, las partes acuden a un tercero – árbitro – en quien delegan la resolución del conflicto"[145]. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la mediación, el arbitraje previsto en el EBEP es un procedimiento de carácter voluntario, por el que las partes "acuerdan someter a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido del mismo". De nuevo, nada dice el EBEP sobre cómo haya de nombrarse el o los árbitros del sistema, ni el procedimiento para suscribir el compromiso arbitral, que quedará en el contenido del acuerdo y en el desarrollo reglamentario, si llegara a producirse. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la mediación en la que sí aparece una referencia a los mediadores en plural, el precepto del EBEP sólo se refiere a un tercero, en singular, pero, dado que el legislador tampoco concreta la forma en que habrá de nombrarse, no parece que hubiera inconveniente en que el arbitraje recayera en más de una persona; eso sí, con una actuación conjunta – colegio arbitral – y no sucesiva, ya que, en este caso, el laudo es de obligado cumplimiento.

Contra la decisión arbitral cabe recurso en el caso de que "no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto", por lo que habrá que estar a lo que disponga el posible reglamento de desarrollo o el acuerdo de las partes en el que aparezca descrito el procedimiento. También se podrá impugnar el laudo arbitral si "la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión" o si el laudo contradice la legalidad vigente. Estos tres motivos permitirían la impugnación de la decisión arbitral. Puesto que el artículo 45 EBEP es de exclusiva aplicación a los funcionarios, este recurso se presentará ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

[145] Vid. Pérez Camós, A., "El arbitraje laboral", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* nº 123, 2016, pág. 134.

## 5. LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS Y LAUDOS: LÍMITES Y PROBLEMAS

Como hemos tenido ocasión de analizar, conforme al artículo 45 del EBEP, los acuerdos logrados a través de la mediación o de la resolución de arbitraje "tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados en el presente Estatuto, siempre que quienes hubieran aceptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o un Acuerdo conforme a lo previsto en este Estatuto". De este modo, el EBEP condiciona la eficacia del acuerdo de mediación o del laudo arbitral al cumplimiento de cuatro requisitos.

El primero de ellos es el de la legitimación de las partes que han aceptado el acuerdo de mediación o que han suscrito el compromiso arbitral. Solo si las partes en cuestión tienen la legitimación suficiente para negociar un Pacto o Acuerdo en el ámbito funcional y territorial correspondiente, el acuerdo o laudo tendrá eficacia.

El segundo requisito, que también hemos tenido ocasión de mencionar más bien como un límite, lo establece el artículo 45 del EBEP en su apartado segundo y se refiere a la materia objeto de negociación. Este precepto considera que las materias sobre las que exista reserva de ley, no podrán ser objeto de pacto o acuerdo, incluso derivado de los procedimientos de solución extrajudiciales de conflictos. Y es que la disponibilidad material es también un presupuesto de la operatividad de estos medios de solución de conflictos[146], y el sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad es una exigencia constitucional. Este límite constituye una dificultad añadida, pues el legislador no enumera las materias sobre las que existe reserva de ley, con lo que el mediador o árbitro tendrá que considerar este aspecto para evitar que la solución al conflicto resulte finalmente invalidada[147].

El tercer y cuarto requisitos se recoge en las normas sobre la negociación de los Pactos y Acuerdos, y hemos tenido ocasión de mencionarlos ya. Se trata

[146] Vid. Rosa Moreno, J., "Encuadre jurídico-administrativo…", op. cit. pág. 115, al hilo de la referencia a materias no susceptibles de transacción.

[147] A lo que podríamos añadir algunos aspectos novedosos de reserva a la jurisdicción social, tal es el caso de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, que establece una reserva específica al reconocimiento de la condición de indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas y entidades que conforman el Sector Público instrumental. Así, los órganos de personal de éstas "no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial"; por lo que esta materia tampoco podrá ser objeto de acuerdo por la vía de la conciliación, mediación o arbitraje.

del requisito de publicidad (art. 45.6) y de la necesidad de que dichos acuerdos o resoluciones arbitrales sean ratificados por el órgano de gobierno de la Administración Pública en cuestión.

Los problemas que ha venido planteando este último requisito de ratificación se han centrado en su aplicación no ya a los funcionarios públicos, sino también a los empleados públicos cuya relación con la Administración es de naturaleza laboral.

La reforma del artículo 32 del EBEP como consecuencia de la promulgación del Real Decreto Ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, supuso la inclusión de un requisito para la eficacia de los convenios colectivos y acuerdos que afectasen al personal laboral del Sector Público. De este modo, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas competentes por razón del ámbito funcional y territorial del acuerdo o convenio colectivo, podrán suspender o modificar el cumplimiento de un convenio colectivo o acuerdo ya firmado, de forma excepcional, si apreciasen una causa grave de interés público "derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas". Se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de tales alteraciones "cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público". La misma previsión se contiene para el personal funcionario en el artículo 38.10 EBEP.

Esta limitación a la eficacia de los pactos y acuerdos o convenios colectivos con las Administraciones Públicas afecta también a los acuerdos adoptados o los laudos arbitrales dictados en los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Y por su aplicación tanto al personal laboral como a los funcionarios públicos, hemos de entender que la aplicación de estas cláusulas afectará a acuerdos o laudos adoptados en el marco de la solución extrajudicial de conflictos en las que sea parte una Administración Pública o cualquier entidad perteneciente al Sector Público.

Analicemos bien esta limitación. En primer lugar, no podemos olvidar que el uso de esta fórmula parte de una situación en la que la Administración Pública tenga que adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público. Por lo que habremos de estar a lo que establezcan las normas presupuestarias, que como regla general tienen carácter anual, para saber si el acuerdo tendrá o no eficacia[148].

[148] Un ejemplo de ello lo encontramos en la Ley 5/2012, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013, que establece un doble control basado en un informe

En segundo lugar, la norma habilita a la Administración para suspender o modificar el cumplimiento del convenio o acuerdo, pero no para anularlo definitivamente. Esto nos lleva a pensar en una situación temporal que requerirá, antes o después, una reposición del acuerdo suspendido o modificado. Sin embargo, nada dice la norma de este procedimiento que podría generar un nuevo conflicto.

Y, en tercer lugar, las materias que pueden resultar afectadas son muchas, ya que prácticamente todas las condiciones de trabajo tienen repercusiones de carácter económico. Nos referimos así a la materia salarial, por supuesto, pero también al tiempo de trabajo o a la oferta pública de empleo[149].

Esta regulación fue criticada por la doctrina en defensa de la negociación colectiva, si bien el Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad, mediante la Sentencia 81/2015, de 30 de abril, por considerar que la primacía de la ley sobre la negociación también se extendía a supuestos como el presente[150].

---

de la Consejería de Hacienda y Administración Pública sobre los componentes retributivos, así como sobre los parámetros que permitan valorar la incidencia financiera de las actuaciones en las que debe enmarcarse la negociación, previo al comienzo de las negociaciones. Y un segundo informe vinculante que se emitirá tras el acuerdo, pero con carácter previo a la firma y formalización de los mismos.

[149] Vid. De Soto Rioja, S., "Legislación presupuestaria y autonomía colectiva en el Sector Público", en *Temas Laborales*, nº 120, 2013, pág. 536.

[150] Vid. de nuevo De Soto Rioja, S., "Legislación presupuestaria…", op. cit. pág. 551, para quien "con la doctrina constitucional instaurada acerca de la primacía absoluta de la ley sobre la negociación colectiva, incluso cuando la incompatibilidad es sobrevenida y conlleva la necesaria adecuación de ésta a aquélla, habrá de conllevar que la consecuencia principal que expresamente se establece ahora sobre la inaplicación de la norma convencional resulta en realidad del todo innecesaria… el legislador ha previsto suavizar las consecuencias ordenando no la desaparición del contenido de los acuerdos y convenios sino la mera suspensión temporal de su eficacia jurídica. Intentando así facilitar lo que sería una vuelta a la normalidad en el menor tiempo posible, por la economía de trámites que representa el hecho de que las normas en suspenso recobrarán su plena vigencia con la mera desaparición de las limitaciones legales". Vid. también sobre el tema Sempere Navarro, A.V., "Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (Real Decreto Ley 20/2012)", *Aranzadi Social* nº 5/2012 (BIB 2012/2769).

## 6. CONCLUSIONES: HACIA UN MODELO ÚNICO E INTEGRADO DE SOLUCIÓN DE CONFLICOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO

Tras el análisis de algunas de las cuestiones más importantes en la implantación de sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el Sector Público, es posible concluir la necesidad de elaborar un régimen jurídico único para resolver los conflictos laborales tanto del personal funcionario como del personal laboral en este ámbito.

Tanto los procesos de externalización y gestión privada de los servicios públicos como la cada vez más elevada contratación de personal en régimen laboral en las Administraciones y entidades que conforman el Sector Público, han modificado la forma en que percibimos la regulación de las relaciones laborales en este sector. Sin duda, aceptando que estos fenómenos organizativos se han instalado para quedarse, es preciso regular el nuevo sistema de relaciones laborales de forma que sea posible reducir la conflictividad laboral y acercar posturas entre los empleados públicos y sus empleadores.

Muchas han sido las críticas de la doctrina iuslaboralista en relación con la dualidad de órganos de representación que llevan a que en las Administraciones Públicas no exista una única negociación con los trabajadores a su servicio. No en vano, el EBEP trató de paliar algunas de estas diferencias, reconociendo a los empleados públicos un mismo estatuto jurídico con unas normas comunes que debían regir sus relaciones laborales. Sin embargo, podemos observar cómo en el ámbito de la negociación colectiva y de la solución de conflictos, ello no es así, aumentando, en consecuencia, la conflictividad e impidiendo, en cierto modo, que se implanten adecuadamente mecanismos de solución extrajudicial de conflictos que hagan más eficaz y rápida la búsqueda de soluciones.

En la actualidad nadie duda de las innumerables ventajas que proporcionan los medios de solución extrajudicial de conflictos en cuanto a rapidez, flexibilidad, costes económicos y eficacia, entre otras, por lo que no podemos obviar tampoco su importancia en el ámbito de la conflictividad en el Sector Público. Sin embargo, los sistemas que tratemos de implantar en este ámbito deberán tomar en consideración las peculiaridades que presenta el empleador púbico, especialmente en lo que se refiere al sometimiento al principio de legalidad, la protección de los intereses generales de los ciudadanos y el principio de eficacia.

Cuando la Administración Pública o cualquiera de los entes que conforman el denominado Sector Público actúan como empleadores, recurriendo a la legislación laboral para ello, deben someterse a ella en todos los aspectos que rodean el devenir de dicha relación laboral, incluyendo la solución de

conflictos de trabajo. Sin embargo, la influencia del derecho administrativo lleva a imponer ciertos límites al ámbito laboral que hacen realmente difícil implantar sistemas de solución autónoma de conflictos que se asemejen a los que con tanto éxito funcionan en el sector privado.

Es por ello que sería conveniente unificar, en este ámbito de la solución extrajudicial de conflictos, el régimen jurídico aplicable a todos los empleados públicos, eliminando los límites legales impuestos a la eficacia de los acuerdos o laudos que puedan surgir de la implantación de estos sistemas.

# CLÁUSULAS DE EMPLEO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ
*Profesor Titular de Universidad y Catedrático Acreditado*
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: EMPLEO, DISCAPACIDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
2. LA RESERVA DE EMPLEO PARA TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD
3. MODALIDADES CONTRACTUALES
4. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO
5. ADAPTACIÓN "RAZONABLE" DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS.
6. RETRIBUCIONES SALARIALES ESPECIALES POR DISCAPACIDAD
7. SALUD LABORAL Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADO
8. BENEFICIOS PARA LOS TRABAJADORES CON PERSONAS DISCAPACITADAS A CARGO
9. CONCLUSIONES
   ANEXO

## 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: EMPLEO, DISCAPACIDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Con este estudio pretendemos analizar, sobre la base de una muestra numerosa y amplia de convenios colectivos, las cláusulas específicas reguladoras del empleo de las personas por discapacidad[1]. Para situar el debate en el marco temático de estas Jornadas, el estudio se circunscribe específicamente al análisis de la negociación colectiva andaluza, y en particular de los convenios colectivos negociados en los últimos años, posteriores a las últimas reformas laborales. Por ello hemos seleccionado 140 convenios colectivos andaluces en vigor, tanto sectoriales (97) como de ámbito empresarial (43), circunscritos temporalmente a los últimos cinco años. De este modo, pretendemos constatar las principales tendencias en la negociación colectiva respecto al empleo de personas con discapacidad, y en particular en relación con las cuotas de reserva de puestos de trabajo, las modalidades contractuales de ingreso en la empresa, la adaptación de la prestación de servicios a la capacidad real del trabajador, la formación y la promoción profesional, la adaptación del entorno laboral y la accesibilidad, la prevención de riesgos laborales como trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos por motivo de discapacidad, los beneficios y ayudas empresariales para trabajadores discapacitados (o con discapacitado a cargo), o los ajustes razonables de las empresas para garantizar el principio de igualdad de trato e incentivos para las empresas que emplean a trabajadores con discapacidad.

Conviene también aclarar que con nuestro análisis pretendemos identificar las principales cláusulas convencionales que regulan la relación laboral *común* de trabajadores discapacitados, dejando a un lado la regulación mucho más detallada y pormenorizada que contienen los convenios colectivos de sectores específicamente vinculados a la integración social y laboral de personas con discapacidad, en los que también se suele configurar una relación laboral *especial* trabajadores con discapacidad que prestan servicios en centros especiales de empleo[2].

---

[1] El artículo 2.a del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en adelante, LGDPD), define discapacidad como "una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

[2] Por ejemplo, el Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 9 de octubre de 2012) que expresamente regula la relación laboral especial de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo, de forma más exhaustiva y pormenorizada, conteniendo cláusulas sobre su marco normativo de referencia (artículo 13.4); particularidades del contrato para la formación y el aprendizaje (artículos 18.3 y 18.7); período de adaptación o período de prueba (artículo 22.3); detección de situaciones de

## 2. LA RESERVA DE EMPLEO PARA TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD

### 2.1. Cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados: el 2 por 100 de la plantilla

Aunque excepcionalmente haya convenios colectivos que se limiten a proclamar una simple declaración de principios sobre el fomento del empleo de personas con discapacidad[3], la mayoría de los convenios colectivos que contienen alguna referencia a la contratación de personas con discapacidad recogen una cláusula específica en la que se establece una cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados. La fórmula habitual es la siguiente: "Las empresas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad"[4]. Esta cláusula convencional que establece una reserva de empleo para trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores es, si cabe, mucho menos frecuente en los convenios colectivos de ámbito empresarial que en los de ámbito sectorial[5]. La empresa es conocedora de su tamaño y el número de trabajadores que componen su plantilla, por lo que *directamente* se compromete a cumplir con esa cuota de reserva de empleo.

---

baja productividad (artículo 22.7); promoción profesional y adaptación de las condiciones de trabajo (artículo 23.4); cuota del 3 por 100 de reserva de plazas para personas con discapacidad (artículo 24); necesidad de informe del equipo multiprofesional para la extinción del contrato (artículos 25.3 y 25.4); necesidad de ayudas públicas (artículos 25.5 y 27.1); preferencias para la movilidad geográfica (artículo 28.3); descanso semanal (artículo 47.3); excedencia voluntaria (artículo 54.2); o movilidad funcional y promoción profesional (artículo 96).

[3] Así, el Convenio colectivo Provincial de Fábricas de Aceite de Málaga (BOP de Málaga de 21 de abril de 2015) manifiesta que "como medida de fomento de empleo y si la situación económica del sector lo permita, se incorporarán, si es posible, al mercado de trabajo prioritariamente discapacitados (…), cumpliendo así con las leyes que actualmente están en vigor a tal respecto".

[4] Como ejemplo de los muchos convenios colectivos que recurren a esta cláusula estándar, *vid.* el artículo 14 (Contratación de Personas con Discapacidad) del Convenio colectivo Provincial del Comercio del Metal y la Electricidad de Jaén (BOP de Jaén de 10 de agosto de 2017).

[5] Aun así, los hay, como ocurre con el artículo 22 (Contratación de personal con discapacidad) del Convenio colectivo de Parque Isla Mágica (BOP de Sevilla de 12 de septiembre de 2016) cuando dispone que la empresa se compromete a reservar un mínimo de un 2% de la plantilla "para trabajadoras y trabajadores con algún tipo de discapacidad"; o con el artículo 10 (Empleo) del Convenio Colectivo de Drosolu S.L. (BOJA de 13 de marzo de 2014), cuando establece que la empresa con 50 o más trabajadores "dará cumplimiento a lo establecido en el artículo 38 de la Ley 13/1982, en materia de reserva de puestos de trabajo a cubrir por personas discapacitadas, teniendo las mismas condiciones y garantías salariales que el resto de trabajadores".

En algunas ocasiones esta previsión va acompañada de una declaración expresa con los objetivos o la finalidad que persigue: el fomento del empleo de las personas con discapacidad[6]. Los términos habitualmente utilizados para titular dicho precepto convencional son "Contratación de personas con discapacidad", "Actuación al minusválido", "De los discapacitados", "Personal con capacidad disminuida", "Reserva de cupo para discapacitados", "Cuota de reserva para puestos de trabajo para personas con discapacidad" o simplemente "Contrataciones". Lo normal es dedicarle un precepto específico e independiente a la contratación de personas con discapacidad para dar cumplimiento a esa cuota de reserva de empleo del 2 por 100 de la plantilla. Pero excepcionalmente hay veces que se regula conjuntamente con otras modalidades de contratación, pasando más desapercibido[7].

Siguiendo la normativa legal de referencia, la obligación empresarial de reservar para trabajadores discapacitados el 2 por 100 de los puestos de trabajo se circunscribe a empresas de 50 o más trabajadores. Para las empresas que no alcanzan dicha plantilla no hay previsión legal alguna, y los convenios colectivos tampoco establecen medidas específicas de fomento del empleo de trabajadores discapacitados. Excepcionalmente hay casos en los que, al menos, recuerda también para estas empresas el compromiso de fomento del empleo e integración laboral de las personas con discapacidad[8].

Aunque podrían hacerlo, en la selección de convenios colectivos andaluces que hemos consultado no hay ninguno que introduzca mejoras, tanto para que tal obligación surgiera también en empresas con una plantilla inferior a los 50 trabajadores como para que se incrementara el porcentaje de esa cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados. Se limitan a

[6] Así, el artículo 25 (Contratación de personal con discapacidad) del Convenio colectivo Provincial de la Hostelería de Jaén (BOP de Jaén de 7 de julio de 2017), uno de los numerosos que utilizan dicha fórmula estándar para establecer la obligación empresarial de reservar un 2% de los puestos de trabajo a trabajadores discapacitados, manifiesta que son sus objetivos: "promover el empleo y lograr la mayor integración de las personas con discapacidad con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo".

[7] El artículo 27 (Contrataciones) del Convenio colectivo de Gestión del Servicio de Taxi de Andalucía (BOJA de 4 de julio de 2017): "la duración máxima de los contratos por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o servicios, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, será de nueve meses dentro de un periodo de doce, y de 12 meses en un periodo de 18 meses. *Se cumplirá el cupo de reserva legal para la contratación de personas con discapacidad*".

[8] Es el caso del artículo 22 (Contratación para trabajadores/as afectados por alguna discapacidad) del Convenio colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Jaén (BOP de Jaén de 14 de marzo de 2017), cuando indica que, en cambio, todas aquellas *empresas que tengan menos de 50 trabajadores* "se comprometerán a fomentar los contratos de personas trabajadoras afectadas por alguna discapacidad".

l 2 por 100 fijado legalmente. Solo hemos encontrado un único caso en el que el porcentaje de cuota de reserva superior[9].

### 2.2. Referencias normativas

El marco normativo legal de esta cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados lo configura el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGDPD): "las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad". La mayoría de las cláusulas sobre empleo de los trabajadores que recogen los convenios colectivos consultados se apoyan en este precepto legal de referencia que establece con carácter general esa obligación de reservar un 2 por 100 de la plantilla a trabajadores discapacitados en el caso de empresas de 50 o más trabajadores[10]. No obstante, llama la atención la frecuencia con la que esas referencias normativas en la negociación colectiva no están actualizadas y muchos convenios colectivos, recientemente firmados, siguen refiriéndose (lo más probable que sea simplemente por inercia) como marco normativo en el que insertar esa cuota de reserva de empleo al anterior artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido (LISM)[11].

---

[9] Se trata del artículo 14.d (Trabajadores y trabajadoras con discapacidad) del Convenio colectivo de CCOO de Andalucía (BOJA de 25 de mayo de 2015), aunque lo establece solo en forma de compromiso: "las distintas Comisiones Ejecutivas *tenderán*, en las nuevas contrataciones, a emplear un número de trabajadoras y trabajadores con discapacidad no inferior al 5% de la plantilla entre los que se encuentren inscritos como tales en el correspondiente registro de trabajadoras y trabajadores con discapacidad de la oficina de empleo".

[10] De este modo, el artículo 24 del Convenio colectivo Provincial de Construcción y Obras Públicas de Almería (BOP de Almería de 29 de abril de 2016) expresamente declara que dicha cuota de reserva prevista para trabajadores discapacitados lo es a los efectos de lo previsto en el artículo 42.1 de la LGDPD. En el mismo sentido, el artículo 16 (Contratación de discapacitados) del Convenio colectivo Provincial de Actividades Agropecuarias de Córdoba (BOP de Córdoba de 16 de agosto de 2017); el artículo 45 del Convenio colectivo Provincial de Dependencia Mercantil de Almería (BOP de Almería de 23 de diciembre de 2014); el artículo 14 del Convenio colectivo Provincial del Comercio del Metal y la Electricidad de Jaén (BOP de Jaén de 10 de agosto de 2017) o el artículo 23 del Convenio colectivo del Transporte de Viajeros por Carretera de Almería (BOP de Almería de 2 de marzo de 2017). En ocasiones se recurre a la norma legal como derecho supletorio de la norma convencional, como hace el artículo 39 (Contratación de las personas con discapacidad) del Convenio colectivo del Comercio Textil de Almería (BOP de Almería de 19 de septiembre de 2014): "en todo lo no previsto en el presente artículo" se estará a lo dispuesto en el articulo 42 de la LGDPD.

[11] De esta manera, la Cláusula 5ª del Convenio colectivo Provincial de la Industria de la Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares de Málaga (BOP de Málaga de 14 de mayo de 2014) se justifica "a los efectos de lo previsto" en el artículo 38.1 de la LISM. Con las mismas palabras, la Disposición Adicional 5ª del Convenio colectivo Provincial de la Construcción

Por otro lado, y aunque no sea un tema que vaya a ser objeto de nuestro tratamiento específico, hay que recordar que el artículo 42.2 de la LGDPD añade que "en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia". En este sentido, la Disposición Adicional 19ª de la Ley 30/1984, de 8 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (en su nueva redacción dada por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitadazos) establece que "en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 5 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por 100, de modo que, progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente".

### 2.3. Cómputo de la cuota de reserva de empleo

Un primer problema que encontramos es qué trabajadores computan para calcular si la empresa alcanza o no los 50 trabajadores, y por tanto si está obligada a cumplir con dicha cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados; y lógicamente para determinar el total de la plantilla sobre la que se calculará ese 2 por 100.

Pues bien, la mayoría de los convenios colectivos que reconocen esta cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados, transcribiendo literalmente lo dispuesto por el artículo 42.1 de la LGDPD, se limitan a tomar como referencia *la empresa en su conjunto y no el centro de trabajo*, e incluyen en ese cómputo a *todos los trabajadores* de la empresa, *con independencia de la modalidad contractual utilizada*, por tanto, tanto trabajadores indefinidos como temporales. Sin más precisiones. Así, establecen que "el cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa

y Obras Públicas de Cádiz (BOP de Cádiz de 6 de febrero de 2017). En ocasiones también remiten al anterior desarrollo reglamentario, como hace el artículo 45 (De los discapacitados) del Convenio colectivo Provincial del Transporte de Mercancías por Carretera de Granada (BOP de Granada de 21 de septiembre de 2015 ): las partes se comprometen al cumplimiento y desarrollo de lo previsto en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo", por el que, en cumplimiento de lo previsto en la LISM, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de los trabajadores minusválidos, hasta alcanzar en sus plantillas un 2% de personal con minusvalías compatibles con las tareas de la empresa, acogiéndose a los beneficios existentes". También hay casos que como derecho supletorio se sigue recurriendo a estos preceptos ya derogados, como hace el artículo 15 del Convenio colectivo Provincial del Trabajo en el Campo de Almería (BOP de Almería de 24 de abril de 2013): "en todo lo no previsto en el presente artículo" se estará a lo dispuesto en el artículo 38.1 de la LISM.

correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa"[12]. Igualmente, y respecto de las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) estos convenios colectivos también entienden que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con ETTs.

No obstante, con cierta frecuencia encontramos también convenios colectivos que, apartándose de los criterios legales, para aplicar esa cuota de reserva del 2% de la plantilla para trabajadores discapacitados, toman en consideración para el cálculo de la plantilla de la empresa *solo a los trabajadores fijos*[13], no a los temporales. Otros, especialmente por sus características sectoriales (como ocurre en el sector de la construcción y obras públicas) computan únicamente al personal adscrito a *determinados centros*

[12] Entre otros, el artículo 25 (Contratación de personal con discapacidad) del Convenio colectivo Provincial de la Hostelería de Jaén (BOP de Jaén de 7 de julio de 2017) y la mayor parte de los convenios sectoriales provinciales de Almería: artículo 20 del Convenio colectivo de la Industria de la Alimentación de Almería (BOP Almería de 31 de julio de 2017); el artículo 15 (Contratación de personas con discapacidad) del Convenio colectivo Provincial del Trabajo en el Campo de Almería (BOP de Almería de 24 de abril de 2013); el artículo 39 del Convenio colectivo del Comercio Textil de Almería (BOP de Almería de 19 de septiembre de 2014); el artículo 18 (Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad) del Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Almería (BOP de Almería de 29 de octubre de 2015); el artículo 27 (Contratación de personas con discapacidad, antes discapacitados, *sic*) del Convenio colectivo Provincial del Sector de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP de Almería de 10 de noviembre de 2016); el artículo 21 del Convenio colectivo del Transporte de Mercancías por Carretera de Almería (BOP de Almería de 5 de octubre de 2016); o el artículo 23 del Convenio colectivo del Transporte de Viajeros por Carretera de Almería (BOP de Almería de 2 de marzo de 2017).

[13] Son los casos del artículo 42 del Convenio colectivo Provincial de Automoción de Málaga (BOP de Málaga de 26 de septiembre de 2017), que establece que "las *empresas con una plantilla superior a 50 trabajadores y trabajadoras fijos* estarán obligadas a contratar a un número de personas con discapacidad no inferior al 2 por 100 de su plantilla"; del artículo 33 del Convenio colectivo Provincial del Sector de Suministros Industriales de Huelva (BOP de Huelva de 15 de septiembre de 2015); o del artículo 10 (Contratación de Personas con Discapacidad) del Convenio colectivo Provincial del Comercio de Alimentación de Jaén (BOP de Jaén de 24 de julio de 2013), que dispone que de conformidad con lo dispuesto en el art. 38.1 de la LISM "las empresas afectadas por el presente convenio *con un número de contratos indefinidos superior a 50*, vendrán obligadas a emplear a un número de personas con minusvalías no inferior al 2 por 100 de la plantilla". En idénticos términos, el artículo 11 del Convenio colectivo Provincial del Comercio del Calzado de Jaén (BOP de Jaén de 31 de julio de 2013); el artículo 11 del Convenio colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Jaén (BOP de Jaén de 4 de julio de 2017); o el artículo 34 del Convenio colectivo Provincial de Transportes Regulares de Mercancías de Jaén (BOP de Jaén de 19 de agosto de 2015).

*de trabajo de carácter permanente* de la empresa[14], circunstancia que ha sido cuestionada por contrariar el precepto legal de referencia[15].

En cuanto al procedimiento de cálculo del tamaño de la plantilla, que es lo que determina la obligación de reservar para trabajadores discapacitados un 2 por 100 de los puestos de trabajo de la empresa, en principio, las reglas de cómputo que prevean los convenios colectivos deberían ser conforme a las reglas de cómputo establecidas reglamentariamente. Así, la Disposición Adicional 1ª (Cuantificación de la obligación de reserva) del RD 364/2005, de 8 de abril, establece que a los efectos del cómputo del 2 por 100 de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: "a) El período de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa. b) Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla. c) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más. Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores. A los efectos del cómputo de los 200 días trabajados previsto en los párrafos anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales". De este modo, hay casos en los que los convenios

[14] La Cláusula 5ª del Convenio colectivo Provincial de la Industria de la Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares de Málaga (BOP de Málaga de 14 de mayo de 2014) dispone que "teniendo en consideración que las actividades y trabajos en las obras comportan riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, el cómputo del 2% se realizará sobre el personal adscrito a centros de trabajo permanentes". Con las mismas palabras, la Disposición Adicional 5ª del Convenio colectivo Provincial de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (BOP de Cádiz de 6 de febrero de 2017) o el artículo 24 del Convenio colectivo Provincial de Construcción y Obras Públicas de Almería (BOP de Almería de 29 de abril de 2016). Esta "uniformidad sectorial" obedece a que todos estos convenios provinciales reproducen lo regulado en el Convenio colectivo general de la construcción (BOE de 21 de septiembre de 2017).

[15] En este sentido, DILLA CATALÁ, M.J.; ARROYO GONZÁLEZ, M.; CUEVA PUENTE, C. y SOBRINO GONZÁLEZ, G.: "Los trabajadores discapacitados y la negociación colectiva", en VV.AA. (dir. F. Valdés Dal-Ré): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, página 334, consideran que este tipo de cláusula convencional no está teniendo en cuenta el total de la plantilla de trabajadores de la empresa y fija la cuota de reserva únicamente en función del volumen de empleados de los centros de trabajo permanente, cuando precisamente éstos son los de menor predominio en este sector de la Construcción.

colectivos se remiten directamente a dichos criterios reglamentarios[16]. Otras veces lo hacen indirectamente, en la medida que suele ser habitual remitirse para el cómputo a las mismas reglas de cálculo que el ET tiene previstas para las elecciones a órganos de representación unitaria[17].

### 2.4. Contratación del trabajador discapacitado

En cuanto a la contratación del trabajador discapacitado que se incluirá en esa cuota de reserva de empleo del 2 por 100 de la plantilla, a falta de mayores precisiones, cabe la utilización de *cualquier modalidad contractual* (*vid. infra*, 3). No obstante, algunos convenios colectivos incorporan algunas reglas específicas. En ocasiones, y con ese marcado carácter de medida de fomento de empleo, se exige expresamente que los trabajadores discapacitados objeto de contratación mediante este sistema de cuota de reserva de empleo se encuentren en situación de desempleo[18]. Otras veces se establecen procedimientos de contratación especiales[19]. Por último, algunos convenios

[16] Es el caso del artículo 16 (Contratación de discapacitados) del Convenio colectivo Provincial de Actividades Agropecuarias de Córdoba (BOP de Córdoba de 16 de agosto de 2017): "El cómputo mencionado anteriormente se realizará conforme a lo dispuesto por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril que regula las reglas para cuantificar la obligación de reserva".

[17] Artículo 67 del Convenio colectivo de Provincial de la Hostelería de Málaga (BOP de Málaga de 31 de octubre de 2014: las empresas "que empleen a un número de 50 o mas trabajadores de promedio al año, *calculado con el procedimiento utilizado para las elecciones sindicales*, vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores discapacitados". En los mismos términos se expresa también el artículo 16 (Cláusulas de reserva a trabajadores con discapacidad) del Convenio colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Málaga (BOP de Málaga de 14 de septiembre de 2016).

[18] Por ejemplo, la mayoría de los convenios colectivos sectoriales de la provincia de Jaén que componen la muestra: el artículo 11 del Convenio colectivo Provincial del Comercio del Calzado de Jaén (BOP de Jaén de 31 de julio de 2013); el artículo 11 del Convenio colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Jaén (BOP de Jaén de 4 de julio de 2017); el artículo 34 del Convenio colectivo Provincial de Transportes Regulares de Mercancías de Jaén (BOP de Jaén de 19 de agosto de 2015); o el artículo 10 del Convenio colectivo Provincial del Comercio de Alimentación de Jaén (BOP de Jaén de 24 de julio de 2013), que dispone que las empresas con un número de contratos indefinidos superior a 50 "vendrán obligadas a emplear a un número de personas con minusvalías no inferior al 2 por 100 de la plantilla, entre aquellas que se encuentren *inscritas en el correspondiente registro de la Oficina de Empleo*".

[19] Por ejemplo, el artículo 38 (Actuación al minusválido) del Convenio colectivo Provincial de Hostelería de Cádiz (BOP de Cádiz de 11 de agosto de 2017) establece que en el caso de que las empresas estén obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2% de la plantilla "los contratados tendrán que ser *por los equipos profesionales del Órgano Competente*", según establece (sic) la LGDPD. Por su parte, el artículo 43 del Convenio colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Córdoba (BOP de Córdoba de 27 de marzo de 2017), tras recordar que "a tenor de lo establecido en la legislación vigente, en las empresas de más de 50 trabajadores, el 2% de plantilla será cubierto por personas discapacitadas", dispone que "a tal efecto, la Comisión Paritaria del Convenio efectuará cuantas gestiones sean necesarias ante los organismos públicos, para alcanzar los objetivos que se marcan en este artículo".

colectivos consideran que en cualquier caso, en ese 2 por 100 solo se incluyen trabajadores discapacitados de "nueva contratación", no trabajadores de la empresa a los que sobrevenga posteriormente una discapacidad[20].

### 2.5. Medidas alternativas a la cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados

El mismo artículo 42.2 de la LGDPD ofrece una alternativa al cumplimento de esa cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados. Así, establece que de manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del ET, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente. De esta regulación alternativa a la cuota de reserva hay que destacar su *carácter excepcional*, por lo que tiene que estar *expresamente justificada* la exención y no aplicación de dicha cuota de reserva. Por eso el artículo 1 del RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, precisa tales "supuestos excepcionales para la exención"[21].

---

[20] El artículo 27 del Convenio colectivo Provincial del Sector de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP de Almería de 10 de noviembre de 2016) establece expresamente que, sin perjuicio de medidas específicas de adaptación de sus condiciones de trabajo, tales trabajadores con discapacidad sobrevenida "no se incluirán en el porcentaje del 2% aducido en el primer párrafo del presente artículo". En el mismo sentido, el artículo 43 (Personal con capacidad disminuida) del Convenio colectivo Provincial de Transportes Regulares y Discrecionales de Viajeros de Jaén (BOP de Jaén de 5 de octubre de 2017) dispone que "las empresas con más de 50 trabajadores, *en sus nuevas contrataciones darán cumplimiento a la normativa sobre el 2% de plantilla* para la integración laboral del trabajador con capacidad disminuida o minusválida".

[21] Son los siguientes: "a) Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquélla y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta. b) Cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante". En todo caso, estas empresas "deberán solicitar de los servicios públicos de empleo competentes la declaración de excepcionalidad con carácter previo a la adopción de las medidas alternativas".

No hemos encontrados en el análisis de los convenios colectivos seleccionados acuerdos específicos sobre las medidas alternativas para el fomento de la contratación de personas con discapacidad, tal vez porque los que están primariamente llamados a incluirlos son los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal. En cualquier caso, es relevante que ningún convenio colectivo sectorial de ámbito provincial los recoge.

En cambio, sí que hay algunos convenios colectivos que recogen la otra posibilidad, que las medidas alternativas para el fomento del empleo de personas con discapacidad sean voluntariamente asumidas por el empresario. Estas medidas a las que puede recurrir son las que recoge el artículo 2.1 del RD 364/2005: "a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida. b) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa. c) Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo. d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad".

Sin embargos los convenios colectivos sólo se refieren a la posibilidad de recurrir a estas medidas alternativas a la cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados, pero sin precisar cual sea dicha medida, simplemente remitiéndose a la regulación reglamentaria, y tan solo recordando dos previsiones legales: 1) que dicha exención de la aplicación de dicha cuota de reserva puede ser *total* o *parcial* y 2) la necesidad de comunicarlo a la Autoridad Laboral[22].

[22] Por ejemplo, el artículo 16 (Contratación de discapacitados) del Convenio colectivo Provincial de Actividades Agropecuarias de Córdoba (BOP de Córdoba de 16 de agosto de 2017) establece que "de manera excepcional, las empresas podrán quedar exentas de esta obli-

## 3. MODALIDADES CONTRACTUALES

Las personas con discapacidad pueden ser contratadas laboralmente mediante cualquier modalidad contractual: el contrato indefinido, que prevé algunas cláusulas específicas para poder disfrutar de las correspondientes ayudas y beneficios para el fomento del empleo de personas con discapacidad (como la incorporación de un certificado en el que se reconozca un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, estar inscrito en el servicio público de empleo…); contrato para personas con discapacidad procedentes de enclaves laborales; contrato para personas con discapacidad que prestan servicios en centros especiales de empleo (que configuran una relación laboral de carácter especial); contratos a tiempo parcial; contratos temporales; contratos formativos; contrato temporal de fomento de empleo para personas con discapacidad, etc. Sin embargo, curiosamente los convenios colectivos no suelen referirse a modalidades contractuales específicas para personas con discapacidad. Los pocos convenios que aluden a alguna particularidad por la contratación de trabajadores discapacitados lo hacen en relación con los contratos formativos, tanto el contrato en prácticas[23] como el contrato para

---

gación, de forma parcial o total, por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, aplicando las medidas recogidas en el RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad"; o el artículo 21 del Convenio colectivo del Transporte de Mercancías por Carretera de Almería (BOP de Almería de 5 de octubre de 2016), que, además de lo anterior, precisa que "dicha opción deberá ser comunicada a la autoridad laboral". Por su parte, el artículo 23 del Convenio colectivo del Transporte de Viajeros por Carretera de Almería (BOP de Almería de 2 de marzo de 2017), se limita a transcribir el artículo 42.2 de la LGDPD. Finalmente, otros simplemente presentan la alternativa, como hace el artículo 12.a (Contratación de minusválidos/as) del Convenio colectivo Provincial del Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Patata de Granada (BOP de Granada de 19 de junio de 2017), cuando manifiesta que las empresas con más de 50 trabajadores/as vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores/as minusválidos/as no inferior al 2% del total de la plantilla o la aplicación del Decreto 27/2000 de 14 de enero (la anterior regulación reglamentaria); o el artículo 39 (Reserva de cupo para discapacitados) del Convenio colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Huelva (BOP de Huelva de 22 de abril de 2016) cuando en el mismo sentido dispone que las empresas que empleen a un número de cincuenta o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos el 2 por 100 sean trabajadores discapacitados, a tenor de lo estipulado en la legislación vigente, o bien a adoptar las medidas alternativas previstas igualmente por la Ley".

[23] Por ejemplo, el artículo 7 del Convenio colectivo Provincial de Clínicas Dentales de Málaga (BOP de Málaga de 14 de octubre de 2014), reitera la previsión estatutaria, sin aportar ningún elemento novedoso: la empresa podrá celebrar contrato de trabajo en prácticas a quienes estuvieran en posesión los correspondientes títulos "dentro de los cinco años, o de siete años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios". En idénticos términos, el artículo 19.1 del Convenio colectivo Provincial de la Vid de Cádiz (BOP de Cádiz de 3 de febrero de 2017) o el artículo 26.1 del Convenio colectivo Provincial de las Industrias de la Madera y Corcho de Jaén (BOP de Jaén de

la formación y el aprendizaje (por ejemplo, incrementando su duración o eximiendo del requisito de edad para su celebración)[24], y además sin introducir ninguna novedad relevante en cuanto a las ya previstas legalmente.

## 4. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

El artículo 2 de la LGDPD fija el marco teórico y conceptual donde se inserta también el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación de los trabajadores discapacitados en las relaciones de trabajo. Así, se definen los siguientes conceptos:

- Igualdad de oportunidades: es la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en

23 de febrero de 2017). En este mismo sentido, pero estableciendo un período de hasta seis años (y no siete) desde la terminación de los correspondientes estudios para contratar en prácticas a trabajadores discapacitados, el artículo 9.4 del Convenio colectivo Provincial de Tapones y Discos de Corcho de Cádiz (BOP de Cádiz de 18 de agosto de 2016).

[24] Algunos convenios colectivos *incrementan la duración del contrato para la formación* cuando se trata de trabajadores con discapacidad. Es el caso del artículo 18.A.2 del Convenio colectivo Provincial de Empresas de Hospitalización y laboratorio de análisis clínico de Sevilla (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2017), cuando dispone que el contrato para la formación y el aprendizaje "tendrá una duración que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años o a *cuatro años cuando el contrato se concierte con una persona discapacidad*, teniendo en cuenta el tipo o grado de discapacidad y las características del proceso formativo a realizar". En el mismo sentido, aunque hablando de "minusválidos", el artículo 38 del Convenio colectivo Provincial de Panadería de Cádiz (BOP de Cádiz de 10 de febrero de 2016). Por otro lado, *eximiendo del requisito de edad*, el artículo 17.4.d del Convenio colectivo Provincial de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de Granada (BOP de Granada de 14 de mayo de 2014) reitera la previsión estatutaria relativa a que "podrá celebrarse el contrato para la formación, sin aplicación del límite máximo de edad anteriormente señalado, cuando (…) se trate de personas con discapacidad". Con las mismas palabras, el artículo 9.1 del Convenio colectivo Provincial de Tapones y Discos de Corcho de Cádiz (BOP de Cádiz de 18 de agosto de 2016);y en parecidos términos se pronuncian el artículo 39 del Convenio colectivo Provincial del Comercio en general de Málaga (BOE de Málaga de 24 de agosto de 2017); el artículo 33.D del Convenio colectivo Provincial de Distribuidores de Butano de Cádiz (BOP de Cádiz de 28 de enero de 2015); el artículo 30 del Convenio colectivo Provincial de Obradores de Pastelería, Confiterías y Despachos de Cádiz (BOP de Cádiz de 12 de febrero de 2016); el artículo 38 del Convenio colectivo Provincial de Panadería de Cádiz (BOP de Cádiz de 10 de febrero de 2016); artículo 19.2 del Convenio colectivo Provincial de la Vid de Cádiz (BOP de Cádiz de 3 de febrero de 2017); el artículo 36 del Convenio colectivo del Comercio Textil de Almería (BOP de Almería de 19 de septiembre de 2014); el artículo 26.2 del Convenio colectivo Provincial de las Industrias de la Madera y Corcho de Jaén (BOP de Jaén de 23 de febrero de 2017).

igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva.

- Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.
- Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.
- Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.
- Acoso: es toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

Los convenios colectivos que recogen específicamente cláusulas antidiscriminatorias por razón de la discapacidad del trabajador suelen afectar a todas los aspectos de las relaciones de trabajo: acceso al empleo, contratación, prestación de servicios, retribución, salud laboral, etc. La mayoría de convenios se limitan a enunciar el principio de igualdad de trato y no discriminación también por razón de la discapacidad[25]; otros convenios colectivos concretan

[25] Así, la Cláusula Adicional 5ª del Convenio colectivo Provincial de Transporte de Mercancías por Carretera de Málaga (BOP de Málaga de 25 de septiembre de 2017), tras proclamar que el principio de igualdad regirá las relaciones laborales en este sector, establece expresamente que los trabajadores "tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo". En este mismo sentido, la Disposición Adicional 5ª (Fomento de la Igualdad y contra la Discriminación) del Convenio colectivo Provincial de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceitunas de Sevilla (BOP de Sevilla de 12 de junio de 2014); o los artículos 14 (Declaración de principios sobre igualdad y no discriminación y buena fe) y 16 (Principio general de igualdad en el acceso al Empleo) del Convenio colectivo de Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía (BOJA de 19 de octubre de 2011), que además añade que "las partes acuerdan que el acceso al empleo

algo más el alcance de dicha prohibición de discriminación, como por ejemplo, respecto del uso de ordenadores y correos electrónicos[26]. En cualquier caso, las discriminaciones laborales por discapacidad serán consideradas nulas[27]. Igualmente, las discriminaciones o acoso que pudiera sufrir el trabajador discapacitado por parte de otros trabajadores suelen ser consideradas como faltas laborales graves o muy graves[28].

habrá de realizarse siempre en condiciones de igualdad y transparencia, sin que pueda prevalecer trato discriminatorio directo o indirecto, desfavorables por razón de (…) discapacidad". Igualmente, el artículo 58 del Convenio colectivo Provincial de Automoción de Málaga (BOP de Málaga de 26 de septiembre de 2017) que recoge expresamente el principio de igualdad de trato y oportunidades, no admitiéndose en ningún caso discriminaciones, directas o indirectas, entre otras muchas razones, por discapacidad; el artículo 10 (Ingreso de nuevo personal) del Convenio colectivo Provincial de Transportes Regulares y Discrecionales de Viajeros de Jaén (BOP de Jaén de 5 de octubre de 2017) que proclama que "no existirá discriminación favorable o adversa para el acceso al empleo por motivos de (…) discapacidad"; el artículo 5 (Igualdad de trato entre mujeres y hombres) del Convenio colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Jaén (BOP de Jaén de 14 de marzo de 2017) que recuerda que "el presente convenio colectivo debe ser aplicado e interpretado por las partes basándose en el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación en las condiciones laborales por razón de (…) minusvalía"; la Disposición Adicional 1ª (Igualdad y no discriminación) del Convenio colectivo de Reyenvas S.A. (BOP de Sevilla de 27 de agosto de 2016); o, finalmente, las Disposiciones Varias del Convenio colectivo Provincial de la Piel y el Calzado de Cádiz (BOP de Cádiz de 12 de mayo de 2016) que reconocen que "no se admitirán discriminación por razón de discapacidad".

[26] De este modo, el artículo 12 (ordenadores y correos electrónicos) del Convenio colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Málaga (BOP de Málaga de 14 de septiembre de 2016), entre otros muchos contenidos, prohíbe expresamente el envío de mensajes o imágenes de material ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios "por razones de discapacidad". En el mismo sentido, el artículo 36 (Utilización del correo electrónico, internet e intranet) del Convenio colectivo de Cruz Roja Española de Almería (BOP de 29 de septiembre de 2016).

[27] Cosa que expresamente declara el artículo 7 del Convenio colectivo Provincial de Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura de Almería (BOP de Almería de 26 de enero de 2017): "Se entenderán nulos y sin efecto los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo y en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de (…) discapacidad".

[28] Por ejemplo, el artículo 27 del Convenio colectivo de Halia Servex (BOJA de 17 de mayo de 2012); el artículo 15.6.13 del Convenio colectivo de Fuentemant (BOJA de 20 de abril de 2016); o el artículo 6.13 del Convenio colectivo Provincial de Obradores de Confiterías, Bollerías, Turrones, Helados, Churrerías y Fabricación de Chocolates de Málaga (BOP de Málaga de 27 de septiembre de 2016) consideran expresamente como falta muy grave el acoso por discapacidad. Por su parte, lo artículos 19.3 y 19.4 del Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Sevilla (BOP de Sevilla de 30 de septiembre de 2015) consideran respectivamente, entre otras muchas razones, como faltas graves las ofensas puntuales verbales o físicas, así como las faltas de respeto a la intimidad o dignidad de las personas por razón de discapacidad, y como faltas muy graves el acoso por razón de discapacidad.

## 5. ADAPTACIÓN "RAZONABLE" DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

Algunos convenios colectivos reconocen expresamente la obligación empresarial de adoptar medidas adecuadas para facilitar el acceso al empleo, el desempeño del trabajo y la progresión y formación profesional de los trabajadores discapacitados. No obstante dicha obligación del empresario, y el correspondiente derecho del trabajador discapacitado, quedan condicionados por que tales medidas no supongan una carga excesiva para el empresario.

El concepto de "carga excesiva" es definido convencionalmente. Los convenios colectivos aclaran que para determinar si una carga es excesiva "se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa[29].

Del mismo modo, tales medidas han de ser también razonables. Por ello hay que traer aquí a colación el concepto de "ajustes razonables" que introduce la normativa reguladora de los derechos de las personas con discapacidad. En concreto, el artículo 2.m de la LGDPD entiende que *ajustes razonables* son "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos". Dicha definición legal incorpora el concepto de "ajuste razonable" consolidado a nivel internacional, a través de instrumentos como

[29] Entre otros, el artículo 20 del Convenio colectivo de la Industria de la Alimentación de Almería (BOP Almería de 31 de julio de 2017); el artículo 18 del Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Almería (BOP de Almería de 29 de octubre de 2015); el artículo 27 del Convenio colectivo Provincial del Sector de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP de Almería de 10 de noviembre de 2016); o el artículo 21 del Convenio colectivo del Transporte de Mercancías por Carretera de Almería (BOP de Almería de 5 de octubre de 2016), que además añaden que "para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad, estando los empresarios obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario".

la Convención de la ONU sobre derechos de los personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (artículo 2)[30].

### 5.1. Adaptación de la prestación de servicios a la capacidad real del trabajador: el derecho de "acoplamiento" o "readaptación" profesional del trabajador con discapacidad sobrevenida. Movilidad funcional

El contenido funcional de la prestación de servicios de todo trabajador, también del trabajador discapacitado, viene determinada por su clasificación profesional. Para dicho encuadramiento profesional del trabajador se tiene en cuenta su formación y titulaciones, sus aptitudes profesionales y el tipo de tareas o funciones que realizará. Igualmente, la especificación de la prestación de servicios objeto del contrato de trabajo del trabajador discapacitado se ejerce por el empresario en el marco de las facultades directivas y organizativas del trabajo, teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores discapacitados[31].

No obstante, los convenios colectivos prevén también cláusulas especificas para readaptar profesionalmente (reacoplar, dicen algunos) al trabajador con una *discapacidad sobrevenida*, a los que comúnmente se refieren como "personal con capacidad disminuida", entendiendo por tal "aquel que deja estar en condiciones físicas o psíquicas para continuar realizando eficazmente la tarea que venía desempeñando en función de su categoría". De este modo, y sin que ello conlleve marginación o aislamiento, al trabajador discapacitado se le encomiendan unas nuevas funciones acordes con su

[30] Sobre la configuración del concepto de ajuste razonable en el lugar de trabajo para fomentar la inclusión social y laboral de las personas con discapacidad, *vid.* OIT: *Fomentando la diversidad y la inclusión mediante ajustes en el lugar de trabajo. Una guía práctica,* OIT, Ginebra, 2017.

[31] De este modo, el artículo 57 (Facultad organizativa del trabajo) del Convenio colectivo del Transporte de Viajeros por Carretera de Almería (BOP de Almería de 2 de marzo de 2017), tras recordar que "el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue", declara que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, pero eso sí, "guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y *teniendo en cuenta la capacidad de los trabajadores disminuidos*, en su caso". En el mismo sentido, el artículo 29 (Prestación del trabajo) del Convenio colectivo Provincial de Construcción y Obras Públicas de Córdoba (BOP de Córdoba de 25 de septiembre de 2015); el artículo 11.2 (Poder de control y vigilancia) del Convenio colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Málaga (BOP de Málaga de 14 de septiembre de 2016); o el artículo 27 (Prestación del trabajo y obligaciones específicas) del Convenio colectivo Provincial de Construcción y Obras Públicas de Almería (BOP de Almería de 29 de abril de 2016) que manifiesta que "el empresario deberá guardar la consideración debida a la dignidad humana del trabajador, así como tener en cuenta la *capacidad real de los trabajadores discapacitados*, que, en su caso, le presten sus servicios, al adoptar y aplicar las medidas de control y vigilancia del cumplimiento de la prestación de trabajo".

capacidad real, siempre que el trabajador afectado esté de acuerdo y siempre que sea posible dicho cambio funcional por haber vacantes disponibles[32]. Se configura de este modo como un supuesto de movilidad funcional que tiene su fundamento en un derecho del trabajador discapacitado a su "reacoplamiento" profesional, aunque no se configure como un derecho incondicionado, sino condicionado a la existencia de vacante adecuada. Para este cambio funcional y la correspondiente reclasificación profesional algunos convenios colectivos establecen un procedimiento específico del que se dará cuenta a la Autoridad Laboral[33]. Las nuevas funciones y tareas serán acordes con la capacidad real del trabajador y dependerá de las particularidades de su discapacidad física, psíquica o sensorial. No obstante, con cierta frecuencia, los puestos de trabajo en los que habitualmente se acoplan los trabajadores con discapacidad sobrevenida son los de menor exigencia física y complejidad (también con menos requerimientos de cualificación profesional), normalmente en

[32] Por ejemplo, el artículo 72 (Personal de capacidad disminuida) del Convenio colectivo Provincial de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de Granada (BOP de Granada de 14 de mayo de 2014) establece que e1 personal que haya experimentado una disminución en su capacidad para realizar las funciones que le competen, podrá ser destinado por la empresa a trabajos adecuados a sus condiciones actuales, siempre que existan posibilidades para ello, asignándosele la clasificación profesional que proceda de acuerdo con sus nuevos cometidos, así como la remuneración correspondiente a su nueva categoría profesional. Cuando en la empresa existan puestos disponibles para ser ocupados por trabajadores con capacidad disminuida, tendrán preferencia para desempeñarlos. El trabajador que no esté conforme con su paso a la situación de capacidad disminuida o con la nueva categoría que se le asigne, podrá interponer la oportuna reclamación ante la jurisdicción competente. En idénticos términos se expresan el artículo 64 del Convenio colectivo Provincial de la Industria de la Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares de Málaga (BOP de Málaga de 14 de mayo de 2014); o el artículo 52 del Convenio colectivo Provincial de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (BOP de Cádiz de 6 de febrero de 2017). Por su parte, el artículo 12 (Trabajo de capacidad disminuida) del Convenio colectivo Provincial de la Industria Almadrabera de Cádiz (BOP de Cádiz de 19 de agosto de 2016) se limita a precisar que "las Empresas se comprometen a ocupar estos trabajadores en las vacantes que puedan producirse o puestos que puedan crearse"; y el artículo 14.d del Convenio Colectivo de CCOO de Andalucía (BOJA de 25 de mayo de 2015) que "la organización *en la medida de las posibilidades y siempre que sea posible* procurará adecuar algún puesto de trabajo a la minusvalía reconocida".

[33] Así, el artículo 62 del Convenio colectivo del Transporte de Viajeros por Carretera de Almería (BOP de Almería de 2 de marzo de 2017) establece que en los casos de disminución de facultades de un trabajador, las empresas por iniciativa propia o a petición del trabajador, podrán disponer el pase de éste a una categoría inferior o superior o a otro grupo profesional, destinándolo a un quehacer compatible con sus aptitudes. Pero "para efectuar este cambio de categoría o de grupo es indispensable, por parte de la empresa, *instruir el oportuno expediente ante la Autoridad Laboral*, acompañado del reconocimiento facultativo del interesado, el cual será oído inexcusablemente". En el mismo sentido, el artículo 64 del Convenio colectivo del Transporte de Mercancías por Carretera de Almería (BOP de Almería de 5 de octubre de 2016), aunque especificando que la instrucción del correspondiente expediente corresponde al Delegado de Trabajo.

categorías profesionales del grupo de personal subalterno, como las de Portero u Ordenanza[34]. Respecto de tales trabajadores con capacidad disminuida, algunos convenios colectivos los computan como trabajadores discapacitados incluidos en la cuota de reserva del 2 por 100, en cambio otros (*vid. supra*, 2.4, *in fine*) los excluyen[35].

Como garantía económica para el trabajador, y teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos dicho cambio funcional le conlleva un perjuicio retributivo, algunos convenios colectivos garantizan el mantenimiento de su salario[36]. Otros, en cambio, reconocen la percepción del salario correspondiente

[34] Por ejemplo, el artículo 40 del Convenio colectivo Provincial de Industrias del Aceite y sus Derivados de Sevilla (BOP de Sevilla de 21 de febrero de 2015 establece que las plazas de Porteros y Ordenanzas "se proveerán por la empresa con aquellos de sus trabajadores que hayan sufrido accidente o se encuentren incapacitados o con capacidad disminuida para realizar su trabajo habitual, siempre que reúnan las condiciones requeridas". Igualmente, el artículo 42 del Convenio colectivo Provincial de Obradores de Pastelería, Confiterías y Despachos de Cádiz (BOP de Cádiz de 12 de febrero de 2016) establece que los puestos de ordenanza se proveerán entre el personal de "la empresa, que como consecuencia de accidente o incapacidad, tenga disminuida su capacidad y preferentemente, entre quienes no puedan desempeñar otro oficio u empleo de rendimiento normal por dichas causas".

[35] Así, el artículo 33 del Convenio colectivo Provincial del Sector de Suministros Industriales de Huelva (BOP de Huelva de 15 de septiembre de 2015) reconoce que todos aquellos trabajadores que sufran una capacidad disminuida "tendrán preferencia para ocupar los puestos más aptos en relación a sus condiciones que existan en la empresa, siempre que tengan aptitud para el nuevo puesto", y que "las empresas cuyas plantillas excedan de 50 trabajadores fijos y que están obligadas a reservar al menos el 2% de su plantilla a los trabajadores minusválidos darán preferencia absoluta a tales trabajadores con capacidad disminuida para ocupar dichos puestos de trabajo; mientras que, en cambio, conforme el ya mencionado artículo 27 del Convenio colectivo Provincial del Sector de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP de Almería de 10 de noviembre de 2016) "estos trabajadores no se incluirán en el porcentaje del 2% aducido en el primer párrafo del presente artículo" (*vid.* nota 20).

[36] Entre otros, el artículo 37 (Capacidad disminuida) del Convenio colectivo Provincial de Comercio de maquinaria industrial, agrícola, aparatos electrodomésticos y mobiliario de oficina de Sevilla (BOP de Sevilla de 4 de diciembre de 2014) dispone que "los trabajadores afectados por capacidad disminuida podrán ser acoplados en otra actividad distinta a la de su Grupo Profesional y adecuada a su nueva aptitud, *respetándoseles el salario que tuviesen acreditado antes de pasar a dicha situación*"; o el artículo 27 del Convenio colectivo Provincial del Sector de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP de Almería de 10 de noviembre de 2016) que establece que "las empresas *conservarán el nivel salarial y profesional* de los discapacitados que pasen a tener consideración de tales después de un accidente de trabajo, enfermedad o accidente no laboral, sobrevenido después de su ingreso en la empresa. En estas circunstancias, las empresas vendrán obligadas a reconvertir su puesto de trabajo para adaptarlo a las nuevas condiciones físicas del trabajador, sin que ello suponga la marginación de tales trabajadores, mediante la separación de sus compañeros en talleres o departamentos especiales. En el mismo sentido, el artículo 74 (Segunda actividad) del Convenio colectivo de Aguas del Huesna (BOJA de 26 de marzo de 2015) dispone que "en todo caso *se mantendrán las retribuciones* consolidadas anteriormente"; y el artículo 12 (Personal con capacidad disminuida) del Convenio colectivo de Cableven (BOJA de 10 de mayo de 2016) establece que "con

a las nuevas funciones[37]. Por otro lado, en el supuesto de que la readaptación profesional en otro puesto de trabajo acorde con la capacidad real del trabajador discapacitado no fuera posible, algunos convenios colectivos prevén una compensación económica al trabajador[38].

En todo caso, este derecho a la readaptación profesional del trabajador discapacitado se enmarca a nivel internacional en los principios que reconoce el Convenio núm. 159 de la OIT (1983) y la Recomendación núm. 168 de la OIT (1983), sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas[39].

---

objeto de mantener en el trabajo a aquel personal que por deficiencia o reducción de sus condiciones físicas den lugar a la disminución del rendimiento normal de su capacidad o categoría, el personal con capacidad disminuida pasará a efectuar otros trabajos en la misma empresa *con la retribución que tenía en el anterior*, siempre y cuando exista un puesto vacante y el trabajador tenga la formación necesaria para desempeñarlo". Por su parte, el artículo 27 (Cambio de puesto por disminución psicofísica) del Convenio colectivo de ABC Sevilla (BOJA de 17 de mayo de 2017) determina que "en los supuestos de disminución psicofísica para el trabajo cuando por el servicio médico de la Seguridad Social así como los de la Mutua con los que se han suscrito las contingencias se aconseje un cambio de puesto de trabajo, previos los informes y reconocimientos que éste considere oportunos, el trabajador tendrá prioridad para ocupar una vacante, acorde a sus conocimientos y características". Dicho cambio se comunicará oportunamente al Comité de Empresa y los trabajadores afectados por estos cambios "*mantendrán, a título personal, los conceptos salariales fijos correspondientes al grupo profesional que venían desempeñando y, en su caso, los complementos que tuvieran reconocidos como condición más beneficiosa*".

[37] Es el caso del artículo 11 (Trabajadores con discapacidad) del Convenio colectivo Provincial de Comercio del Automóvil, Caravanas, Motocicletas y Bicicletas de Sevilla (BOP de Sevilla de 21 de octubre de 2015), cuando declara que "los trabajadores y las trabajadoras afectados o afectadas por una discapacidad deberán ser acoplados a otra actividad distinta dentro de las empresas, siempre que existiere vacante un puesto adecuado a su aptitud y *percibiendo un salario consecuente a la nueva actividad*"; o del ya citado (*vid.* nota 32) artículo 72 del Convenio colectivo Provincial de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de Granada (BOP de Granada de 14 de mayo de 2014).

[38] El artículo 29 (Trabajadores con capacidad disminuida) del Convenio Colectivo Provincial de la Hostelería de Huelva (BOP de Huelva de 22 de septiembre de 2014) reconoce que "en los centros de trabajo con más de 25 trabajadores, en el caso de que un trabajador sea declarado en IPT (Incapacidad para su puesto de trabajo), la empresa deberá solicitar un informe a la Comisión Técnica Calificadora acerca de los puestos de trabajo que dicho operario pudiera ocupar en la misma de acuerdo con su nueva situación sobrevenida. En caso de que no hubiera vacante en un puesto de trabajo en estas condiciones, la empresa deberá indemnizarle con la cantidad de (…) 4.097,75 € durante el año 2017. A estos efectos las empresas podrán concertar una póliza de Seguros que cubra dicha eventualidad".

[39] Para el artículo 1.2 de dicho Convenio núm. 159 de la OIT, la finalidad de la readaptación profesional es la de "permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad".

### 5.2. Movilidad geográfica

En primer lugar, respecto de los traslados y desplazamientos el propio artículo 40.5 del ET reconoce a los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad "tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento".

Sin perjuicio de ello, algunos convenios colectivos, pocos, reconocen a los trabajadores discapacitados una preferencia para no ser desplazado[40], similar a la que la norma legal también reconoce a los representantes de los trabajadores. Otras veces no es la condición de discapacitado del propio trabajador sino la circunstancia de tener a una persona con discapacidad a cargo lo que se tiene en cuenta a la hora de determinar y seleccionar a los trabajadores afectados por el traslado[41].

### 5.3. Formación

Son muy infrecuentes las referencias convencionales a las necesidades especiales de formación de los trabajadores discapacitados. El único caso que hemos encontrado justifica la adopción de medidas de acción positiva en materia formativa de los trabajadores discapacitados en base al objetivo de garantizar el principio de igualdad de trato y oportunidades en la incorporación a la formación de trabajadores con mayor dificultad de acceso a la misma[42].

---

[40] Por ejemplo, el artículo 25 del Convenio colectivo Provincial de Derivados del Cemento de Málaga (BOP de 29 de abril de 2015) establece que "en los supuestos en que el desplazamiento exija pernoctar fuera del domicilio y tenga una duración superior a tres meses", tendrán preferencia para no ser desplazados los disminuidos físicos y psíquicos. En idénticos términos, el artículo 32 del Convenio colectivo Provincial de Derivados del Cemento de Granada (BOP de Granada de 16 de diciembre de 2014).

[41] El Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España (BOJA de 17 de agosto de 2016) tiene en cuenta el hecho de que el trabajador tenga o no hijos discapacitados a cargo a la hora de seleccionar los trabajadores afectados por la movilidad geográfica.

[42] Dicho supuesto lo constituye el artículo 81 (Cursos de formación) del Convenio colectivo del Transporte de Mercancías por Carretera de Almería (BOP de Almería de 5 de octubre de 2016), que tras recordar que las empresas podrán organizar cursos de formación y perfeccionamiento del personal con carácter gratuito en los términos y según el procedimiento previsto en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, o norma que lo pueda sustituir o desarrollar, con el fin de promoción profesional y capacitación, justifica que "las acciones de formación podrán incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos", entre otros, los trabajadores *discapacitados*.

## 6. RETRIBUCIONES SALARIALES ESPECIALES POR DISCAPACIDAD

En materia retributiva los convenios colectivos no suelen establecer ventajas adicionales por razón de la discapacidad del trabajador. No obstante, con carácter excepcional hemos encontrado casos en los que se reconocen *complementos salariales vinculados directa o indirectamente a dicha discapacidad*. Entre los primeros, y con relativa frecuencia, algunos convenios colectivos reconocen un *complemento salarial por discapacidad*, que expresamente consideran como un complemento de carácter personal del trabajador[43]. Entre los segundos, hay complementos salariales que tienen por objeto compensar al trabajador discapacitado en el marco de programas de desarrollo de políticas sociales[44]. Excepcionalmente, encontramos reconocido

[43] Entre éstos, el artículo 47 del Convenio colectivo Provincial de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de Granada (BOP de Granada de 14 de mayo de 2014), que dispone que "los trabajadores que, reconocido por el organismo oficial correspondiente, acrediten los grados de discapacidad que se recogen a continuación, percibirán como complemento personal, las cantidades que se detallan": para los grados de discapacidad comprendido entre el 13% y 22% percibirán 17€ como importe bruto mensual de dicho complemento por discapacidad; entre el 23% y 32%, 24€; y del 33% o superior, 34€. En cualquier caso, "el grado de discapacidad será único y generará por tanto el derecho a un solo complemento, no pudiendo, en consecuencia, acumularse al grado ya existente otro superior que pudiera reconocerse con posterioridad. Si el grado de discapacidad se redujese, el complemento a percibir se acomodará al nuevo tanto por ciento reconocido. En el supuesto de que por la empresa se viniese ya abonando un complemento, ayuda o prestación que responda a la compensación de situaciones análogas a la establecida en el presente artículo, aquella podrá aplicar al pago de este complemento personal la cantidad que ya venga abonando por similar concepto, y sin que, por tanto, se genere el derecho a un pago duplicado". En los mismos términos el artículo 35 (Complemento por discapacidad) del Convenio colectivo Provincial de la Industria de la Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares de Málaga (BOP de Málaga de 14 de mayo de 2014); el artículo 39 del Convenio colectivo Provincial de Construcción y Obras Públicas de Almería (BOP de Almería de 29 de abril de 2016); el artículo 40 del Convenio colectivo Provincial de Construcción y Obras Públicas de Córdoba (BOP de Córdoba de 25 de septiembre de 2015); y artículo 30 del Convenio colectivo Provincial de la Construcción y Obras Públicas de Huelva (BOP de Huelva de 5 de octubre de 2016), aunque éste lo denomina "plus por discapacidad".

[44] Este caso especial es frecuente en algunos convenios colectivos sectoriales de Jaén. Así, el artículo 53 (Plus compensatorio para el desarrollo de políticas sociales) del Convenio colectivo Provincial del Comercio del Metal y la Electricidad de Jaén (BOP de Jaén de 10 de agosto de 2017), tras recordar que "desarrollar determinadas políticas sociales en la empresa contribuye a conseguir un sector empresarial más avanzado y competitivo" y que la búsqueda de soluciones en el marco de las relaciones laborales a problemas sociales (como la discapacidad) que se generan también en la actividad empresarial debe ser una actividad a tener en cuenta igualmente en la negociación colectiva, las partes firmantes del presente convenio se comprometen, a través de la Comisión Paritaria y conforme a lo contenido en el presente artículo, a "programar actividades de información, formación y asesoramiento a las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito funcional, sectorial y territorial para que puedan desarrollar esas políticas sociales" y se acuerda "que aquellas empresas que no acrediten su adhesión a

no un complemento salarial específico para un trabajador discapacitado, sino un complemento salarial por puesto de trabajo cuando se desempeñan funciones de atención y cuidados a personas discapacitadas[45].

## 7. SALUD LABORAL Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

Los convenios colectivos que regulan la prevención de riesgos laborales de los trabajadores discapacitados suelen reproducir, con las mismas o parecidas palabras, lo dispuesto en el artículo 25 (párrafos 1 y 2) de la LPRL, titulándolo igualmente "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos". De este modo, los convenios colectivos disponen que "el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de estas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias". Y, por tanto, "los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida y comunicada a la empresa de manera fehaciente, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de riesgo o, en general, cuando se encuentren, manifiestamente, en estados o situaciones transitorias

---

una de las organizaciones empresariales indicadas más representativas del sector a nivel provincial, que desarrollarán las actividades descritas (…) o que no acrediten una planificación y ejecución anual en información, formación y asesoramiento en políticas sociales realizadas por la propia empresa para sus trabajadores, *deberán abonar a éstos un Plus Compensatorio para el desarrollo de políticas sociales de naturaleza salarial en cuantía de 20€ mensuales*". En los mismos términos se pronuncia el artículo 27 del Convenio colectivo Provincial para Derivados del Cemento de Jaén (BOP de Jaén de 18 de julio de 2017) y el artículo 48 del Convenio colectivo Provincial de la Hostelería de Jaén (BOP de Jaén de 7 de julio de 2017); artículo 19 del Convenio colectivo Provincial de las Industrias de la Madera y Corcho de Jaén (BOP de Jaén de 23 de febrero de 2017).

[45] Es el caso del artículo 23 (Complemento salarial por puesto de trabajo) del Convenio colectivo Provincial de Establecimientos Sanitarios y Clínicas Privadas de Granada (BOP de Málaga de 27 de noviembre de 2013): "En razón de la mayor especialidad, se fija un complemento salarial que se establece en un 25% del salario base del convenio y que se extiende a todo el personal (…) que cuide dementes o presten sus servicios en centros de internamiento de discapacitados psíquicos adultos".

que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo"[46].

A ello, algunos convenios colectivos añaden reglas novedosas. Así, hay algunos que reconocen expresamente tales medidas preventivas también para trabajadores con *discapacidad sobrevenida* a su ingreso en la empresa, teniendo la consideración de trabajador con *capacidad disminuida*[47], y siendo de aplicación normas análogas a las previstas para la readaptación profesional del trabajador[48]. Otros, precisan que el puesto de trabajo debe ser exento de riesgos laborales específicos para el trabajador discapacitado, y si no lo hubiera se recurriría a la movilidad funcional para ocupar un puesto de trabajo compatible con su discapacidad. Excepcionalmente se destaca la importancia de la participación de los representantes de los trabajadores en materia preventiva a la hora de identificar cuales sean tales trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos[49].

[46] Artículo 64.5 del Convenio colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Instituciones No Sanitarias de Granada (BOP de Granada de 28 de marzo de 2014). Igualmente, el artículo 37 del Convenio colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Sevilla (BOP de Sevilla de 23 de diciembre de 2016); el artículo 44 (Prevención de Riesgos Laborales) del Convenio colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Huelva (BOP de Huelva de 22 de abril de 2016); el artículo 46 del Convenio colectivo Provincial de Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura de Almería (BOP de Almería de 26 de enero de 2017); el artículo 57 del Convenio colectivo Provincial del Sector de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP de Almería de 10 de noviembre de 2016); el artículo 35 (Vigilancia de la Salud) del mismo Convenio colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Jaén (BOP de Jaén de 14 de marzo de 2017); el artículo 55.2 del Convenio colectivo Provincial de la Hostelería de Jaén (BOP de Jaén de 7 de julio de 2017); o el artículo 45.2 del Convenio colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Jaén (BOP de Jaén de 4 de julio de 2017).

[47] En concreto, el artículo 30 (Salud laboral) del Convenio colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Jaén (BOP de Jaén de 14 de marzo de 2017) entiende por *trabajador con capacidad disminuida* "aquel que deja de estar en condiciones físicas o psíquicas para continuar realizando eficazmente la tarea que venía desempeñando en función de su categoría, sea ello debido a accidente, enfermedad o cualquier otra causa, aunque no haya necesitado obtener la baja de la seguridad Social"; y una vez declarada esta situación "el Servicio Médico de la empresa, previos los dictámenes y asesoramientos oportunos, y de acuerdo con sus indicaciones, se asignará a este trabajador/a una tarea adecuada a su capacidad; destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones, previa petición de éste, expresa y escrita, en este sentido, sin que ello suponga, pérdida de retribuciones".

[48] El artículo 41.7 (Coordinación de actividades empresariales en materia de seguridad y salud laboral) del Convenio colectivo del Grupo End Iberia SL (BOP de Málaga de 27 de febrero de 2014) dispone que "el empresario tendrá que hacer el esfuerzo que sea necesario y adoptar las medidas precisas para readaptar a un nuevo puesto de trabajo acorde con la situación actual del trabajador, a todos aquellos que por cualquier causa pudieran estar o sufrir en el futuro una discapacidad física o psíquica sobrevenida". En los mismos términos se expresa el artículo 40.7 del Convenio colectivo de Externa Team SL (BOJA de 3 de marzo de 2016).

[49] Como ejemplo ilustrativo, el artículo 74 del Convenio colectivo de Aguas del Huesna (BOJA de 26 de marzo de 2015) dispone que "el *Comité de Seguridad y Salud* llevará a cabo

## 8. BENEFICIOS PARA LOS TRABAJADORES CON PERSONAS DISCAPACITADAS A CARGO

Aunque nuestro objeto de estudio son las cláusulas de los convenios colectivos sobre empleo y condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, es conveniente revisar aunque sea brevemente las preferencias, beneficios y ayudas sociales previstas para trabajadores que, sin ser discapacitados, tengan a su cargo alguna persona con discapacidad[50] y que son recogidas mayoritariamente por los convenios colectivos andaluces. En muchos casos, tales beneficios no son más que transcripción al ámbito del convenio colectivo de preceptos legales. Es el caso de las reducciones de jornada por guarda legal y cuidado de persona con discapacidad[51] o de las

el estudio y valoración de los casos de capacidad disminuida" y que la empresa elaborará "un estudio sobre puestos de trabajo susceptibles de ser ocupados por personal declarado en situación de discapacidad". En el mismo sentido, el artículo 52 del Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgica de Almería (BOP de Almería de 29 de octubre de 2015), que reconoce que en aquellos casos que un trabajador resulte con disminución de sus aptitudes psicofísicas "ocupará aquellos puestos existentes en la empresa más adecuados a sus nuevas facultades". Cuando un trabajador fuera considerado especialmente sensible a determinados riesgos de su puesto de trabajo, y no existiera un puesto equivalente exento de exposición a dichos riesgos "el trabajador deberá ser destinado preferiblemente a un puesto de trabajo o función compatible con su estado de salud, si bien conservará, como mínimo, el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen". Pero en todo caso, "*previo acuerdo alcanzado en el Comité de Seguridad y Salud, o en su defecto por acuerdo entre el empresario y el Delegado de Prevención*, se determinarán aquellos trabajadores o trabajadoras especialmente sensibles, por estar afectos de exposición a riesgos a los que se les hace especialmente sensibles".

[50] Sobre este tema, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "Acción social en la empresa, negociación colectiva y crisis económica. Un análisis de los beneficios sociales para empleados", *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales* núm. 31-32, 2017, páginas 30-51.

[51] Entre otros muchos: Convenio colectivo del Sector del Autotaxi de Andalucía (BOJA de 3 de marzo de 2014); Convenio colectivo de Jardinería Costa del Sol (BOP de Málaga de 20 de enero de 2016); Convenio colectivo de Global Control Auxiliar de Servicios (BOP de Cádiz de 25 de junio de 2015); Convenio colectivo Provincial del Aceite y sus Derivados de Jaén (BOP de Jaén de 15 de diciembre de 2015); Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Jaén (BOP de Jaén de 23 de junio de 2016); Convenio colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Cádiz (BOP de Cádiz de 12 de mayo de 2016); Convenio colectivo Provincial de Piel y Marroquinería de Cádiz (BOP de Cádiz de 19 de diciembre de 2016); Convenio colectivo Provincial de Confitería, Pastelería y Bollería de Sevilla (BOP de Sevilla de 18 de abril de 2016); Convenio colectivo Provincial de Faenas Agrícolas, Forestales y Ganaderas de Sevilla (BOP de Sevilla de 20 de septiembre de 2013); Convenio colectivo de ámbito autonómico de Andalucía para el sector de aparcamientos y garajes (BOJA de 31 de octubre de 2011); Convenio colectivo Provincial de Transporte de Mercancías por Carretera de Córdoba (BOP de Córdoba de 21 de febrero de 2017); o Convenio colectivo Provincial del Metal de Córdoba (BOP de Córdoba de 17 de agosto de 2017).

suspensiones del contrato de trabajo o excedencias por cuidado de familiares discapacitados[52]. Otras veces, los convenios colectivos son más originales e incorporan beneficios y ayudas para trabajadores con discapacitados a cargo no previstos legalmente, como preferencias para la elección de horarios y turnos de trabajo, e incluso, como derecho a su determinación por el propio trabajador[53], el reconocimiento de licencias y permisos retribuidos para acompañar a hijo o familiar discapacitado a cargo a tratamientos médicos o de rehabilitación[54], o lo más común y habitual, el reconocimiento de ayudas económicas por hijos o familiares discapacitados a cargo, de naturaleza no salarial, compensatoria[55]

[52] Es el caso del artículo 28.2 del Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Granada (BOP de Granada de 18 de junio de 2014); o el artículo 24 (Suspensión con reserva de puesto de trabajo) del Convenio colectivo Provincial del Trabajo en el Campo de Almería (BOP de Almería de 24 de abril de 2013).

[53] Artículo 8 (Jornada de trabajo) del Convenio Colectivo Provincial de la Hostelería de Huelva (BOP de Huelva de 22 de septiembre de 2014).

[54] Como ejemplos, el artículo 20.i del Convenio colectivo Provincial de Automoción de Málaga (BOP de Málaga de 26 de septiembre de 2017); el artículo 45 del Convenio colectivo de Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía (BOJA de 19 de octubre de 2011); el Convenio colectivo Provincial de la Industria de la Madera y el Corcho de Córdoba (BOP de Córdoba de 4 de septiembre de 2013), que establece un permiso para acompañamiento de hijo afectado por grave discapacidad física o física al médico especialista; o el artículo 27.ñ del Convenio colectivo Provincial de Clínicas Dentales de Málaga (BOP de Málaga de 14 de octubre de 2014), que reconoce un permiso retribuido para asistencia a un centro sanitario, acompañando a familiares discapacitados o en situación de dependencia, hasta primer grado de consanguinidad o afinidad".

[55] Entre otros muchos, el artículo 20 (Ayudas asistenciales) del Convenio colectivo de Cruz Roja Española de Almería (BOP de 29 de septiembre de 2016), que fija una ayuda anual de 360€ anuales; el artículo 31 (Ayuda hijos con discapacidad) del Convenio colectivo Provincial de Limpiezas de Edificios y Locales de Málaga (BOP de Málaga de 22 de diciembre de 2016), que prevé una ayuda por hijo minusválido 32,50€ mensuales; el artículo 33 (Ayuda a la discapacitación) del Convenio colectivo Provincial de Automoción de Málaga (BOP de Málaga de 26 de septiembre de 2017), que por el mismo motivo establece una ayuda anual de 114,18€ (compatible con cualquier ayuda que para este fin tengan establecido la Seguridad Social u otro organismo); el artículo 7 (Ayuda a minusvalía) del Sector III del Convenio colectivo Provincial del Comercio en general de Málaga (BOE de Málaga de 24 de agosto de 2017); el artículo 42 (Plus discapacidad de hijos) del Convenio colectivo Provincial de Transporte de Mercancías por Carretera de Málaga (BOP de Málaga de 25 de septiembre de 2017); el artículo 23.D del Convenio colectivo Provincial de Empresas de Hospitalización y laboratorio de análisis clínico de Sevilla (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2017); el artículo 37 (Ayuda a trabajadores con hijos discapacitados) del Convenio colectivo Provincial de Operadores Logísticos de Sevilla (BOP de Sevilla de 7 de noviembre de 2016); el artículo 19 del Convenio colectivo Provincial de Derivados del Cemento de Cádiz (BOP de Cádiz de 1 de octubre de 2014); el artículo 55 del Convenio colectivo Provincial de la Vid de Cádiz (BOP de Cádiz de 3 de febrero de 2017) que establece una ayuda mensual para los trabajadores con hijos o familiares discapacitados psíquicos y físicos a su cargo de 104,57€; los artículos 13-10 del Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Sevilla (BOP de Sevilla de 30 de septiembre de 2015), que

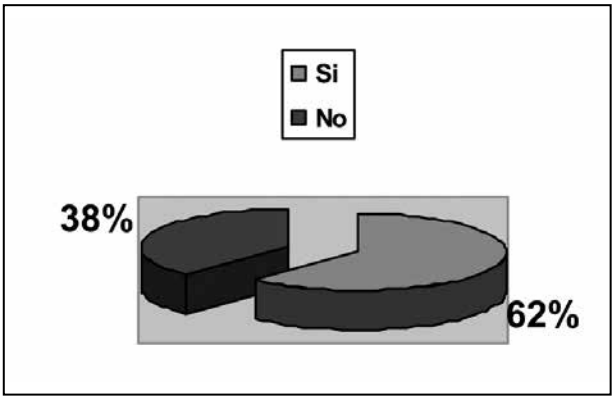
(excepcionalmente, dicha ayuda también se reconoce por discapacidad del propio trabajador)[56].

## 9. CONCLUSIONES

En cuanto al tratamiento que hace la negociación colectiva andaluza de los trabajadores con discapacidad, nuestro análisis ofrece los siguientes resultados:

**Gráfico:**

Distribución cuantitativa de los convenios colectivos que contienen alguna referencia a las personas con discapacidad




establecen un *Plus minusválidos* de 18,24€ mensuales"; el artículo 45 (Aportación económica a discapacitados) del Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Almería (BOP de Almería de 29 de octubre de 2015); el artículo 16 (Plus de ayuda a deficientes psíquicos o físicos) del Convenio colectivo Provincial de la Hostelería de Sevilla (BOP de Sevilla de 21 de agosto de 2015); el artículo 38 (Ayuda social) del Convenio colectivo Provincial para Derivados del Cemento de Jaén (BOP de Jaén de 18 de julio de 2017), que expresamente reconoce que esta ayuda social para el trabajador con cónyuge o hijos discapacitados "*tendrá la consideración de concepto extrasalarial* que en ningún caso será parte integrante del calculo del salario diario del trabajador a efectos de cálculo de indemnización por cese de aquel (sea cual fuese el motivo), cálculo de posibles salarios de tramitación, cálculo de pagas de vacaciones, etc". Excepcionalmente, dicha ayuda puede tener un *carácter finalista*, como es cubrir el coste de la educación especial o colegios especializados, como sucede con el artículo 22 del Convenio colectivo Provincial de Transporte de Viajeros por Carretera de Córdoba (BOP de Córdoba de 22 de julio de 2015) o con el artículo 43 (Costes de enseñanza y adaptación de los hijos discapacitados) del Convenio colectivo de ABC Sevilla (BOJA de 17 de mayo de 2017).

[56] Artículo 21 (Complemento por discapacidad) del Convenio colectivo de Compañía General de Canteras (BOJA de 29 de septiembre de 2016): los trabajadores que "acrediten un grado de discapacidad propio o de cónyuges o de hijos/as superior al 33%, percibirán un complemento de 50€ brutos por mes natural y por persona discapacitada".

La mayoría de los convenios colectivos analizados tratan algún aspecto relacionado con personas con discapacidad (87 de 140), aunque sea de forma simple o aislada. No obstante, son relativamente pocos los que establecen cláusulas *específicas* sobre el empleo de los trabajadores con discapacidad y sobre sus principales condiciones de trabajo (ingreso, prestación de servicios, formación, retribución, salud laboral y prevención de riesgos laborales, etcétera) que complementen y amplíen lo previsto en la norma legal. En la mayoría de los casos se limitan a reproducir los preceptos legales de aplicación o incluso a remitirse directamente a la norma legal[57]. Como tendencia general, y en comparación con los convenios colectivos sectoriales, cuantitativamente se aprecia una menor presencia de cláusulas sobre empleo de personas discapacitadas en los convenios colectivo de ámbito empresarial, pero cuando las incluyen, suelen tener una mayor precisión y desarrollo que el convenio sectorial. Por otro lado, también se aprecian ciertas diferencias en cuanto a la inclusión de cláusulas sobre discapacidad en función del ámbito territorial y del ámbito funcional del convenio, siendo más frecuentes en algunas provincias que en otras y en algunos sectores de actividad que en otros. Igualmente, encontramos tanto tratamientos homogéneos de cláusulas sobre discapacidad en *convenios colectivos de distintos sectores de actividad pero de una misma provincia* (*vid.* notas 13, 18 o 44) como una cierta afinidad de contenidos entre *convenios colectivos de distintas provincias pero de un mismo sector de actividad* (*vid.* notas 40 o 43). De esta manera, se evidencia en las cláusulas convencionales reguladoras del empleo y de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad un fenómeno muy común también respecto de otros contenidos de los convenios colectivos: una especie de "mimetismo regulador" entre convenios colectivos próximos en cuanto a su ámbito territorial o funcional. Lógicamente, hay sectores de actividad "más propensos" a la regulación convencional del trabajo de las personas discapacitadas (por ejemplo, centro especiales de empleo) que otros. En cualquier caso, la normativa reguladora de la integración social y laboral de las personas discapacitadas es en muchos casos *imperativa*, como sucede con la cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados. Desde este punto de vista, es hasta cierto punto irrelevante que el convenio colectivo las reitere, pero su ausencia en la negociación colectiva es expresiva de un escaso interés por trasladar al ámbito del convenio el problema de integración laboral de estas personas con discapacidad.

[57] De este modo, el artículo 21 (Ingreso y contratación del personal) del Convenio colectivo de ABC Sevilla (BOJA de 17 de mayo de 2017) establece escuetamente que "la empresa observará la legislación vigente en materia de contratación de minusválidos". En el mismo sentido un lacónico artículo 33 (Trabajadores discapacitados) del Convenio colectivo Provincial del Comercio en general de Málaga (BOE de Málaga de 24 de agosto de 2017) dispone literalmente que "se estará a lo regulado legalmente".

## ANEXO: Convenios colectivos analizados (140)

**1. Sectoriales (97)**

**1.1. De ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (5)**

CC de Gestión del Servicio de Taxi de Andalucía (BOJA de 4 de julio de 2017)
CC de Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía (BOJA de 19 de octubre de 2011)
CC del Sector del Autotaxi de Andalucía (BOJA de 3 de marzo de 2014)
CC para el sector de aparcamientos y garajes de Andalucía (BOJA de 31 de octubre de 2011)
CC del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de Andalucía (BOJA de 19 de octubre de 2011)

**1.2. De ámbito provincial (92)**

Almería (11)
CC Provincial de Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura de Almería (BOP de Almería de 26 de enero de 2017)
CC Provincial de Construcción y Obras Públicas de Almería (BOP de Almería de 29 de abril de 2016)
CC de la Industria de la Alimentación de Almería (BOP Almería de 31 de julio de 2017)
CC Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Almería (BOP de Almería de 29 de octubre de 2015)
CC Provincial del Sector de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP de Almería de 10 de noviembre de 2016)
CC Provincial del Transporte de Mercancías por Carretera de Almería (BOP de Almería de 5 de octubre de 2016)
CC Provincial del Transporte de Viajeros por Carretera de Almería (BOP de Almería de 2 de marzo de 2017)
CC Provincial del Trabajo en el Campo de Almería (BOP de Almería de 24 de abril de 2013)
CC Provincial del Comercio Textil de Almería (BOP de Almería de 19 de septiembre de 2014)
CC Provincial de Dependencia Mercantil de Almería (BOP de Almería de 23 de diciembre de 2014)
CC Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Almería (BOP de Almería de 19 de enero de 2017)
Cádiz (20)
CC Provincial de Hostelería de Cádiz (BOP de Cádiz de 11 de agosto de 2017)
CC Provincial de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (BOP de Cádiz de 6 de febrero de 2017)
CC Provincial de la Piel y el Calzado de Cádiz (BOP de Cádiz de 12 de mayo de 2016)
CC Provincial de Piel y Marroquinería de Cádiz (BOP de Cádiz de 19 de diciembre de 2016)
CC Provincial de Oficinas y Despachos de Cádiz (BOP de Cádiz de 12 de mayo de 2016)
CC Provincial de Panadería de Cádiz (BOP de Cádiz de 10 de febrero de 2016)
CC Provincial de Tapones y Discos de Corcho de Cádiz (BOP de Cádiz de 18 de agosto de 2016)
CC Provincial de Distribuidores de Butano de Cádiz (BOP de Cádiz de 28 de enero de 2015)
CC Provincial de Obradores de Pastelería, Confiterías y Despachos de Cádiz (BOP de Cádiz de 12 de febrero de 2016)
CC Provincial de la Vid de Cádiz (BOP de Cádiz de 3 de febrero de 2017)
CC Provincial de la Industria Almadrabera de Cádiz (BOP de Cádiz de 19 de agosto de 2016)
CC Provincial de Derivados del Cemento de Cádiz (BOP de Cádiz de 1 de octubre de 2014)
CC Provincial del Comercio del Metal de Cádiz (BOP de Cádiz de 30 de diciembre de 2015)

CC Provincial del Campo de Cádiz (BOP de Cádiz de 15 de septiembre de 2016)
CC Provincial de Agencias Marítimas de Cádiz (BOP de Cádiz de 29 de mayo de 2014)
CC Provincial del Comercio del Mueble de Cádiz (BOP de Cádiz de 12 de mayo de 2016)
CC Provincial de Empresas Mayoristas y Almacenistas de Alimentación de Cádiz (BOP de Cádiz de 17 de noviembre de 2015)
CC Provincial del Comercio Textil de Cádiz (BOP de Cádiz de 1 de marzo de 2016)
CC Provincial de Pompas Fúnebres de Cádiz (BOP de Cádiz de 15 de marzo de 2016)
CC Provincial de Viticultura de Cádiz (BOP de Cádiz de 19 de agosto de 2016)
Córdoba (8)
CC Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Córdoba (BOP de Córdoba de 27 de marzo de 2017)
CC Provincial de Actividades Agropecuarias (Campo) de Córdoba (BOP de Córdoba de 16 de agosto de 2017)
CC Provincial de Construcción y Obras Públicas de Córdoba (BOP de Córdoba de 25 de septiembre de 2015)
CC Provincial de Transporte de Mercancías por Carretera de Córdoba (BOP de Córdoba de 21 de febrero de 2017)
CC Provincial de Transporte de Viajeros por Carretera de Córdoba (BOP de Córdoba de 22 de julio de 2015)
CC Provincial del Metal de Córdoba (BOP de Córdoba de 17 de agosto de 2017)
CC Provincial de la Industria de la Madera y el Corcho de Córdoba (BOP de Córdoba de 4 de septiembre de 2013)
CC Provincial de Empresas Distribuidoras de Energía Eléctrica de Córdoba (BOP de Córdoba de 29 de junio de 2017)
Granada (16)
CC Provincial del Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Patata de Granada (BOP de Granada de 19 de junio de 2017)
CC Provincial del Transporte de Mercancías por Carretera de Granada (BOP de Granada de 21 de septiembre de 2015)
CC Provincial de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de Granada (BOP de Granada de 14 de mayo de 2014)
CC Provincial de Establecimientos Sanitarios y Clínicas Privadas de Granada (BOP de Málaga de 27 de noviembre de 2013)
CC Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Instituciones No Sanitarias de Granada (BOP de Granada de 28 de marzo de 2014)
CC Provincial de Derivados del Cemento de Granada (BOP de Granada de 16 de diciembre de 2014)
CC Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Granada (BOP de Granada de 18 de junio de 2014)
CC Provincial de Industrias de la Alimentación de Granada (BOP de Granada de 22 de mayo de 2015)
CC Provincial del Campo de Granada (BOP de Granada de 25 de abril de 2014)
CC Provincial de Aguas para Riego de Granada (BOP de Granada de 29 de octubre de 2013)
CC Provincial de Industrias de Hostelería de Granada (BOP de Granada de 29 de octubre de 2012)
CC Provincial de Oficinas y Despachos de Granada (BOP de Granada de 25 de julio de 2013)
CC Provincial para la Industria de Panadería de Granada (BOP de Granada de 21 de febrero de 2012)
CC Provincial del Aceite y sus Derivados de Granada (BOP de Granada de 27 de septiembre de 2016)

CC Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Instituciones Sanitarias de Granada (BOP de Granada de 29 de octubre de 2012)
CC Provincial de Transporte Interurbanos de Viajeros por Carretera de Granada (BOP de Granada de 22 de mayo de 2015)
Huelva (8)
CC Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Huelva (BOP de Huelva de 22 de abril de 2016)
CC Provincial de la Construcción y Obras Públicas de Huelva (BOP de Huelva de 5 de octubre de 2016)
CC Provincial del Sector de Suministros Industriales de Huelva (BOP de Huelva de 15 de septiembre de 2015)
CC Provincial de la Hostelería de Huelva (BOP de Huelva de 22 de septiembre de 2014)
CC Provincial del Sector de Trabajadores del Campo de Huelva (BOP de Huelva de 15 de septiembre de 2015)
CC Provincial de Industrias de Conservas y Salazones de Pescados de Huelva (BOP de Huelva de 2 de mayo de 2017)
CC Provincial de Industrias Vinícolas de Huelva (BOP de Huelva de 8 de noviembre de 2016)
CC Provincial de Oficinas y Despachos de Huelva (BOP de Huelva de 16 de junio de 2016)
Jaén (14)
CC Provincial de la Hostelería de Jaén (BOP de Jaén de 7 de julio de 2017)
CC Provincial del Comercio de Alimentación de Jaén (BOP de Jaén de 24 de julio de 2013)
CC Provincial del Comercio del Calzado de Jaén (BOP de Jaén de 31 de julio de 2013)
CC Provincial de Oficinas y Despachos de Jaén (BOP de Jaén de 4 de julio de 2017)
CC Provincial de Transportes Regulares de Mercancías de Jaén (BOP de Jaén de 19 de agosto de 2015)
CC Provincial de Transportes Regulares y Discrecionales de Viajeros de Jaén (BOP de Jaén de 5 de octubre de 2017)
CC Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Jaén (BOP de Jaén de 14 de marzo de 2017)
CC Provincial del Comercio del Metal y la Electricidad de Jaén (BOP de Jaén de 10 de agosto de 2017)
CC Provincial de las Industrias de la Madera y Corcho de Jaén (BOP de Jaén de 23 de febrero de 2017)
CC Provincial para Derivados del Cemento de Jaén (BOP de Jaén de 18 de julio de 2017)
CC Provincial del Aceite y sus Derivados de Jaén (BOP de Jaén de 15 de diciembre de 2015)
CC Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Jaén (BOP de Jaén de 23 de junio de 2016)
CC Provincial de Actividades Agropecuarias de Jaén (BOP de Jaén de 14 de diciembre de 2014)
CC Provincial de Transportes Discrecionales de Mercancías de Jaén (BOP de Jaén de 7 de noviembre de 2014)
Málaga (14)
CC Provincial de Clínicas Dentales de Málaga (BOP de Málaga de 14 de octubre de 2014)
CC Provincial de Fábricas de Aceite de Málaga (BOP de Málaga de 21 de abril de 2015)
CC de Provincial de la Hostelería de Málaga (BOP de Málaga de 31 de octubre de 2014)
CC Provincial de Oficinas y Despachos de Málaga (BOP de Málaga de 14 de septiembre de 2016)
CC Provincial de Automoción de Málaga (BOP de Málaga de 26 de septiembre de 2017)
CC Provincial de la Industria de la Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares de Málaga (BOP de Málaga de 14 de mayo de 2014)
CC Provincial de Transporte de Mercancías por Carretera de Málaga (BOP de Málaga de 25 de septiembre de 2017)

CC Provincial de Obradores de Confiterías, Bollerías, Turrones, Helados, Churrerías y Fabricación de Chocolates de Málaga (BOP de Málaga de 27 de septiembre de 2016)
CC Provincial del Comercio en general de Málaga (BOE de Málaga de 24 de agosto de 2017)
CC Provincial de Derivados del Cemento de Málaga (BOP de 29 de abril de 2015)
CC Provincial de Limpiezas de Edificios y Locales de Málaga (BOP de Málaga de 22 de diciembre de 2016)
CC Provincial de Actividades Agropecuarias de Málaga (BOP de Málaga de 5 de julio de 2017)
CC Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Málaga (BOP de Málaga de 5 de agosto de 2016)
CC Provincial de Limpiezas de Aviones de Málaga (BOP de Málaga de 3 de agosto de 2016)
Sevilla (21)
CC Provincial de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceitunas de Sevilla (BOP de Sevilla de 12 de junio de 2014)
CC Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de Sevilla (BOP de Sevilla de 30 de septiembre de 2015)
CC Provincial de Comercio del Automóvil, Caravanas, Motocicletas y Bicicletas de Sevilla (BOP de Sevilla de 21 de octubre de 2015)
CC Provincial de Comercio de maquinaria industrial, agrícola, aparatos electrodomésticos y mobiliario de oficina de Sevilla (BOP de Sevilla de 4 de diciembre de 2014)
CC Provincial de Industrias del Aceite y sus Derivados de Sevilla (BOP de Sevilla de 21 de febrero de 2015)
CC Provincial de Empresas de Hospitalización y laboratorio de análisis clínico de Sevilla (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2017)
CC Provincial de Operadores Logísticos de Sevilla (BOP de Sevilla de 7 de noviembre de 2016)
CC Provincial de Confitería, Pastelería y Bollería de Sevilla (BOP de Sevilla de 18 de abril de 2016)
CC Provincial de Faenas Agrícolas, Forestales y Ganaderas de Sevilla (BOP de Sevilla de 20 de septiembre de 2013)
CC Provincial de la Hostelería de Sevilla (BOP de Sevilla de 21 de agosto de 2015)
CC Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Sevilla (BOP de Sevilla de 23 de diciembre de 2016)
CC Provincial de Agencias de Transporte de Sevilla (BOP de Sevilla de 8 de octubre de 2016)
CC Provincial de Empleados de Fincas Urbanas de Sevilla (BOP de Sevilla de 1 de julio de 2015)
CC Provincial de Empresas consignatarias de buques, estibadoras y agentes de aduana de Sevilla (BOP de Sevilla de 4 de abril de 2017)
CC Provincial de Estiba y desestiba del puerto de Sevilla (BOP de Sevilla de 24 de octubre de 2015)
CC Provincial de Industrias de Panadería de Sevilla (BOP de Sevilla de 8 de abril de 2017)

CC Provincial de Lavanderías industriales de uso no doméstico de Sevilla (BOP de Sevilla de 2 de diciembre de 2016)
CC Provincial para las Industrias de Tintorería de Sevilla (BOP de Sevilla de 24 de septiembre de 2013)
CC Provincial de Pompas Fúnebres de Sevilla (BOP de Sevilla de 25 de octubre de 2014)
CC Provincial de Transporte de mercancías por carretera de Sevilla (BOP de Sevilla de 17 de marzo de 2016)
CC Provincial de Transportes Interurbanos de Viajeros de Sevilla (BOP de Sevilla de 9 de junio de 2017)

**2. De ámbito empresarial (43)**
CC de Jardinería Costa del Sol (BOP de Málaga de 20 de enero de 2016)
CC de Global Control Auxiliar de Servicios (BOP de Cádiz de 25 de junio de 2015)
CC de Halia Servex (BOJA de 17 de mayo de 2012)
CC de Planiseg 2005 (BOJA de 23 de julio de 2014)
CC de Recursos Humanos y Gestión de Personal (BOP de Málaga de 1 de julio de 2014)
CC de CM Serviexter (BOP de Málaga de 18 de enero de 2013)
CC del Grupo End Iberia SL (BOP de Málaga de 27 de febrero de 2014)
CC del Grupo BCM Servicios Auxiliares (BOP de Málaga de 17 de diciembre de 2015)
CC de Externa Team SL (BOJA de 3 de marzo de 2016)
CC de Cruz Roja Española de Almería (BOP de 29 de septiembre de 2016)
CC de Asociación de Obras Cristianas de Gibraleón (BOP de Huelva de 18 de abril de 2017)
CC de ABC Sevilla (BOJA de 17 de mayo de 2017)
CC de Cableven (BOJA de 10 de mayo de 2016)
CC de Compañía General de Canteras (BOJA de 29 de septiembre de 2016)
CC de Drosolu S.L. (BOJA de 13 de marzo de 2014)
CC de CCOO de Andalucía (BOJA de 25 de mayo de 2015)
CC de Corporación de Medios de Andalucía (BOJA de 10 de junio de 2016)
CC de Aguas del Huesna (BOJA de 26 de marzo de 2015)
CC de Parque Isla Mágica (BOP de Sevilla de 12 de septiembre de 2016)
CC de Ginecología Almería (BOP de Almería de 18 de agosto de 2017)
CC de Asistencia Los Ángeles (BOJA de 10 de julio de 2014)
CC de Hospital Inmaculada Concepción (BOP de Granada de 14 de abril de 2015)
CC de Ginegranada (BOP de Granada de 11 de octubre de 2017)
CC de Asociación Huelva Acoge (BOP de Huelva de 18 de enero de 2017)
CC de Fundación Peñalva de Orcera (BOP de Jaén de 26 de julio de 2017)
CC de BSH Electrodomésticos España (BOJA de 17 de agosto de 2016)
CC de Rendelsur (BOJA de 27 de julio de 2016)
CC de Syrsa Automoción (BOJA de 6 de octubre de 2015)
CC de Fuentemant (BOJA de 20 de abril de 2016)
CC del Ayuntamiento de El Saucejo (BOP de Sevilla de 16 de mayo de 2017)
CC de Siderúrgica Sevillana S.A. (BOP de Sevilla de 7 de diciembre de 2016)
CC de Reyenvas S.A. (BOP de Sevilla de 27 de agosto de 2016)
CC de CIMI El Molino (BOP de Almería de 21 de agosto de 2014)
CC de Asociación Noesso (BOP de Almería de 29 de abril de 2016)
CC de Carriles Animación y Aventuras (BOP de Cádiz de 20 de mayo de 2016)
CC de ADIS Meridianos CMI Sierra Morena (BOP de Córdoba de 1 de febrero de 2017)
CC de Valle de Ledesma (BOP de Córdoba de 30 de agosto de 2017)
CC de Damas S.A. (BOJA de 4 de enero de 2017)
CC de Sociedad Andaluza de Maquinaria Industrial (BOP de Granada de 12 de mayo de 2017)
CC de Supermercados Santaella (BOP de Granada de 9 de mayo de 2016)
CC de Sercovira (BOP de Granada de 9 de agosto de 2017)
CC de Portinox (BOP de Granada de 22 de abril de 2016)
CC de Zensur Hotel (BOP de Málaga de 16 de junio de 2017)

# LOS ACUERDOS DE INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Mª Inmaculada Benavente Torres
TU del Departamento de DTSS de la UCO

Índice

I. Introducción
II. Naturaleza y concepto del acuerdo de descuelgue
III. Delimitación entre descuelgue de convenio y sus figuras afines
IV. Fuerza de obligar y la posibilidad de su replanteamiento
V. Sujetos legitimados
VI. Procedimiento y conflictos derivados de la sucesión normativa
VII. Contenido del acuerdo y su interpretación
VIII. La duración del acuerdo
IX. Aspectos procesales

## I. INTRODUCCIÓN

Tanto los **acuerdos de modificación del convenio** (art. 82.3 ET), como los de **reorganización productiva** (art. 40, 41, 44, 47, 51 ET), han sido modificados y potenciados por las sucesivas reformas de los años 2010 a 2012. La última gran modificación se ha llevado a cabo por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social[1]. En este trabajo nos centraremos en el análisis del régimen jurídico actual de los acuerdos de inaplicación del convenio colectivo, destacando en particular la doctrina judicial y jurisprudencia vertida respecto del mismo. Se hará, no obstante, las necesarias referencias a sus versiones anteriores y, muy en especial por sus destacadas diferencias, a la precedente a la reforma de 2010.

Recordemos que en su versión original estatutaria, introducida por la Ley 11/1994[2], el art. 82 ET limitaba el descuelgue al convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, y remitía el régimen del descuelgue salarial al mismo, estableciendo tan sólo un régimen subsidiario para el caso en que aquélla regulación no se hubiese llevado a efecto. Conforme a esta regulación supletoria, el descuelgue tan sólo podría producirse mediante acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores, correspondiendo a la comisión paritaria la resolución sobre las discrepancias. También las nuevas condiciones serían fijadas por los primeros, aun cuando también podrían encomendarle a dicha comisión su determinación. La remisión de la regulación del descuelgue salarial al convenio colectivo se tradujo, según describe un sector doctrinal, en una concreción causal y procedimental comúnmente muy restringida, que, entre otros, preveía plazos muy perentorios y vinculados a la publicación del convenio la solicitud de descuelgue[3].

Por su parte, las restantes modificaciones de convenio, cualquiera que fuese su nivel, estaban previstas en el art. 41.2 ET, requerían de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores y se encontraban limitadas en su ámbito material a: horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, y sistema de trabajo y rendimiento.

---

[1] Posterior Ley 1/2014, 28-2.

[2] Precedido, no obstante, por la versión restringida del Acuerdo Marco para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980 (por todos: POQUET CATALÁ, RAQUEL, "La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Estudio, versión digital en Westlaw, BIB 2012\3079).

[3] Vid. POSE VIDAL, S, "La cláusula de descuelgue salarial en tiempos de crisis económica", Actualidad Jurídica Aranzadi num.784/2009 parte Comentario, versión digital en Westlaw BIB 2009\1679

A partir del RDL 10/2010, 16-6, el art. 82.3 ET asume la regulación del descuelgue salarial de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, sin otra remisión al convenio y a los acuerdos interprofesionales que la previsión de los medios de solución de conflictos. También art. 85.3.c) ET, exige como contenido mínimo del convenio la fijación de los *"Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3"*. El necesario acuerdo se alcanzará entre los representantes, incluida la novedosa comisión "ad hoc" en defecto de aquéllos, y el empresario y no podrá superar la duración del convenio ni, en su caso, los tres años de duración.

En esta fase, el art. 41.6 ET, sigue recogiendo las restantes modificaciones de convenio, de sector o de empresa, respecto de un ámbito material similar al preexistente y con una regulación muy similar a la del 82.3ET, si bien aquí el acuerdo tan sólo no podrá superar la duración del propio convenio, sin el límite añadido al salarial de los tres años.

Con la L. 35/2010, se incluye la necesidad de remisión del acuerdo a la comisión paritaria y se limita aparentemente la referencia a los AI del art. 83 ET. respecto de los medios de solución de conflictos, si bien el art. 85.3.c) ET exige nuevamente como contenido mínimo del convenio su previsión y, en su caso, adaptación al AI. Por su parte, el art. 41.6 ET hace lo propio respecto de las modificaciones de convenio, exigiendo la remisión del acuerdo a la comisión paritaria cuando el convenio sea sectorial y amplía el ámbito material de la modificación a las funciones, cuando excedan de la movilidad funcional del art. 39 ET, y, sólo respecto de los convenios de empresa, la jornada de trabajo.

En la reforma propiciada por el RDL 7/2011, el art. 82.3 y 85.3.h) .3º ET vuelven a remitir a la comisión paritaria la competencia de resolución de estos conflictos, de manera similar a la regulación actual, salvo por el arbitraje obligatorio de la CNCC que se introduce en la reforma de 2012.

Con la reforma de 2012, a través del RDL 3/2012, se unifican en el art. 82.3 ET el común de los descuelgues de convenio, sometidos a una regulación común y posibilitada respecto de todos los niveles, se amplían las causas justificativas de la inaplicación, y se faculta a ésta respecto de una amplia gama de materias.

## II. NATURALEZA Y CONCEPTO DEL ACUERDO DE DESCUELGUE

El acuerdo de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo es, como los demás acuerdos de empresa, expresión del derecho a la negociación colecti-

va del art. 37.1 CE[4]. También, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, su naturaleza es contractual como la del grueso de los acuerdos colectivos[5], a diferencia de la normativa propia del convenio colectivo estatutario[6]. Ahora bien, dicho carácter contractual atribuido por la exégesis judicial no obsta ni a su eficacia general[7], ni a su función de desplazamiento del convenio estatutario, ni a la aplicación de las reglas y doctrina propias de la interpretación de

[4] SALA FRANCO, T, "El derecho constitucional a la negociación colectiva", en AAVV –coords. MªE. Casas, F. Durán, J. Cruz-, "Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española", La Ley, Madrid, 2006, pág. 323; M.CORREA CARRASCO, "Acuerdos de empresa (Instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales: RDL 7/2011; RDL 3/2012), Francis Lefebvre, Madrid, 2012, págs.38. Por todas: SSTS 24-1-2013; 16-11-2012; 24-5-2004;.

[5] Los acuerdos de fin de conflicto y de huelga tienen la misma eficacia que los convenios colectivos, siempre que las partes ostenten legitimación y adopten los acuerdos conforme a los requisitos exigidos por las respectivas normas (Véase el debate y problemática en torno a su naturaleza y efectos en: GOERLICH PESET, J.Mª "Acuerdos de fin de huelga y fin de conflicto", en AAVV –dir. Valdés Dal-Ré, F-, "Manual jurídico de negociación colectiva", La Ley, Madrid, 2008). El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la eficacia de un Convenio Colectivo, estatutario o extraestatutario, dependiendo de la legitimación que ostenten los representantes de los trabajadores que lo negocien y de que hayan o no observado los restantes requisitos formales y procedimentales del Título III ET (art. 8.2 RDLRT) [Por todos: J. RENTERO JOVER, "El Comité de huelga en el derecho español del trabajo", CES, Madrid, 2002, págs. 202 a 206; J.M. SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, "Los acuerdos de fin de huelga", Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 102 y ss, 204, 295 a 306. En esta línea: STS 2-11-1999, RJ 9183 y STS 28-6-1994, RJ 5496; SSTSJ Andalucía/Sevilla 12-7-2011, AS. 2454 y 21-10-2010, AS. 3043; SSTSJ Cantabria 30-9-2010, AS. 2331 y 25-5-2010, AS. 1906. Le confiere eficacia normativa: STSJ Galicia 15-4-2011, JUR 2011/208643].

[6] CORREA CARRASCO, M, "Acuerdos de empresa (Instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales…", cit., pág. 46. En esta línea, respecto de un acuerdo de traslados, afirma el Tribunal Supremo que los restantes acuerdos de gestión, como son los de modificación de las condiciones de trabajo y similares, no tienen naturaleza normativa al no ser un convenio colectivo estatutario, sino un acuerdo en el marco de la negociación informal y acto de gestión pactado colectivamente, pero eficacia general por tener los negociadores representatitividad suficiente para vincular a todos los trabajadores de la empresa al tratarse de todas las secciones sindicales presentes en el comité de empresa: STS. 24-5-2004, RJ 5026. El acuerdo de recolocación de un ERE, aún cuando no sea una norma (naturaleza normativa), sí puede tener carácter normativo en contraposición al meramente obligacional y no exigible ni directamente aplicable a los trabajadores (cláusulas normativas versus obligacionales): STS. 21-3-2013, rec. 1287/2012, RJ. 3826.

[7] Pese a que el acuerdo de inaplicación del convenio tiene eficacia general, nada impide que las partes, en ejercicio de su autonomía colectiva, acuerden que sólo sea de aplicación a los centros de trabajo que lo acepten, sin que ello suponga una vulneración del derecho a la igualdad por ser fruto de la autonomía colectiva: STSJ. de Madrid, num. 202/2014, de 28 febrero, proc. 1/2014. Otra cuestión son las posibles represalias en supuestos de descuelgues ilícitos, de manera que es nulo por ser contrario al art. 24.1 CE, el despido de trabajador seleccionado en despido colectivo en función de su disponibilidad, cuando ha rechazado el incremento de jornada en un marco de conflicto colectivo y mantenido una actitud reivindicativa frente a de un descuelgue propuesto por la empresa (STSJ. de Islas Canarias/Las Palmas, num. 1801/2013 de 30-11, rec. 928/2013).

los convenios colectivos[8], ni a la imposibilidad de su alteración a través de la vía del art. 41 ET. Tampoco tal naturaleza constituye obstáculo alguno a su funcionalidad decididamente normativa; función reguladora análoga a la del convenio colectivo, que debería descartarla y como un mero elemento de gestión de personal[9].

**El descuelgue del convenio**, ha sido calificado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 119/2014 como una **limitación o excepción a su fuerza vinculante del convenio ordenada por el art. 37.1 ET**. Limitación que, como sucede respecto de otros derechos constitucionales incluso fundamentales, es admisible por ajustarse a una finalidad constitucionalmente legítima en aras a la protección o preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes. Es obvio que la constitucionalidad del arbitraje obligatorio del art. 82.3 ET, en lo que ahora nos interesa, ha sido posible gracias a la apreciación de la justificación objetiva, razonabilidad y proporcionalidad de la medida y, fundamentalmente, en exigencia de causalidad de la medida y su carácter material y temporalmente limitado, como de su carácter subsidiario respecto del acuerdo. El acuerdo de inaplicación se erige así, por consiguiente, en la más razón más sólida y firme de la constitucionalidad de la potestad de descuelgue que flaquea ostensiblemente, no obstante, cuando de negociación con las comisiones ad hoc se trata. El hecho de que suponga una negociación descentralizada no es ni

[8] Siguiendo tales reglas de interpretación, que combinan las reglas propias de interpretación de los contratos y de las normas, y dando siempre prevalencia a la de la instancia salvo irracionalidad, falta de lógica, o quebranto de las reglas de exégesis: STS. num. 1114/2016, de 22 diciembre, rec. 282/2015 [conforme a tales criterios se delimita el ámbito material del acuerdo de descuelgue salarial acordado en el marco del despido colectivo, de manera que no procede su extensión a las dietas por desplazamiento ni a las indemnizaciones por «renuncia a la recogida o transporte», al ser conceptos retributivos de carácter extrasalarial]. También, por ejemplo, la STS. 16 junio 2015, rec. 157/2014: en un supuesto de reducción de las tablas salariales, fijada en función de la fijación de diversos tramos salariales vinculados con distintos porcentajes de reducción, la identificación del tramo salarial y correspondiente porcentaje de reducción de los trabajadores que no trabajan todo el año o que no trabajan a jornada completa, debe hacerse sobre el salario percibido efectivamente por dichos trabajadores y no sobre el salario que hubieran cobrado si su jornada de trabajo fuera completa, puesto que de lo contrario, además, se vulneraría el derecho a la igualdad de éstos.

[9] De hecho, los acuerdos complementarios del convenio tienen una clara funcionalidad normativa que, como señala el Tribunal Supremo, podrían haberse catalogado mejor como anexos del mismo que como contratos: STS. 24-1-2013, rec. 42/2012, RJ. 1955.

Su catalogación contractual significaría su posibilidad de modificación a través de la vía del art. 41 ET, incluso individual y unilateral, lo que conllevaría la negación de su carácter vinculante con el único límite del abuso de derecho: FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Los acuerdos de inaplicación del convenio colectivo", AAVV –dir. JL. Monereo Pérez/N. Moreno Vida-, "El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico", Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 872 y 873.

podría ser en sí contrario al art. 37.1 CE en tanto que está prevista por la Ley y deriva y se realiza por la propia negociación colectiva. En cuanto a la posible vulneración del art. 28.1 CE, caso de tratarse del descuelgue de un convenio sindical por representaciones unitarias no sindicalizadas, parece de momento descartada por la referida sentencia y, en particular por la STC 8/2015, 22-1[10], y su cuestionable negación como "premisa constitucional", al privilegio de la negociación sindical frente aquélla, para el subsiguiente modelo legal de negociación colectiva[11].

## III. DELIMITACIÓN ENTRE DESCUELGUE DE CONVENIO Y SUS FIGURAS AFINES

El acuerdo de inaplicación del convenio colectivo se caracteriza frente al convenio extraestatutario por su eficacia general y su contenido tendencialmente específico[12], así como por su carácter estatutario, con la regulación material, formal y procedimiental que conlleva[13]; así como por su ámbito material y función, pues aquél, por definición de eficacia limitada y naturaleza contractual, no puede ser instrumento de desplazamiento o inaplicación del convenio estatuario ni regular condiciones de trabajo con proyección de generalidad

[10] Respecto de la preferencia aplicativa del convenio de empresa: *«… En consecuencia, de la misma manera que hemos admitido como una opción constitucionalmente válida, que no vulnera el art. 28.1 CE, el que la legitimación para negociar determinados convenios colectivos se restrinja a organizaciones sindicales que acrediten un cierto nivel de representatividad y no a otras, «allí donde el legislador ha querido dotar al acuerdo resultante de unos determinados y específicos efectos jurídicos» (STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4), igual de válida es la opción legislativa ahora discutida de priorizar los efectos de la negociación de las condiciones de trabajo a nivel empresarial, permitiendo así dotar de mayor eficacia a los pactos alcanzados, no sólo por las secciones sindicales, sino también por los delegados de personal y comités de empresa, con independencia de que estén o no sindicalizados, tanto más cuanto ese plus de eficacia no imposibilita a los sindicatos la negociación colectiva de eficacia general ni impide, por tanto, el ejercicio de una de sus funciones esenciales».*

[11] Extensamente en: BENAVENTE TORRES, MªI, "Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión "ad hoc" no sindicalizada", CEF, Revista de Estudios Financieros, Nº. 385, 2015, págs. 69-92.

[12] Limitado a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen del trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social (vid. FERRADANS CARAMÉS, C, "La inaplicación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva", Revista Española de Derecho del Trabajo num.171/2014 parte Estudio, versión digital en Westlaw, BIB 2014\4505.

[13] Vid.: STS. 23-1-2013. Por la doctrina: M.CORREA CARRASCO, "Acuerdos de empresa…", cit., págs. 40, 41, 46 y 47.

(STC. 121/2001, 4-6)[14]. De hecho, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de las cláusulas de un convenio colectivo extraestatutario cuando éstas están previstas con carácter de generalidad y se remiten al art. 82.3 ET [15].

En cuanto a la diferenciación entre el régimen jurídico de la inaplicación de convenio frente al de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo[16], como resume el Tribunal Supremo[17]:

Las **causas** para una y otra son similares, pues en ambos casos se pretende buscar una solución a un problema por el que atraviesa la empresa que se traduce en dificultades económicas o sencillamente en su falta de competitividad, productividad o en necesidades de organización técnica o del trabajo en la empresa[18].

La **lista de materias** susceptibles de modificación sustancial es abierta, siendo ejemplificativa la contenida en el art. 41.1 ET; el elenco de materias respecto de las que cabe la inaplicación es cerrado. Las dos tablas son casi

[14] Por todos: ALFREDO MELLADO, CL, "Los convenios colectivos extraestatutarios", AAVV –dir. JL. Monereo Pérez/N. Moreno Vida-, "El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico", Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 948, 949, 956 y 957. En este sentido, y por supuesto sin ánimo exhaustivo: STS. 9-3-2011, rec. 118/2010. Insiste en la diferenciación entre acuerdo de empresa y convenio extraestatutario y en su mayor similitud al convenio estatutario: M.CORREA CARRASCO, "Acuerdos de empresa…", cit., págs.. 53, 54, y nota anterior.

En relación con el contenido mínimo del convenio colectivo estatutario, en lo que ahora nos interesa cabe destacar que bajo la regulación anterior a 2010, y como no podía ser de otra forma dado que el propio legislador preveía una regulación supletoria, la ausencia de cláusula de descuelgue en el CC no condicionaba la naturaleza estatutaria del convenio colectivo: STS 15 abril 2013, rec. 43/2012

[15] STS. 11-7-2012, rec. 38/2011: Es nula la disposición por remitirse a preceptos estatutarios que no son de aplicación y que aparentemente se aplicarían con el carácter de generalidad con el que fueron concebidos. Hecha esta salvedad, sí pueden someterse a idénticos procedimientos de mediación y arbitraje previstos en el AI que corresponda, pero limitado a las partes contratantes. Respecto de la modificación de las condiciones fijadas por convenio extraestatutario el procedimiento a seguir es el del art. 41 ET (por todas: SAN num. 149/2014, de 11 septiembre, proc. 163/2014).

[16] No constituye inaplicación del convenio sino modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el acuerdo sobre reordenación de jornada adoptado conforme al convenio colectivo, que se remite para su adaptación al art. 41 ET, aun cuando se hayan iniciado las consultas antes del registro y publicación del convenio y el acuerdo se haya concluido poco después de la publicación de aquél, pues tenía pactada su eficacia retroactiva, como conocían los negociadores (STS. 23 junio 2015, rec 315/2013).

[17] SSTS. num. 616/2016 de 6 julio, 155/2015; 23 junio 2015, rec 315/2013; 17 de diciembre de 2014 (recurso casación 24/2014 ).

[18] Al respecto, véase: NAVARRO NIETO, F, "El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos", Temas Laborales, nº 120/2013, págs. 246 a 250.

coincidentes, si bien el art. 82.3 ET menciona las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuya referencia se omite en el art. 41 ET[19] .

Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan **carácter sustancial** quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET . Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue.

El empresario habrá de acudir al procedimiento previsto en el ET art. 41 cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los **convenios colectivos** deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET ( art. 41.6 ET).

Los **afectados** son potencialmente diferentes: en el descuelgue el común de la plantilla, en tanto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo puede ser individual o colectiva, y ésta no afectar a todos los trabajadores del centro o empresa. Tampoco el procedimiento para resolver **los bloqueos** es el mismo[20].

La decisión de modificación de condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, la inaplicación de condiciones de trabajo no puede llevarse a efecto **de forma unilateral** por el empresario: es necesario el pacto o el laudo sustitutivo.

Mientras que la **duración** del descuelgue no puede ir más allá del tiempo de aplicación del convenio, la vigencia de una MSCT no aparece legalmente limitada en su duración temporal.

Hay también diferencias respecto de **la impugnación** (plazos, modalidad procesal, etc.) y de las consecuencias.

La razón jurídica de esas diferencias estriba en que el acuerdo de inaplicación del convenio colectivo, se define esencialmente frente a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por su funcionalidad; el procedimiento del art. 82.3 ET afecta, siempre con carácter temporal, a derechos nacidos del convenio colectivo; el del art. 41 ET hace lo propio con los derivados del con-

[19] La restricción del Fondo de acción social previsto en el Convenio Colectivo es una materia que se integra en esta de mejoras voluntarias de la SS y que tiene que seguir el procedimiento previsto en el art. 82.3 ET: SAN num. 47/2017, de 3 abril, rec. 43/2017.

[20] POQUET CATALÁ, RAQUEL, "La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Estudio, versión digital en Westlaw, BIB 2012\3079.

trato y, además, puede hacerlo con carácter permanente[21]. En consecuencia, en determinados casos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 41.3 y 50.1.a) ET) el trabajador que resulta perjudicado puede rescindir su contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. En cambio, las modificaciones de las condiciones de trabajo derivadas del descuelgue del convenio colectivo, que son siempre temporales, no son justa causa de extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador[22]. Es más, ni siquiera la declaración de nulidad por no seguirse el trámite del art. 82.3 daría paso a la extinción indemnizada[23]. En este contexto conviene recordar también que en el descuelgue no hay deber de notificación individual de la medida adoptada sin acuerdo, aparte de imposible, a diferencia de lo previsto en el art. 41 ET[24].

Por otra parte, puesto que el convenio colectivo obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante toda su vigencia (art. 82.3 ET), tendrá que seguirse el procedimiento del art. 82.3 ET para la inaplicación del convenio colectivo también durante su vigencia ultraactiva[25]. Claro está, como veremos, salvo que las partes hubiesen establecido otro régimen más favorable al descuelgue durante aquélla; siempre cabe, y tanto más cuando el régimen legal de la ultraactividad es dispositivo. También en consecuencia, es nula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptada unilateralmente que suponga una alteración del convenio ultraactivo declarado en la instancia como extinto, aun cuando aquélla se deje en suspenso por acuerdo de empresa en tanto se resuelve por sentencia firme el conflicto judicial sobre los efectos de la vigencia ultraactiva del convenio y se declara, finalmente, que continúa vigente[26] . Una vez concluida aquélla, la alteración de las condiciones de trabajo contractualizadas tendrá que hacerse a través de la vía del art. 41 ET[27].

---

[21] STSJ Navarra, num. 205/2016, de 21 abril, rec. 104/2016.

[22] STSJ Navarra, num. 205/2016, de 21 abril, rec. 104/2016; STSJ. de Islas Baleares, num. 51/2015, de 26 febrero, rec. 473/2014. Ahora bien, si se trata de un descuelgue de convenio y de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo acordadas ambas en las mismas consultas, éstas últimas sí abren la posibilidad de dicha extinción (STSJ. de Islas Baleares, num. 349/2015, de 27 noviembre, rec. 224/2015).

[23] STSJ. de Islas Baleares número 224 de 2.015, en el recurso número 225 de 2015.

[24] STSJ. de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 473/2014 de 30-5, rec. 1797/2013

[25] STS 23 diciembre 2015, rec. 28/2015; STSJ. Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, num. 157/2016 de 4 marzo, rec. 731/2015.

[26] STS. num. 616/2016, de 6 julio, 155/2015.

[27] Por todas, véase: STS. 22-12-2014, rec. 264/2014. Con lo que se aplica el plazo de caducidad del art. 59.4 ET, sin que haya impedimento alguno derivado de los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE por el hecho de que se esté negociando el convenio colectivo, como tampoco es contrario

De la práctica y doctrina judicial también se desprenden otras figuras análogas aun cuestionables. Así se ha declarado en alguna ocasión y se ha legitimado, que no es acuerdo de descuelgue aquél en el que se pacta con la representación de los trabajadores la suspensión de los incrementos hasta que mejore la situación de la empresa. Tampoco hay renuncia pues se trata de una mera suspensión, devengándose los mismos para los trabajadores[28]. Sin embargo, la Audiencia Nacional en el contexto de una decisión arbitral de la CNCC, ha sostenido que no puede ser objeto de descuelgue la fecha de pago de los salarios y pagas extraordinarias prevista en el Convenio Colectivo por no estar incluida en el concepto de "sistema de remuneración"[29].

Tampoco hay inaplicación de convenio cuando se acuerda una modificación de las condiciones de trabajo, al margen del convenio colectivo y sin alteración del mismo, como pueda ser el establecimiento de un nuevo organigrama de puestos de trabajo sin afectar al sistema de clasificación profesional recogido en los diversos convenios aplicables[30]

No hay descuelgue, inaplicación de convenio o modificación convencional en la alteración de condiciones de trabajo habilitada por el propio convenio colectivo y conforme al procedimiento previsto en el mismo. Es el caso, por ejemplo, de la modificación horaria de los turnos, admitida en el mismo convenio mediando información y consulta con los representantes de los trabajadores, y sin exigir negociación[31].

Ahora bien, como medida de inaplicación del convenio también se diferencia de las vías derivadas de la preferencia aplicativa de los convenios co-

al derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación por el hecho de que se no se incluya en la modificación y acuerdo al personal fuera de convenio pues resulta evidente que ambos colectivos no se encuentran en la misma situación: SAN. num. 222/2015, de 22 diciembre, rec. 234/2015.

[28] STSJ. de Galicia, num. 1106/2015, de 19 febrero, rec. 3619/2014.

[29] SAN. num. 51/2017, de 7 abril, rec. 46/2017..

[30] STS 17 de diciembre de 2014 (recurso casación 24/2014) –con voto particular en contra-. Así, « el salario puede ser modificado a la baja por unilateral voluntad del empresario [aunque ya se había admitido en la anterior referencia legal al «sistema de remuneración»], con el límite de la retribución prevista en el convenio colectivo, que únicamente es modificable por los trámites previstos en el art. 82.3 ET ; o lo que es igual, la exclusiva decisión empresarial únicamente alcanza -en lo que al salario se refiere- a las cuantías que el trabajador perciba como mejora del Convenio.» (SSTS. num. 639/2016 de 7 julio, rec. 188/2015; 21 de enero de 2014 , recurso 199/2013; y TSJ. de Madrid, num. 7/2017 de 12 enero, rec. 607/2016)

[31] STS. 16-11-2012, rec. 236/2011. O, por ejemplo, la remisión del convenio al procedimiento del art. 41 ET para la adaptación en la empresa del incremento de jornada y días de trabajo que implica el nuevo convenio (STS. 23 junio 2015, rec 315/2013). Recuérdese que no constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo los cambios permitidos por el convenio o acuerdo que establece dichas condiciones (STS. 9-11-1998, rec. 182/1998) o amparados por la propia norma.

lectivos bien de empresa[32], bien evasivos (art. 84 ET). El régimen jurídico de una y otros son completamente diferentes, con ámbitos materiales distintos del previsto en el art. 82.3 ET para el descuelgue[33], con sujetos negociadores también más limitados (son convenios, luego están excluidas las comisiones ad hoc), procedimiento negociador diferente, y no sometidas a condicionamiento causal ni a límite temporal alguno.

## IV. FUERZA DE OBLIGAR DEL ACUERDO DE DESCUELGUE Y LA POSIBILIDAD DE SU REPLANTEAMIENTO

Es sabido que el art. 37.1 CE conmina a la Ley para garantizar la fuerza vinculante de los convenios. También hay consenso en la consideración del descuelgue del convenio como un mecanismo que limita o excepciona la fuerza vinculante de aquéllos. De ahí la necesidad de su causalidad y de su realización a través de un acuerdo, producto también de la negociación colectiva, y, sólo subsidiariamente a través de un laudo arbitral obligatorio.

Desde esta perspectiva, cabría plantearse ahora cuál es la fuerza vinculante del acuerdo de inaplicación. Calificado como contrato y no como norma, ¿podría alterarse unilateralmente por el empresario a través del art. 41 ET?. La respuesta no puede ser sino negativa, pues la alteración de aquél necesariamente supondría también la inaplicación del convenio, con lo que tendría que seguirse nuevamente el procedimiento del art. 41.6 y 82.3 ET so pena, además, de poder incurrir en fraude de Ley. Pero es que además, desde una perspectiva más amplia y común a los acuerdos derivados de los procedimientos de consulta-negociación de los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, como de los acuerdos de fin de huelga, los principios de pacta sunt servanda, actos propios y buena fe contractual, así como la excepcionalidad de la regla rebus sic stantibus, se verían gravemente afectados si el ordenamiento jurídico-laboral no respaldase la fuerza vinculante de unos acuerdos eminentemente transaccionales[34].

---

[32] STS 17 de diciembre de 2014 (recurso casación 24/2014): es correcta la utilización de la vía del art. 41 del ET para el establecimiento de un nuevo organigrama de puestos de trabajo sin afectar al sistema de clasificación profesional recogido en los diversos convenios aplicables.

[33] Respecto de la delimitación entre el art. 82.3.f) ET (funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET) y el art. 84.2.d) ET (adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores), véase: STS 17 de diciembre de 2014 (recurso casación 24/2014).

[34] STS num. 350/2016 de 28 abril, rec. 173/2015: prescindiendo de su calificación como cláusula obligacional o normativa, no cabe la técnica del "espigueo" por ser contraria a la buena fe, y debe cumplirse el compromiso de cierre de todas las mesas de negociación de despidos colectivos, negociación de acuerdos de empresa, o de descuelgue, pues se recoge como contraprestación de la inaplicación y sustitución de las tablas salariales del convenio en el acuerdo

Los criterios jurisprudenciales respecto del deber de negociar de buena fe son plenamente extensibles al descuelgue de convenio -como al resto de las consultas en que el legislador imponga dicho deber-, con lo que no está imposibilitada la propuesta de alteración del acuerdo de descuelgue cuando existan nuevas causas, no conocidas ni previstas en aquellas consultas y pacto, que así lo justifiquen. Pero no puede pretenderse su novación, como tampoco el replanteamiento de unas consultas zanjadas sin acuerdo o sin decisión favorable de la CCNC, si no existe una plataforma negociadora novedosa[35]. Como también está cerrado el arbitraje de la CCNCC o, más ampliamente, el replanteamiento del descuelgue, en los casos en que exista acuerdo de la Comisión Paritaria rechazando tales pretensiones[36]. En definitiva, la reapertura

adoptado en el SIMA por las patronales y sindicatos con eficacia de convenio colectivo, y con independencia de que se hayan iniciado con anterioridad a la publicación de éste.

Es improcedente el despido realizado en el período de garantía pactado en el acuerdo de MSCT y descuelgue de convenio, por cuanto se renunció en aquél a esta medida como contraprestación a la aceptación de los representantes de los trabajadores, y no cabe la aplicación de rebus sic stantibus por fundarse en las misma situación económica existente en aquéllas y distar escaso tiempo ente una y otro (STSJ. Castilla-La Mancha, num. 1315/2015, de 26-11, rec. 1195/2015). Por el contrario, es legítimo el despido del trabajador pues, aunque se acordó un descuelgue salarial que incluía el compromiso de no despedir a ningún trabajador, posteriormente este se novó permitiendo tales despidos ante la existencia de causas objetivamente nuevas que, en cualquier caso, permitirían esas nuevas consultas y subsiguiente despido colectivo (STSJ. de Islas Canarias/Las Palmas, num. 2104/2014 de 12-12, rec. 1138/2014).

Véase también respecto del necesario cumplimiento de los compromisos adquiridos en los acuerdos de fin de huelga (STS 30-10-2013 , rec. 47/13). También hay que cumplir los compromisos asumidos en los acuerdos de gestión en aplicación de la doctrina de vinculación por los actos propios, buena fe, y protección de la confianza; la licitud del incumplimiento de aquéllos dependerá de que sean debidos a una modificación o alteración sustancial sobrevenidas de las circunstancias que dieron lugar a las medidas acordadas en el acuerdo contractual y su imprevisibilidad e las decisiones extintivas adoptadas durante la vigencia de acuerdos colectivos de (SSTS 21-02-2014 , rec. 186/13 ; 26-03-2014 , rec. 86/12). Véase también: STS 12/3/2014, rec 673/2013).

Otra cuestión es la posibilidad de simultanear un procedimiento de despido colectivo con otro de descuelgue, lo que en sí mismo no supone fraude de Ley: SAN num. 45/2013, de 19 marzo, rec. 2/2013.

[35] Por tal motivo, puesto que no existe una fase negociadora legítima antes de la subsidiaria intervención de la CCNCC, es nula la decisión de la CCNCC en un procedimiento de descuelgue que, aun cuando se abren nuevas consultas son reproducción de las precedentes y de subsiguiente intervención anterior, en el que aquélla no logró acuerdo interno (STS 15 septiembre 2015, rec 218/2014). Si fracasa el procedimiento de descuelgue porque la CCNCC no reúne quórum interno para adoptar decisión sobre el fondo, la empresa no puede replantearlo sin más pues no existe deber de negociar. Es posible volver a promover la inaplicación del convenio (nunca retroactivamente) pero solo si ello se basa en nuevas causas (incluso la misma agravada) o se ofrece algo bien diverso.

[36] STS num. 350/2016 de 28 abril, rec. 173/2015: si hay acuerdo de la Comisión Paritaria denegando el descuelgue no cabe plantearlo ante la CCNCC puesto que, efectivamente, hay acuerdo aun cuando tenga un sentido negativo. Para la solicitud de la intervención paritaria

de las consultas, ya sea para el descuelgue como para cualesquiera de las otras medidas colectivas, sólo será posible mediando causa nueva o cuando, aun siendo la misma, se haya producido un cambio tal de la situación precedente que genere una "nueva causa" o razón para negociar; o cuando la parte plantee un marco de negociación que pueda calificarse de novedoso.

## V. SUJETOS LEGITIMADOS

Los sujetos legitimados para la adopción del acuerdo son los identificados en el art. 41.4 ET, conforme a la prelación y condiciones establecidas también en dicho precepto (art. 82.3 ET). Por consiguiente, sean cuales sean los centros afectados, la negociación se llevará a cabo siempre en una comisión negociadora única, en la que como interlocutores frente a la empresa gozan de preferencia las secciones sindicales frente a la representación unitaria, siempre y cuando así lo acuerden y tengan la representación mayoritaria en la representación unitaria de los centros afectados. Hay que aclarar que cuando de descuelgue se trata, el ámbito de las negociaciones no está delimitado sólo por el de la causa y centros afectados sino también por el del convenio colectivo del que pretendan descolgarse. Y este extremo es fundamental, pues condicionará la correcta constitución de la comisión negociadora y la subsiguiente validez del acuerdo[37].

Sólo si las secciones sindicales no toman dicha iniciativa, la negociación corresponderá a la representación unitaria y, en su defecto, a las comisiones ad hoc. con preferencia del comité intercentros si son varios los centros afectados y aquél tiene atribuidas tales competencias negociadoras. y, en su defecto, a las comisiones ad hoc.

Las dificultades exegéticas del art. 41.4 ET son mayores para el caso en que la medida afecte a varios centros de trabajo, algunos o todos ellos sin representación, y no negocien las secciones sindicales. En tales casos, con objeto de eludir bloqueos negociadores derivados de la inactividad de los trabajadores en la designación de las comisiones ad hoc que impidan, además, alcanzar acuerdos de eficacia general, el art. 41.4 ET atribuye la competencia negociadora subsidiaria a la designación de las correspondientes comisiones ad hoc al comité intercentros[38] o, en su defecto, a la comisión representativa constituida a partir

basta que se sea parte de la comisión negociadora, sin que se requiera la mayoría o unanimidad del banco social de la misma ex art. 82.3 ET (STS num. 350/2016 de 28 abril, rec. 173/2015).

[37] En este sentido, es muy ilustrativa: SAN. num. 156/2014, de 25 septiembre, rec. 187/2014.

[38] STS 11-12-2013, rec. 40/2013: la negociación por el comité intercentros, aun en detrimento de los sindicatos presentes en los comités de empresa de los centros afectados que ven reducida su partición en aquél, no constituye una vulneración de la libertad sindical pues el

de la representación unitaria de los restantes centros[39]. Recuérdese que por su naturaleza electiva, ni el comité intercentros ni el comité de empresa o los delegados de personal pueden actuar más allá de su ámbito de representación[40], con lo que la atribución legal de aquélla coherentemente sólo puede tener carácter subsidiario y con tales fines excepcionales. Por otra parte, la negociación por el comité intercentos o, en su defecto, por la comisión representativa que se constituya por el conjunto de los centros, dificulta también el bloqueo negociador por un centro de trabajo, como también la desproporción de su valor -como el de las comisiones ad hoc- a través de la medición de las mayorías en función del número de trabajadores y no, exclusivamente, a través del número de representantes[41]. Finalmente, la capacidad negociadora del comité intercentros se mantiene también respecto de los descuelgues en la ultraactividad del convenio, con claridad cuando se haya pactado expresamente su mantenimiento durante la vigencia del convenio[42]. Y presuntivamente cuando así se haya previsto con carácter general respecto de la norma convencional.

Pero, probablemente, la problemática más difícil sea la vinculada con las comisiones ad hoc pues, en estos casos, la común a éstas en todos los períodos de consulta/negociación (ej comisiones híbridas, sindicales/ad hoc )[43], adquiere

legislador ha privilegiado al comité intercentros frente a los comités de empresa en el art. 41.4 ET y el convenio colectivo le atribuye tales competencias al corresponderle aquéllas que excediendo de las materias que excedan de las competencias de los comités de empresa, por afectar a varios centros deban ser tratados con carácter general.

[39] Por tanto, a partir de la reforma de 2013, los estos acuerdos de empresa podrán adoptarse por un sólo comité de empresa y afectar junto a su centro a otros que no cuenten con representación si estos últimos no designan su comisión ad hoc.

[40] Por todas: STS. 16 noviembre 2015, rec. 53/2014: Nulidad del acuerdo por no negociarse por el Comité de empresa que no abarca a la totalidad de centros afectados, unos con representación propia y otros sin representación. Es necesaria la válida constitución de la mesa conforme al art. 41.4 ET. Véase también la STSJ. de Madrid, num. 202/2014, de 28 febrero, proc. 1/2014: El comité de empresa sólo está legitimado para negociar en su ámbito de representación, y puede sustituir en dicho ámbito a un convenio de empresa declarado nulo por falta de representatividad por ser de ámbito de empresa.

[41] STS. 14 mayo 2014, rec 144/2013: es nulo el acuerdo de descuelgue por no contar con la mayoría de la representación, puesto que no pueden darse por válidos los votos de los asesores ni de aquéllos que tienen la facultad de designar los representantes.

Si negocia el comité de empresa las mayorías se computan sobre los miembros que aún siguen en el mismo, descontados aquéllos cuyo mandato se ha extinguido por no estar ya en la empresa y que no han sido sustituidos en el citado órgano (vid. STSJ. Islas Canarias, Las Palmas num. 538/2016 de 21 -6, rec. 3/2016).

[42] STS 23 diciembre 2015, rec. 28/2015 –además, no provoca la nulidad del acuerdo la pretendida defectuosa constitución de la misma cuando no se haya impugnado la legalidad de la cláusula convencional que aparentemente petrifica su constitución, ni cuestionado en las consultas su composición y, a mayor abundamiento, ni tan siquiera se haya probado la necesidad de modificar su composición-.

[43] Véase: NAVARRO NIETO, F, cit., págs. 253 y ss.

un cariz aun más grave por tratarse del descuelgue o inaplicación de un convenio colectivo. Así, la participación directa de los trabajadores sin designación de dicha comisión[44] o la adopción de acuerdos de descuelgue por comisiones que no merecen el calificativo de sujeto colectivo son técnicamente inaceptables y necesariamente constitutivas de una vulneración del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) como del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE)[45].

## VI. PROCEDIMIENTO Y CONFLICTOS DERIVADOS DE LA SUCESIÓN NORMATIVA

El procedimiento de descuelgue es el previsto en el art. 82.3 ET (art. 41.6 ET), que se remite a su vez para el desarrollo del período de consultas al art. 41.4 ET, lo que facilita que se pueda alcanzar el acuerdo de inaplicación del convenio en un procedimiento único, por ejemplo, compartido con modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo[46], o en las consultas de

[44] Un ejemplo de confusión doctrinal que están generando las comisiones ad hoc en nuestra rama del Derecho, ahora en el ámbito de las consultas para la inaplicación del convenio colectivo, lo constituye la STSJ de Islas Canarias/Las Palmas, num. 124/2017, de 10-2, rec 905/2016, que declara frente a las reclamaciones individuales de los trabajadores, la ineficacia del acuerdo por defectuosa constitución de la comisión negociadora ad hoc al no ser elegida por los trabajadores –no fueron convocados todos- ante la desidia del delegado de personal que se resistió a negociar con la empresa. Lo más difícil de aceptar es que la sentencia afirma que ante la inactividad del delegado de personal los trabajadores pueden reaccionar exigiendo su actividad o, si su actitud es obstruccionista, designando la comisión ad hoc, pero como no consta que la empresa lo comunicase a los trabajadores, mal podían decidir en su conjunto si no se conocía. En mi opinión, en estos casos no cabe extender la doctrina propia de la asamblea revocatoria; la inactividad puede ser una estrategia sindical tan lícita como cualquiera otra y el mandato representativo –que no de voluntades- puede finalizar por la pérdida de confianza de los representados, siempre expresada democráticamente mediante revocación (art. 67.3 ET). En esta línea, la legitimación corresponde a la representación unitaria, sin que aporte nada a la misma la aceptación por parte de la plantilla de la medida: STSJ. 7-7-2015, rec. 206/2014 y 16-9-2015, rec. 110/2014. Ahora bien, quien ha contribuido o silenciado durante las negociaciones los posibles defectos en la constitución de la comisión negociadora respecto de las representaciones ad hoc, no puede pretender hacerlo posteriormente ante los Tribunales para provocar la nulidad del acuerdo (por todas: SAN. num. 222/2015, de 22 diciembre, rec. 234/2015). Véase: BENAVENTE TORRES, MªI, "Los litigios en torno a las comisiones ad hoc del artículo 41.4 ET", Trabajo y Derecho, nº 11, 2015.

[45] Véase: BENAVENTE TORRES, MªI, "Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión "ad hoc" no sindicalizada", CEF, Revista de Estudios Financieros, Nº. 385, 2015.

[46] Cuya alteración abre, en consecuencia, la posibilidad de extinción indemnizada del contrato de trabajo (art. 41.3 ET): STSJ. de Islas Baleares, num. 349/2015, de 27 noviembre, rec. 224/2015.

un despido colectivo como medida para evitar o reducir aquéllos[47]. El hecho de tener el procedimiento compartido supone que la medida de inaplicación del convenio será nula si se sigue el procedimiento del art. 41 ET y se adopta la medida unilateralmente por el empresario al no alcanzarse acuerdo[48]. Pero será plenamente válida si se alcanza acuerdo en las consultas aun cuando por error se hayan identificado por la empresa como dirigidas a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo conforme al art. 41 ET, pues en definitiva el art. 82 se remite a éste y se han celebrado[49]. Además, la superación de los plazos previstos para las consultas no provocan la nulidad del acuerdo[50].

En torno a la problemática de la determinación del procedimiento aplicable, son destacables dos grandes tipos de conflictos judicializados[51]. Uno, derivado de la sucesión normativa, puesto que el peso regulador del procedimiento de descuelgue como sus protagonistas han variado ostensiblemente en las diversas reformas y, muy en particular con el RDL 10/2010 y posterior

[47] STSJ. de Islas Canarias/Las Palmas, num. 2104/2014, de 12-12, rec. 1138/2014, en cuyo caso no tiene que comunicarse a la representación pues, en cualquier caso, no son de aplicación las exigencias de comunicación previstas para los despidos.

[48] STS. num. 616/2016, de 6 julio, 155/2015.

[49] STSJ. de Cantabria, num. 449/2017, de 5 junio, rec. 218/2017: Tanto con el art. 23 LRJS, como antes de su entrada en vigor en virtud del art. 400 LEC, cabe la acumulación de pretensiones respecto de la indemnización por despido y el cuestionamiento del descuelgue salarial para la determinación del salario módulo. Por consiguiente, tal determinación salarial produce efectos de cosa juzgada, pero no para las reclamaciones de cantidad por las diferencias salariales pretendidamente adeudadas si en aquél otro procedimiento no se planteó el descuelgue salarial.

[50] STSJ. de Islas Baleares, num. 349/2015, de 27 noviembre, rec. 224/2015.

[51] En cuanto a la delimitación del ámbito del art. 82.3 ET en el sector público, precisa la STSJ. de Islas Baleares, num. 349/2015, de 27 noviembre, rec. 224/2015, que «los os artículos 32 y 38.10 EBEP son aplicables al personal laboral contratado por las Administraciones Públicas, pero no al resto del personal del sector público, ocupado en entes, organismos o entidades. En tal sentido, además de la literalidad del artículo 32 EBEP , que se refiere a los "órganos de las Administraciones Públicas", debe destacarse que la disposición adicional 3ª del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre , que regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, distingue dos situaciones: la del "personal laboral de las Administraciones Públicas" y la del personal que presta sus servicios en "las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análoga naturaleza". Y mientras que los primeros quedan exceptuados de la intervención de la Comisión consultiva, siendo de aplicación "la regulación específica sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos establecida en la Ley 7/2007, de 12 de abril , del Estatuto Básico del Empleado Público"; a los segundos, en cambio, le son de aplicación las reglas generales sobre procedimiento arbitral en el seno de la Comisión. Por tanto, en relación al personal laboral del sector público instrumental la norma que regula la inaplicación de Convenios es el artículo 82.3 ET , no siendo aplicable el artículo 32 EBEP». Respecto de la habilitación legal en la función pública para no tener que seguir el procedimiento del art. 82.3 ET, nunca con efectos retroactivos en la adopción de la medida, véanse, por ejemplo: SSTS. 14 septiembre 2015, rec 368/2014 y 26 octubre 2015, rec. 276/2014; STSJ. de Asturias, num. 1632/2016, de 12 julio, rec. 1066/2014.

L. 35/2010[52]. Otro, la identificación de los márgenes que tiene actualmente la autonomía colectiva en la regulación del descuelgue. Como puede comprobarse, ambos están íntimamente relacionados con la calificación del art. 82.3 ET como derecho necesario o dispositivo. Pues bien, a la vista de las finalidades de la reforma de 2012 en la materia (Exp. Motivos RDL 372012), la literalidad del precepto y la materia sobre la que recae, no parece que puedan suscitarse graves dudas sobre el carácter de derecho necesario de sus reglas, salvo en aquello que se deduce claramente como dispositivo. Así es derecho necesario la regulación sobre los sujetos legitimados y mayorías requeridas para la adopción del acuerdo. En esta dirección, nuestros Tribunales mantienen que las regulaciones anteriores de los CC contrarias a la actual, que remiten la adopción del acuerdo, por ejemplo, a la comisión paritaria, o que exigen unanimidad en lugar de mayoría de los representantes en la misma, deben considerarse nulas por contravenir las actuales previsiones legales conforme al principio de jerarquía normativa[53]. El papel de la negociación colectiva queda, al menos en apariencia, prácticamente reducido a la determinación de las medidas de solución de conflictos colectivos y de intervención de la comisión paritaria siempre y cuando no fuesen contra legem[54], a reglas de especificación de la documentación acreditativa de la cau-

[52] El procedimiento aplicable es el que rige en el momento del acuerdo, y no en el momento de su publicación [STSJ. de Galicia, num. 4722/2014, de 30 septiembre, rec. 2618/2014]. Y si se ha hecho bajo la regulación anterior a la reforma de 2010 tendrá que estarse a los plazos y procedimiento previsto en el convenio colectivo que, necesariamente, tendrán que respetarse: STSJ. de Galicia, num. 3718/2015, de 5 junio, rec. 2197/2013.

[53] STSJ. de Islas Canarias/ Las Palmas, num. 538/2016 de 21 -6, rec. 3/2016 –es nula por contravención de la legalidad vigente (art. 3.1 ET), la clausula que, reproduciendo convenios anteriores, atribuye la competencia para adoptar el acuerdo a la comisión paritaria en lugar de a la prevista en el art. 41.4 ET. STSJ. Andalucía/Granada, num. 1030/2013, de 22 mayo, rec. 659/2013 –nulidad sobrevenida de la cláusula convencional ultraactiva que requiere la aprobación del acuerdo entre empresa y representantes por unanimidad de la comisión paritaria-; STSJ. Andalucía/Sevilla, num. 331/2013, de 31 enero, rec. 3148/2012; STSJ. Andalucía/ Sevilla, num. 143/2013, de 17 enero, rec. 2923/2012 –el acuerdo es válido, sin que corresponda su conclusión a la comisión paritaria pues tal previsión convencional deviene nula por ser contra legem y derogada en virtud de la Disp. Derogatoria Única L 35/2010, sin necesidad de impugnación. No puede convalidarse una decisión empresarial adoptada siguiendo un procedimiento nulo por devenir contra legem (STSJ. Andalucía/Sevilla, num 1925/2012 de 14 junio, rec. 981/2012).

Ahora bien, si bajo la anterior regulación el convenio colectivo exige que el acuerdo se adopte o ratifique por unanimidad de la comisión paritaria a ello se debe estar si es el régimen aplicable, [SSTSJ. Andalucía/ Granada, num. 738/2012, de 21 marzo, rec. 274/2012, num. 1677/2011 de 22 junio, rec. 1166/2011 y num. 1678/2011 de 22 junio, rec. 1167/2011. Sin que quepa descuelgue unilateral ante la falta de acuerdo: STSJ. Galicia, num. 3418/2011, de 1 julio, rec. 204/2011.

[54] Tales conclusiones pueden confirmarse por el tenor de las remisiones del art. 82.3 al 41.4 ET y que excluyen implícitamente su inciso relativo a esos *«procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva»*. Pero, aún de entenderse igualmente

sa, o de complementariedad y/o suplementariedad, por ejemplo, respecto del preaviso y desarrollo del período de consultas, las garantías de los representantes de las comisiones ad hoc, la articulación de su elección democrática[55] o el proceso de conformación de la comisión representativa, etc.

Sin embargo, la frontera entre las facultades de especificación y la contravención de la norma no siempre es clara. De hecho, hay algún pronunciamiento judicial que acepta la limitación convencional de las posibilidades que inaplicación que ofrece el art. 82.3 ET. Es el caso de la STSJ de Cantabria, que admite la restricción convencional de las posibilidades de descuelgue salarial a las realizadas en el plazo fijado por el convenio colectivo (20 días siguientes a la publicación del convenio y de cada una de sus actualizaciones). Su motivación se funda en la imposición de una interpretación restrictiva de las limitaciones al derecho a la negociación colectiva, en la negación del carácter de orden público del art. 82.3 ET, y en la razonabilidad y proporcionalidad de tales restricciones. Impugnada la decisión, el Tribunal Supremo no ha podido pronunciarse al respecto por no apreciarse contraste entre la doctrina antes reflejada respecto de los problemas intertemporales de las diferentes regulaciones y esta sentencia que se refiere a los márgenes de la autonomía colectiva bajo el régimen de 2012 respecto de un convenio acordado y publicado bajo el mismo[56]. Con todo, la lógica a seguir debería ser la misma, pues en definitiva la nueva normativa extirpó las clausulas convencionales predecesoras por ser contrarias a una regulación de derecho necesario más favorable.

Otra cuestión es, como hemos visto, que el Tribunal Supremo admita en respeto del derecho de autonomía de la voluntad de las partes, las regulaciones convencionales que establecen la posibilidad de descuelgue unilateral de deter-

predicable respecto del descuelgue de convenio, éstos sólo podrían referirse, como venimos indicando, a los supuestos en que el propio convenio admite el descuelgue unilateral; a las regulaciones complementarias de la legal; y a la regulación de los mecanismos de solución extrajudicial del conflicto (art. 85.3.c) ET) y al procedimiento de intervención de la comisión paritaria ex art. 85.3.e) ET (ej plazos respetuosos con los legales, solución de sus discrepancias internas, carácter obligatorio y no meramente potestativo de su intervención en caso de desacuerdo, atribución de labores de mediación desde el inicio de las consultas o una vez surgida la discrepancia, etc…). Dicho de otra forma, no pueden afectar a los elementos configuradores del régimen legal y las exigencias documentales deben ser consideradas a título informativo (NAVARRO NIETO, F, "El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos", págs. 250 y 259). Al respecto, véase un análisis de las cláusulas de la negociación colectiva y una valoración similar a la que aquí hacemos en: FERRADANS CARAMÉS, C, "La inaplicación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva", Revista Española de Derecho del Trabajo num.171/2014 parte Estudio, versión digital en Westlaw, BIB 2014\4505.

[55] FERRADANS CARAMÉS, C, "La inaplicación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva", Revista Española de Derecho del Trabajo num.171/2014 parte Estudio, versión digital en Westlaw, BIB 2014\4505. Véase el epígrafe III nuestro estudio.

[56] Auto TS. 7 julio 2016, rec. 2603/2015.

minadas cláusulas del convenio; basta, como siempre, que las partes declaren como dispositivo en todo o en parte una cláusula y sus condiciones o procedimiento para que pueda darse tal situación[57].

Caso de no seguirse el procedimiento de descuelgue previsto en el art. 82.3 y 41.6 ET (con remisión al 41.4 ET) procederá la declaración de nulidad de la medida (art. 138 LRJS)[58]. Como también en los supuestos en los que falte un auténtico proceso negociador, aun cuando formalmente se cumpla con el deber de consulta y hasta se alcance acuerdo,[59]. Y ello por cuanto las partes están obligadas a negociar y, además, a hacerlo de buena fe, siendo aplicables siempre los mismos criterios cuando el legislador impone dicho deber[60]. No obstante, y con la salvedad de los casos extremos, debe partirse de que la falta de aportación documental no es admisible si hay acuerdo[61]. Respecto de la concreta documentación que deba aportarse en los períodos de consultas de inaplicación de convenio colectivo, nuestros Tribunales como los convenios colectivos, vienen integrándola por la necesaria para el despido colectivo así como la prevista para la intervención de la CCNCC[62]. Respecto de esto último y puesto que el art. 21 RD admite que la Comisión pueda solicitar la documentación complementaria o las aclaraciones que considere pertinentes, debe precisarse que la documentación principal debe haberse aportado al comienzo de la negociación del descuelgue, pues la intervención de la Comisión y la correspondiente decisión arbitral es siempre y necesariamente subsidiaria a la negociación y el acuerdo[63].

Finalmente, la falta de remisión del acuerdo a la comisión paritaria es un defecto formal que no provoca la nulidad del mismo (art. 138.7 LRJS)[64]. Tampoco afectará a su validez y eficacia el hecho de que haya sido o no depositado (DA 4ª RD. 713/2010, 28-5 y DA 5ª RD. 1484/2012, 29-10).

---

[57] SSTS. 28 de noviembre de 2012 , 5 de marzo de 2013 , 25 de febrero de 2014 y 26 de marzo de 2015. Véase también: Auto TS. 31 marzo 2016, rec 2968/2015. Ahora bien, es nula la decisión unilateral de modificación de jornada y descanso en domingos que fundada en una interpretación literal del convenio que remite a los domingos autorizados para la apertura comercial, produce al incrementarse éstos, una auténtica modificación de las condiciones de aquéllas tal y como se establecieron en su momento en el convenio colectivo (STS 5-11-2013, rec 66/2013).

[58] Por todas: SSTS 5-11-2013, rec 66/2013 y 11-12-2013, rec. 40/2013.

[59] STSJ. de Islas Canarias/Las Palmas num. 538/2016 de 21 -6, rec. 3/2016: es nulo el procedimiento y el acuerdo en que los representantes de los trabajadores se limitan a refrendar la decisión empresarial, sin que haya existido un auténtico proceso negociador; no hay negociación alguna ni entrega de la documentación necesaria, incumpliéndose por tanto el deber de buena fe.

[60] Por todas: STS. 15 septiembre 2015, rec 218/2014.

[61] STSJ. de Madrid, num. 202/2014, de 28 febrero, proc. 1/2014.

[62] Por todas: STS. 15 septiembre 2015, rec 218/2014; STSJ. de Madrid, num. 202/2014, de 28 febrero, proc. 1/2014.

[63] STS. 15 septiembre 2015, rec 218/2014.

[64] STSJ. Islas Canarias/Las Palmas núm. 538/2016 de 21 -6, rec. 3/2016

## VII. CONTENIDO DEL ACUERDO Y SU INTEPRETACIÓN

El art. 82.3 ET exige que el acuerdo de inaplicación del convenio colectivo recoja con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa, así como, según veremos, su duración. No cabe, por tanto, pactar una carta en blanco, ni remitirse a otro momento para su complementación; la regulación de las nuevas condiciones de trabajo son contenido mínimo y definitorio de dicho acuerdo. Otra cuestión son las inevitables controversias sobre la interpretación de sus términos y alcance, que, no obstante, no parecen excesivamente abundantes[65].

Aun cuando el art. 82.3 ET no viene a exigir expresamente la clara identificación de las concretas cláusulas, partes o materias del convenio que devienen inaplicadas, debe considerarse un requisito implícito en la naturaleza del mismo y una exigencia indiscutible vinculada al principio de seguridad jurídica. Ahora bien, nuevamente nos encontramos en el terreno de la interpretación, y las exigencias pueden cubrirse con cierta laxitud. En esta línea, la doctrina judicial ha considerado suficiente que el acuerdo refleje que el convenio colectivo solo sería aplicable en lo que no se opusiera a las cláusulas del acuerdo[66]. En cambio, otra exigencia, cual es de la programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales perdidas en atención a la desaparición de las causas que han determinado el descuelgue, según se exigía por la regulación de la Ley 35/2010, ha sido calificada como meramente potestativa, pues sólo se aludía a ella -en su caso-[67].

[65] Un ejemplo sería STS. num. 1114/2016 de 22 diciembre, rec. 282/2015, respecto de la interpretación del término "salario" del laudo o acuerdo. En el caso no procede la aplicación del acuerdo a las dietas por desplazamiento ni a las indemnizaciones por "renuncia a la recogida o transporte", al ser conceptos retributivos de carácter extrasalarial. Salvo error grave y acreditado prevalecerá la interpretación de la instancia. También, la STS. 16 junio 2015, rec. 157/2014: prevaleciendo la interpretación de la instancia, la determinación del tramo salarial y consiguiente porcentaje de reducción del salario los trabajadores que no trabajan a jornada completa, debe hacerse sobre el salario percibido efectivamente por dichos trabajadores, que es proporcional al tiempo de trabajo y no sobre el salario que hubieran cobrado si su jornada de trabajo fuera completa, pues, además y en caso contrario, se habría vulnerado el derecho a la igualdad de éstos. Y otro, la STSJ. de Galicia, num. 973/2016, de 22 febrero, rec. 5076/2015, sobre un acuerdo de descuelgue en el que no se pactó la absorción del complemento de nocturnidad en el salario bruto, con lo que sólo afectó a los complementos salariales vinculados al trabajo ordinario pero no a dicho complemento. Esto se confirma, además, porque el salario nocturno tiene que tener su retribución específica sin que en este caso se haya pactado una retribución global que respete esa retribución mínima específica. Las reglas de interpretación que se siguen son las correspondientes a la doctrina de los convenios colectivos, valorando más los actos coetáneos que reflejan la auténtica voluntad de las partes que la interpretación puramente literal.

[66] STSJ. de Islas Baleares, num. 349/2015, de 27 noviembre, rec. 224/2015.

[67] STSJ. de Andalucía/Sevilla, num. 143/2013, de 17 enero, rec. 2923/2012.

Respecto de los posibles contenidos del acuerdo, aparte de los propiamente reguladores de las nuevas condiciones de trabajo, ya hemos visto que pueden incluirse compromisos transaccionales, y que a menudo se acuerdan en un procedimiento único de consultas junto a otras medidas reorganizativas de la empresa y hasta reflejarse en un documento unificado con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. No es necesaria la fundamentación justificativa de las medidas adoptadas[68]. Tan sólo el art. 82.3 ET prohíbe que a través de él se pueda dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razón de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa.

En lo que atañe al derecho a la igualdad y no discriminación en la aplicación de las reducciones salariales, nuestros Tribunales han declarado que no es contrario a la igualdad ni a la no discriminación la reducción proporcional del complemento de antigüedad, puesto que esa mayor detracción deriva también de tener un complemento superior, tiene una justificación objetiva, razonable y proporcionada, y no concurren las circunstancias del art. 14 CE[69].

## VIII. LA DURACIÓN DEL ACUERDO

De conformidad con el art. 82.3 ET, el acuerdo de inaplicación del convenio deberá determinar su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa. Por tanto, es claro que su duración tiene un límite, el único que fija claramente el art. 82.3 ET, que se desprende de su finalidad: la inaplicación de un convenio depende de la vigencia de éste, de manera que por definición no puede ir más allá de aquélla. Desde esta lógica, y puesto que la ultraactividad del convenio es también vigencia o, si se prefiere, aplicación o duración del mismo, también en esta etapa tendrá que articularse su inaplicación a través del art. 82.3 ET y con el límite de aquélla. Y, por tanto, también son factibles los pactos que aun cerrados en la vigencia ordinaria del convenio prevén su extensión a su prórroga y fase ultraactiva, en este último caso, siempre con el límite de que -resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa- [70]. Por otra parte, y siguiendo las reglas generales de libertad de pactos que rigen la duración de los convenios colectivos (art. 86 ET), la duración del

[68] STSJ. de Islas Baleares, num. 349/2015, de 27 noviembre, rec. 224/2015.

[69] STSJ. de Islas Baleares, num. 349/2015, de 27 noviembre, rec. 224/2015; STSJ. de Islas Baleares, num. 51/2015, de 26 febrero, rec. 473/2014; STSJ. de C. Valenciana, num. 968/2016, de 3 mayo, rec. 2002/2015.

[70] STSJ de Navarra, num. 266/2012, de 5 julio, rec. 280/2012: la duración del acuerdo durante la ultraactividad tendrá como límite hasta que haya un nuevo convenio colectivo también bajo la precedente regulación al RDL 3/2012, con lo que podrá pactarse la congelación salarial que excede de la vigencia del convenio y se prolonga a la ultraactividad del mismo.

acuerdo podrá responder a un término cierto o gozar de una duración indefinida e incluso, dentro de los límites señalados por el art. 82.3 ET, someterse a condición, ya sea por el propio convenio, ya por los negociadores del acuerdo[71]. Ahora bien, si tal condición no se fija expresamente, lo cierto es que el legislador en absoluto condiciona el descuelgue a la superación de las causas que lo justifican, con lo que su pervivencia, de someterse a simple término, no se verá afectada por el cambio de circunstancias en sentido positivo[72]. Hemos visto que como tal acuerdo deben cumplirse las condiciones transaccionales pactadas, admitiéndose por nuestros Tribunales y, consiguientemente exigiendo su cumplimiento, conforme a la su literalidad y voluntad de las partes expresada en el mismo, las renuncias al ejercicio de otras posibles medidas colectivas[73]. Sin embargo, yendo más lejos y puesto que de contrato se trata, cabría plantearse una alternativa -quizá mejor que la nulidad del mismo por vicios de consentimiento- , cual es su posibilidad de resolución unilateral por incumplimiento de la empresa de la condiciones pactadas en el mismo (art. 1124 Ccivil).

Respecto de la duración del acuerdo, más que los posibles problemas respecto de la determinación de su fecha de finalización, ha sido su delimitación temporal inicial, la que ha suscitado una importante litigiosidad. Como hemos anticipado al destacarlo como uno de los elementos diferenciadores entre la modificación sustancial del art. 41 ET y el descuelgue salarial, éste necesariamente tiene carácter temporal. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal

[71] STSJ de Cantabria, num. 427/2015, de 27 mayo, rec. 155/2015: No es materia de orden público, por lo que se puede acordar en el convenio el límite temporal del descuelgue a 12 meses prorrogable por períodos sucesivos e iguales.

[72] STSJ de Extremadura, num. 357/2017, de 30 mayo, rec 218/2017: Si bien es cierto que el acuerdo de descuelgue tenía por finalidad intentar superar la situación económica negativa de la empresa y el mantenimiento del empleo, no se condicionó tal inaplicación convencional a la superación de aquélla ni se estableció su pérdida de vigencia para el supuesto de que la empleadora finalmente decidiera extinguir los contratos de trabajo por causas económicas. Además, como señala la citada sentencia, las reclamaciones individuales que alegan la vulneración de la buena fe contractual y nulidad por falta de consentimiento topan con la dificultad de la falta de legitimación para invocar la misma al tratarse de una voluntad ajena.

[73] Procede la declaración de la improcedencia del despido realizado en el período de garantía pactado en el acuerdo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue de convenio, sin posibilidad de aplicación de rebus sic stantibus por fundarse en las misma situación económica existente en aquéllas: STSJ. Castilla-La Mancha, num. 1315/2015, de 26-11, rec. 1195/2015. La meritada sentencia no rechaza que se pueda aplicar en estos acuerdos el rebus sic stantibus, pero en éste caso lo descarta porque se pactó la renuncia, porque las circunstancias son las mismas, y porque parece que tampoco en tan breve plazo sea fácil aceptar el cambio radical de circunstancias imprevisibles. Es distinto del caso analizado por la STSJ. de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 2104/2014 de 12-12, rec. 1138/2014, que pese a los compromisos adquiridos en el descuelgue, admite los despidos dado que se novó el acuerdo inicial para permitirlos y porque, en cualquier caso, las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en aquél momento dan paso a aquéllos (rebús sic stantibus).

Supremo, el acuerdo de descuelgue sólo puede producir efectos de futuro, de manera que son ineficaces los pactos o clausulas de retroactividad de los mismos, normalmente previstos en los descuelgues salariales. Los acuerdos de descuelgue, por tanto y a diferencia de los convenios colectivos, nunca pueden tener eficacia retroactiva[74] y sus efectos pueden postergarse pero no anticiparse al momento de su firma.

Cuestión distinta a la prohibida eficacia retroactiva del descuelgue es la posibilidad de la inaplicación de los atrasos salariales de convenio derivados de la eficacia retroactiva de éste. Así lo ha venido a afirmar el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sala de Sevilla, en diversas sentencias sobre la inaplicación de los atrasos salariales del Convenio Colectivo de la Construcción de Córdoba, publicado sólo unos meses antes de la fecha prevista de su terminación, con efectos retroactivos de más de tres años. Conforme a aquéllas es válido el acuerdo de descuelgue, suscrito un mes después de la entrada en vigor del convenio, que contiene un pacto de exención de las diferencias salariales correspondientes a los años 2009 a 2012, al no haber ingresado los derechos retributivos en el patrimonio de los trabajadores[75].

[74] Por todas: SSTS 23 diciembre 2015, rec. 28/2015; 10 noviembre 2015, rec. 340/2014; 13-octubre-2015 (rco 222/2014 ) 13-octubre-2015 (rco 222/2014 ); 16-septiembre-2015 (rco 110/2014); 15-septiembre-2015 (rco 218/2014 ); 7-7-2015, rec 206/2014; 6 mayo 2015, rec 68/2014; de 10 diciembre 2014 -rec. 60/2014 (además, repárese, que ofrecimiento de minoración retributiva con efectos retroactivos más que ir dirigido a la consecución de un acuerdo, " iría dirigida a imposibilitarlo, pues sería prácticamente imposible que una medida de tal trascendencia fuera aceptada por la representación social ").

Por los TSJ: SSTSJ. de Madrid, num. 178/2017, de 14 marzo, rec. 38/2017; STSJ. de Madrid, num. 202/2014, de 28 febrero, proc. 1/2014; País Vasco, num. 2452/2016 de 13 diciembre, rec. 2301/2016; Andalucía/Sevilla, num. 1936/2016, de 30 junio, rec. 1308/2016; Islas Canarias/Las Palmas, num. 538/2016, de 21 -6, rec. 3/2016; de Islas Canarias/Las Palmas, num. 1196/2015, de 2-9, rec. 377/2015: procede el abono del plus de asistencia reconocido mediante sentencia firme y correspondiente a las pagas extraordinarias sin que el acuerdo de descuelgue pueda tener efectos retroactivos y privar de efectividad las sentencias judiciales; STSJ. de Cantabria, num. 449/2017, de 5 junio, rec. 218/2017.

Tampoco puede tener eficacia retroactiva la resolución de descuelgue del Rector: STS. 26 octubre 2015, rec. 276/2014; STSJ. de Asturias, num. 1632/2016, de 12 julio, rec. 1066/2014.

[75] SSTSJ. de Andalucía/Sevilla, num. 578/2014, de 27 febrero, rec. 3364/2013; num. 1993/2014, de 10 julio, rec. 1108/2014; num. 1229/2014, de 30 abril, rec 3220/2013. Como señalan las referidas sentencias y en correspondencia con la jurisprudencia citada, no cabe la aplicación retroactiva del acuerdo de inaplicación, con lo que tan solo respecto de los meses posteriores a la entrada en vigor del nuevo Convenio, -publicado el 23-5-2012 y con entrada en vigor al día siguiente-, y hasta el acuerdo de descuelgue, éste es inaplicable, pues los servicios se prestaron bajo ese convenio.

## IX. ASPECTOS PROCESALES

En los años posteriores a la reforma de 2010 han sido abundantes las cuestiones procesales planteadas en torno a la impugnación del acuerdo de descuelgue, como de la medida empresarial adoptada unilateralmente en supuestos en que no se ha seguido el debido procedimiento del art. 82.3 ET, a través del procedimiento de conflicto colectivo (art. 41.5 ET y art. 153 y ss. LRJS), en ambos casos como veremos, sin sometimiento a plazo de caducidad de la acción del art. 59.4 ET.

Conforme sostiene el Tribunal Supremo, desde una perspectiva de competencia territorial, corresponde a la Audiencia Nacional[76] el conocimiento de la impugnación de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo realizada por la empresa en un solo procedimiento negociador que afecta a centros de trabajo de distintas CCAA, y ello aun cuando debía haberse articulado como un procedimiento de descuelgue de convenio colectivo -ultraactivo- respecto de diferentes convenios sectoriales (arts. 2.g, 7.a, 10.h y 8.1 LRJS)[77].

Por otra parte, y dado que a menudo los conflictos sobre el descuelgue han estado precedidos por la impugnación de la declaración empresarial de expiración del convenio por pérdida de vigencia -antes de que el Tribunal Supremo reconociese la validez y pervivencia de las cláusulas de ultraactividad anteriores a la reforma-, con relativa frecuencia ha tenido que analizarse la posible litispendencia o el valor de cosa juzgada respecto de tales conflictos previos. Así, la sentencia firme sobre la ultraactividad del convenio constituye cosa juzgada para impugnación de la medida, en tanto no es apreciable la litispendencia entre ambos conflictos por no concurrir las tres identidades exigidas (subjetiva, objetiva y causal) pues no hay identidad del objeto procesal[78].

Pero con diferencia, las cuestiones más polémicas en torno a la impugnación de los acuerdos de inaplicación han sido las relativas a la caducidad de la acción y, muy en particular, las relativas a la limitación de las causas de impugnación en caso de acuerdo. Sobre ambas cuestiones se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Conforme a su postura y la doctrina mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia, la impugnación del acuerdo deberá seguir el procedimiento de conflicto colectivo y, por consiguiente, no está sometida

[76] No son válidas como sentencia de contraste las dictadas en la instancia y por tanto, no lo son las de la Audiencia Nacional (Auto TS. 15 diciembre 2016, rec. 1803/2016).

[77] «…es la propia empleadora la que pone en marcha un solo procedimiento de MSCT (no dos), afectando a todos los centros de trabajo. Necesariamente su impugnación colectiva ha de contemplarlo como un todo, so pena de fragmentarlo de manera artificial, lo que podría dar lugar a fallos contradictorios acerca de su validez» (STS. num. 616/2016 de 6 julio, 155/2015).

[78] STS. num. 616/2016, de 6 julio, 155/2015.

al plazo de caducidad del art. 59.3 y 4 ET y el de prescripción (art. 59. 2 ET) comienza a computar desde que pudiera ejercitarse la acción; en principio a partir de su comunicación a la comisión paritaria y, en su defecto, a partir del conocimiento del acuerdo[79].

[79] STS. 16-septiembre-2015, rco 110/2014 –en procedimiento de conflicto colectivo por impugnación de acuerdo de descuelgue salarial a partir de la suscripción del acuerdo para los que estuvieron presentes en la misma aun sin firmarlo, y de su publicación si el sindicato no participó en la comisión negociadora ni le fue comunicado a la comisión paritaria-: *«Ahora bien, lo cierto es, que la interpretación de los apartados 3 y 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores , en cuanto a las acciones para la que está previsto el instituto de la caducidad, no suscita duda alguna a esta Sala, en cuanto son, únicamente, "....la acción contra el despido o resolución de contratos temporales...." (apartado 3) y "...las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo..." (apartado 4), por lo que no podemos aceptar, en modo alguno, que dicho instituto sea aplicación a una acción de impugnación de un acuerdo de inaplicación (o descuelgue) del salario establecido en convenio colectivo, de sector o de empresa, salarial regulado en el artículo 82.3 del ET ,máxime, teniendo en cuenta el carácter restrictivo con el que es contemplado el instituto de la caducidad por la doctrina y la jurisprudencia.»*. Sin embargo, sigue el procedimiento de impugnación de convenios colectivos –y no el del art. 138 ni el del 151 LRJS-, sin sometimiento tampoco a plazo de caducidad, la resolución de inaplicación salarial del convenio colectivo del personal laboral por parte del Rector: STSJ. de Asturias, num. 1632/2016, de 12 julio, rec. 1066/2014.

En este sentido, con argumento extenso, no está sometida a plazo de caducidad la acción colectiva, siendo para la prescripción aplicable el art. 59.2 ET desde el momento en que la acción pudiera ejercitarse: STSJ. Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, num. 157/2016, de 4 marzo, rec. 731/2015. Doctrina que se extiende también a las reclamaciones individuales realizadas en procedimiento ordinario de reclamación de cantidad frente a los descuelgues seguidos sin cobertura legal [STSJ de Madrid, num. 7/2017 de 12 enero, rec. 607/2016:«Pues bien, si para la impugnación de la medida colectiva no estamos ante el plazo de caducidad que se pretende aplicar por la recurrente, difícilmente podemos exigirle al trabajador afectado por la misma que su oposición a la medida deba formularla en un plazo de caducidad cuando la decisión empresarial, incluso, se haya podido tomar con el Acuerdo de los representantes de los trabajadores. Esto es, la reacción que puede tener el trabajador ante una decisión empresarial de rebajar el salario por debajo del convenio colectivo, adoptada sin acudir al artículo 82.3 ET, no está sujeta al plazo de caducidad del artículo 41 del ET ni, por ende, bajo la necesidad de acudir al proceso judicial que a él se une, del artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, dado que dichas vías están pensadas para actuaciones del empresario que se mantienen dentro del respeto a los mínimos del Convenio Colectivo, y en concreto, si alterar las condiciones salariales pactadas colectivamente. El hecho de que el artículo 82.3 remita al artículo 41.4, ambos del Estatuto de los Trabajadores no lleva a distinta conclusión, incluso aunque se ha aplicado analógicamente a los supuestos de inaplicación del Convenio o descuelgue, las calificaciones establecidas para MSCT (STS de 6 dejulio de 2016, Recurso 155/2015), ya que tal forma de proceder no es trasladable a la hora de establecer los plazos para el ejercicio de las acciones que traigan causa de decisiones empresariales que no se rigen por el artículo 138, cuando estamos ante instituciones procesales y sustantivas de diferente calado y contenido, sin la identidad de razón que sería exigible para que la aplicación analógica sea predicable, también, a los efectos de plazos de caducidad ni para impugnar la falta de aplicación del Convenio Colectivo. Sencillamente, en casos como el que nos ocupa lo que se ha producido es una inaplicación del Convenio Colectivo sin cobertura legal alguna.»]. STSJ. de Andalucía/Granada, num. 1030/2013, de 22 mayo, rec. 659/2013: el plazo de impugnación del sindicato computa desde que se notifica a la comisión paritaria y no por el conocimiento

En lo que se refiere a la limitación de la causa de impugnación y consiguiente cognición judicial en la impugnación del acuerdo, ha sentado el Tribunal Supremo la distinción entre la impugnación del acuerdo en sí, que no puede ser atacado en sus causas y se ve limitado a los supuestos de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho, y otra a la impugnación de su contenido y de todas y cada una de las modificaciones acordadas, que es ilimitada y puede ser impugnada tanto por lesividad como por ilegalidad[80]. Tiene que tenerse presente, además, que la presunción de causa y tales límites a la impugnación sólo son predicables de los supuestos en que hay un acuerdo colectivo válidamente adoptado[81], en cuyo caso no es posible argumentar falta de aportación documental por no ser cuestionable la concurrencia de causa[82]. Por el contrario, tales limitaciones de impugnación no afectan a aquéllos acuerdos que son nulos por defectos de procedimiento[83].

de la representante que no lo firma y quiere asesorarse, pues la acción corresponde al sindicato y no a la representante.

[80] STS 7-7-2015 , rec. 206/2014 y 16-9-2015 , rec. 110/2014 –ambas respecto de los efectos retroactivos-. En similar sentido: STSJ País Vasco, num. 2452/2016, de 13 diciembre, rec. 2301/2016 (impugnación individual de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los efectos del descuelgue salarial, donde se cuestiona el plazo para realizarlo, su ineficacia retroactiva y la legitimación negocial). La impugnación individual para solicitar, no la nulidad del acuerdo sino su ineficacia, se sigue a través del procedimiento de impugnación de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, solicitando su ineficacia individual en atención, como cuestión incidental, en la ilegitimidad de los negociadores, sin que pueda considerarse ni impugnación del acuerdo, ni acción colectiva ni tampoco plural de impugnación de aquél: STSJ de Islas Canarias/Las Palmas, num. 124/2017, de 10-2, rec 905/2016.

[81] STS. 16 noviembre 2015, rec. 53/2014. Otra cuestión es la de la impugnación del laudo arbitral de la CCNCC, cuyo control judicial es pleno, lo que además es garantía de la constitucionalidad de la intervención arbitral de dicha Comisión (SSTS 15 septiembre 2015, rec 218/2014, 15 julio 2015, rec. 212/2013, SSTC 119/2014 y 8/2015).

[82] En el supuesto normal, si hay acuerdo, se presume la existencia de causa y sólo puede ser atacado éste por dolo, abuso de derecho, fraude o dolo: STSJ. de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 202/2014 de 28 febrero, proc. 1/2014. La acusación de falta de aportación documental no es admisible si hay acuerdo.

[83] STSJ. de Islas Canarias/Las Palmas, num. 538/2016, de 21 -6, rec. 3/2016. Cabe, por tanto, la impugnación del acuerdo si no ha existido un auténtico proceso negociador, sin que tenga sentido analizar las causas por haber devenido nulas las medidas. Véanse también: SSTS. 19.4.2016 -Rec 116/2015; 7.7.2015 (Rec. 206/2014 ).

# MEDIDAS ADOPTADAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD SOBREVENIDA

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

*Profesor PSI de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Málaga

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PROBLEMA DE LA PÉRDIDA DEL EMPLEO PARA EL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD SOBREVENIDA
3. SOLUCIONES DERIVADAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO ALTERNATIVAS A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
4. CONTENIDOS ESPECÍFICOS DE LA NEGOCIACIÓN
   4.1. ÁMBITO SUBJETIVO
   4.2. MEDIDAS DE ADAPTACIÓN
5. CONCLUSIONES
6. REFERENCIAS BILBIOGRÁFICAS
7. REPERTORIO DE CONVENIOS COLECTIVOS

## 1. INTRODUCCIÓN

El mantenimiento del empleo del trabajador con discapacidad sobrevenida, nos lleva a considerar la búsqueda de soluciones alternativas a la extinción del contrato de trabajo, más allá de la aplicación estricta de la norma jurídica. Nada impide que desde el campo de actuación que nos ofrece la negociación colectiva, se puedan establecer medidas que permitan la adaptación y/o recolocación del trabajador afectado ayudando a superar el efecto extremo que se produciría como consecuencia de la ruptura de la relación laboral.

## 2. EL PROBLEMA DE LA PÉRDIDA DEL EMPLEO PARA EL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD SOBREVENIDA

La pérdida del empleo por discapacidad sobrevenida, supone una amplia y variada casuística que en algunos supuestos la ley otorga una determinada protección, pero que en otros deja al trabajador desprotegido[1].

En este sentido, aunque el efecto reparador[2] de la Seguridad Social actúe para compensar la pérdida de las retribuciones, sin embargo, junto a la aparición de la merma de la salud[3], el hecho traumático que provoca la extinción del contrato de trabajo, supone la pérdida de otros derechos íntimamente ligados al derecho a un trabajo digno, indispensables para el desarrollo integral de las personas, como son por ejemplo el desarrollo de una carrera profesional, formación continua, ascenso, etc.

Por este motivo, se hace necesario un estudio pragmático y preventivo, que intente paliar los efectos perjudiciales que se derivan para el trabajador, aportando propuestas que superando la aplicación estricta de la ley (institucionalidad) encuentren soluciones en otras medidas alternativas (reciprocidad)[4].

---

[1] Ruiz Santamaría, J.L.: "La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad", en Monereo Pérez, J.L. y Márquez Prieto, A. (Coords.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, 2016, p. 880. También puede consultarse López Ahumada, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 17-22.

[2] Monereo Pérez, J.L.: "La prevención "versus" reparación", Revista de Derecho de la Seguridad Social, laborum, núm. 3, 2015, pp. 11-32.

[3] Monereo Pérez, J.L.: "La salud como derecho humano fundamental", Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, núm. 9, 2014, pp. 53 – 88.

[4] El profesor Márquez Prieto, sostiene que: "El enfoque de justicia relacional propone buscar la justicia principalmente en la relación, porque el origen de la injusticia social es de carácter relacional. Lo que, más allá de lo institucional o normativo -imprescindible para reequilibrar la desigualdad negocial-, exige atender a la parte viva de la relación, a la participación e interacción recíproca continua". Potenciando en definitiva un contexto de socialidad (relaciones sociales), de carácter civil común donde sean importantes el *todos* en cada *uno[sic]*", vid.

Pero, para poder iniciar el abordaje de la problemática inherente a la discapacidad sobrevenida, nos interesa antes de nada, realizar una aproximación a su concepto. En este sentido, según nos indica la profesora Suriá Martínez, *"(...) el advenimiento de una situación de discapacidad a lo largo del ciclo vital supone, para la persona que la sufre y su entorno, un proceso acelerado y sorpresivo en el que es preciso realizar una asimilación que en las personas con discapacidad congénita o perinatal, se realiza de manera natural y progresiva*[5] *".*

Resulta importante pues, en primer lugar, entender que el carácter sobrevenido implica un tipo de "asimilación acelerada" de la nueva situación, en el que factores como la información adecuada sobre consecuencias, expectativas y apoyos resultan clave. El momento en el que sobreviene la discapacidad supone por tanto una ruptura, un punto de inflexión vital, en el que es preciso realizar renuncias en ocasiones muy importantes. En un contexto de falta de información o escasez de apoyos, la sobrecarga y el nivel de estrés en el entorno de la persona con discapacidad se han demostrado muy elevados, teniendo que afrontar *"un doble proceso, uno de desadaptación al estilo de vida anteriormente llevado y que deben cambiar por la nueva situación y el otro, un proceso de afrontamiento-aprendizaje de una nueva forma de vida [sic]*[6] *".*

En este contexto, existen evidencias de que cuanto más tardía es la aparición de la situación de discapacidad, más difícil será la adaptación a la nueva situación, por lo que un despliegue temprano de apoyos será tanto más necesario, cuanto más avanzada es la edad de la persona que entra en situación de discapacidad[7].

Una vez definido el concepto, realizaremos un estudio estadístico con el fin de poder conocer mediante estos datos la situación actual en España de la discapacidad sobrevenida.

---

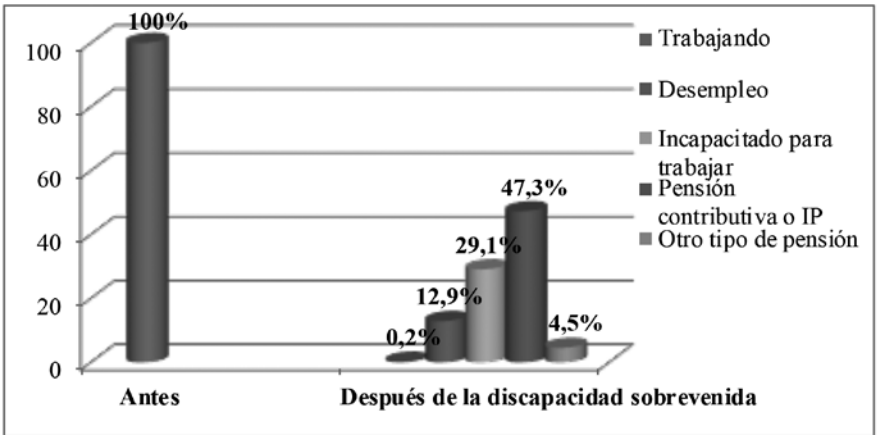
MÁRQUEZ PRIETO, A.: "La relación laboral como relación social", Revista CEF, núm. 382, 2015, p. 13 y también en MÁRQUEZ PRIETO, A. Y RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: "Incapacidad total para un gruista con visión monocular: al hilo de la STS de 23 de diciembre de 2014", Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, núm. 1, 2016, p. 141.

[5] SURIÁ MARTÍNEZ, R.: "Discapacidad y empoderamiento: análisis de esta potencialidad en función de la tipología y etapa en la que se adquiere la discapacidad", Anuario de Psicología, núm. 43 (3), 2013, pp. 297– 311.

[6] Ib. p. 78.

[7] También en este contexto, resulta imprescindible incorporar la perspectiva de género, ya que son las mujeres (madres, esposas, hermanas, hijas) quienes asumen, con mucha más frecuencia e intensidad que los varones, la prestación de los apoyos que la persona con discapacidad va a necesitar en su nueva situación , vid. AA.VV.: *La reorientación vital y profesional de las personas a las que ha sobrevenido una discapacidad en la edad adulta*, Madrid, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015.

**Gráfico 1.** Impacto en el empleo antes y después de la discapacidad sobrevenida.




FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

**Tabla 1.** Distribución de la población con discapacidad sobrevenida según la Comunidad Autónoma de residencia y género.

| Posición | Comunidad Autónoma | *Hombres* | *Mujeres* | *Total* |
|---|---|---|---|---|
| 1ª | Andalucía | 127.341 | 205.089 | 332.430 |
| 2ª | Comunidad Valenciana | 90.776 | 110.859 | 201.635 |
| 3ª | Cataluña | 80.224 | 117.070 | 197.294 |
| 4ª | Madrid | 63.971 | 97.968 | 161.939 |
| 5ª | Galicia | 50.957 | 70.414 | 121.371 |
| 6ª | Castilla y León | 41.413 | 52.990 | 94.403 |
| 7ª | Castilla La Mancha | 29.533 | 41.689 | 71.222 |
| 8ª | País Vasco | 31.133 | 36.423 | 67.556 |
| 9ª | Murcia | 27.718 | 38.816 | 66.534 |
| 10ª | Canarias | 29.682 | 35.988 | 65.670 |
| 11ª | Extremadura | 18.467 | 27.294 | 45.761 |
| 12ª | Aragón | 19.234 | 26.099 | 45.333 |
| 13ª | Asturias | 13.683 | 23.796 | 37.479 |
| 14ª | Baleares | 11.919 | 14.531 | 26.450 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 15ª | Cantabria | 7.250 | 9.139 | 16.389 |
| 16ª | Navarra | 7.123 | 7.413 | 14.536 |
| 17ª | La Rioja | 3.816 | 4.022 | 7.838 |
| 18ª | Melilla y Ceuta | 3.140 | 3.850 | 6.990 |
| | **TOTAL** | **657.380** | **923.450** | **1.580.830** |

F
UENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

Como se puede apreciar en la tabla 1, las Comunidades Autónomas con un número mayor de personas con discapacidad sobrevenida durante su vida laboral son, por este orden, Andalucía, Comunidad Valenciana, Cataluña, Madrid, Galicia y Castilla y León.

**Tabla 2.** Distribución de la población con discapacidad sobrevenida según la etapa productiva y género.

| Grupos de edad | Etapa productiva | *Hombres* | *Mujeres* | *Total* |
|---|---|---|---|---|
| [16 – 30] | Primaria | 21.663 | 14.348 | 36.011 |
| [31 – 47] | Media | 135.211 | 136.540 | 271.751 |
| [48 – 65] | Tardía | 277.492 | 403.855 | 681.347 |
| [66 o más] | Jubilación | 223.014 | 368.707 | 591.721 |
| TOTAL | | **657.380** | **923.450** | **1.580.830** |

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

**Tabla 3.** Distribución de la población con discapacidad sobrevenida según causa de discapacidad y género.

| Causa de discapacidad | *Hombres* | *Mujeres* | *Total* |
|---|---|---|---|
| Accidentes | 145.628 | 80.176 | 225.804 |
| Enfermedades | 466.316 | 750.559 | 1.216.875 |
| Otras | 82.066 | 148.225 | 230.291 |

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

**Tabla 4.** Distribución de la población con discapacidad sobrevenida en edad laboral según causa detallada y género.

| Causa de discapacidad | *Hombres* | *Mujeres* | *Total* |
|---|---|---|---|
| Accidente laboral | 74.194 | 14.870 | 89.064 |
| Accidente doméstico | 6.027 | 15.554 | 21.580 |
| Accidente de tráfico | 37.562 | 26.043 | 63.605 |
| Accidente de ocio | 12.218 | 5.174 | 17.391 |
| Otros accidentes | 16.552 | 20.280 | 36.832 |
| Enfermedad profesional | 77.874 | 46.811 | 124.685 |
| Enfermedad no profesional | 399.973 | 714.334 | 1.114.307 |
| Otras | 82.066 | 148.225 | 230.291 |

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

**Tabla 5.** Distribución de la población con discapacidad sobrevenida en edad laboral según causa detallada y grupo de edad.

| Causa de discapacidad | *Etapa productiva primaria [16-30]* | *Etapa productiva media [31-47]* | *Etapa productiva tardía [48-65]* | *Jubilación [66 o más]* |
|---|---|---|---|---|
| Accidente laboral | 1.788 | 20.966 | 44.815 | 21.495 |
| Accidente doméstico | 163 | 3.058 | 7.738 | 10.622 |
| Accidente de tráfico | 7.255 | 24.777 | 24.475 | 7.097 |
| Accidente de ocio | 1.283 | 4.924 | 6.399 | 4.784 |
| Otros accidentes | 511 | 8.369 | 16.492 | 11.460 |
| Enfermedad profesional | 2.247 | 18.061 | 63.325 | 41.053 |
| Enfermedad no profesional | 17.727 | 172.283 | 482.343 | 441.953 |
| Otras | 4.906 | 33.037 | 90.101 | 102.246 |
| TOTAL | 35.880 | 285.475 | 735.688 | 640.710 |

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

**Tabla 6.** Distribución de la población con discapacidad sobrevenida según causa detallada y momento en el que se ha producido.

| Causa de discapacidad | *Disc. sobrevenida no reciente* | *Disc. sobrevenida reciente* | *% Disc. sobrevenida no reciente* | *% Disc. sobrevenida reciente* |
|---|---|---|---|---|
| Accidente laboral | 57.987 | 31.077 | 5,2 | 6,6 |
| Accidente doméstico | 12.991 | 8.589 | 1,2 | 1,8 |
| Accidente de tráfico | 42.874 | 20.731 | 3,9 | 4,4 |
| Accidente de ocio | 11.509 | 5.882 | 1,0 | 1,2 |
| Otros accidentes | 23.895 | 12.938 | 2,2 | 2,7 |
| Enfermedad profesional | 89.099 | 35.587 | 8,0 | 7,5 |
| Enfermedad no profesional | 774.684 | 339.623 | 69,8 | 72,0 |
| Otras | 164.470 | 65.821 | 14,8 | 14,0 |

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

En referencia a los datos globales sobre inserción y readaptación laboral, hay una Tasa de actividad de la población con discapacidad sobrevenida del 31,1% (34,9% hombres y 28,1% mujeres). Respecto a la Tasa de paro de esta población es del 30,3% (23,5% hombres y 37,6% mujeres). Si prestamos atención a la población con discapacidad sobrevenida que se encuentra en edad laboral, apenas 236.000 personas están en situación activa, de un total de 989.000 en edad de trabajar, lo cual arroja una tasa de actividad muy baja, del 31,1%, 3.8 puntos por debajo en las mujeres.

**Tabla 7.** Población con discapacidad sobrevenida, según actividad principal y género.

| Actividad principal | *Hombres* | *Mujeres* | *Total* |
|---|---|---|---|
| Trabajando | 122.856 | 113.215 | **236.071** |
| En desempleo | 28.868 | 42.576 | **71.444** |
| Dedicado a las labores del hogar | 1.702 | 235.024 | **236.726** |
| Ejerciendo trabajos sociales o similares sin remuneración | 162 | 1.251 | **1.413** |
| Estudiando | 1.126 | 2.189 | **3.315** |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Incapacitado para trabajar | 19.653 | 36.513 | **56.166** |
| Percibiendo pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente | 436.017 | 354.486 | **790.503** |
| Percibiendo otro tipo de pensión | 35.084 | 118.023 | **153.107** |
| Otra situación | 11.910 | 20.173 | **32.083** |

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

**Tabla 8.** Personas con discapacidad sobrevenida según tiempo que lleva sin trabajar.

| Tiempo | *Nº de personas con disc. sobrevenida* |
|---|---|
| Menos de 3 meses | 18.843 |
| Entre 3 y 6 meses | 16.396 |
| Entre 6 meses y 1 año | 32.013 |
| Entre 1 y 2 años | 61.660 |
| Entre 2 y 5 años | 158.902 |
| Más de 5 años | 716.854 |

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

**Tabla 9.** Población con discapacidad sobrevenida, en relación a la readaptación.

| Actividad principal | *Hombres* | *Mujeres* | *Total* |
|---|---|---|---|
| Trabajando actualmente | 10.568 | 6.641 | **17.209** |
| Ha realizado alguna adaptación en alguno de los puestos de trabajo que ha desarrollado | 16.482 | 11.8013 | **28.295** |
| Buscando empleo | 32.111 | 38.550 | **70.661** |
| Ha realizado cursos de formación en los últimos 5 años | 40.903 | 51.068 | **91.971** |

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

## 3. SOLUCIONES DERIVADAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO ALTERNATIVAS A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La negociación colectiva es un instrumento idóneo para paliar el efecto extintivo del contrato de trabajo aportando soluciones orientadas a la adaptación y/o recolocación del trabajador afectado por la discapacidad sobrevenida. Ante la tensión que se produce entre la protección del trabajador cuya salud se ha visto mermada y la posibilidad de que se extinga la relación laboral vías *ex* arts. 49, 1, e) o 52, a) ET[8], hay un amplio abanico de posibilidades que debemos analizar.

En base al principio de adaptación del trabajo a la persona[9], se podrían buscar mediante la negociación colectiva otras alternativas con efectos menos perjudiciales para el trabajador como la adaptación de los equipos y del puesto de trabajo, adaptación del horario y/o jornada, readaptación de las funciones que venía desarrollando el trabajador, introducción, potenciación o adaptación del uso de las nuevas tecnologías[10] -según proceda-, excedencia, suspensión del contrato de trabajo, etc. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto un sector

[8] Aunque de forma remota, también podría operarla extinción derivada por despido objetivo del art. 52, d). Vid. GÓMEZ SALADO, M.A.: "DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE 'ENFERMEDAD GRAVE' Y DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO: PROFUNDIZACIÓN Y NUEVAS PERSPECTIVAS EN TORNO A SU CONFIGURACIÓN JURÍDICA", Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 397, 2016, pp. 17-36.

[9] Enunciado como uno de los "principios de la acción preventiva" en el art. 15, 1, d) LPRL*:"Adaptar el trabajo a la personas, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud"* y que a su vez es copia literal del art. 6,2, d) Directiva del Consejo 89/391/CEE de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, vid. RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: "La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad", en MONEREO PÉREZ, J.L. Y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Coords.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, 2016, págs. 879 - 889.

[10] Creemos que la introducción y el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo, contribuyen a paliar las posibles limitaciones del trabajador con incapacidad laboral sobrevenida y por tanto, se presenta como una nueva herramienta eficaz y novedosa frente a la extinción de la relación laboral. En este sentido, "El plan de acción de la estrategia española sobre discapacidad 2014-2020", págs.. 21-22, señala dentro del apartado "ejes, objetivos y actuaciones", que hay que potenciar la accesibilidad tecnológica en los múltiples entornos, entre ellos el sector privado de las empresas, con el fin de eliminar estas barreras y limitar lo antes posible su efecto discriminador mejorando la disponibilidad y la variedad de los dispositivos y medios de apoyo. También para mayor abundamiento sobre este asunto, se puede consultar GIL GARCÉS, E.: "Discapacidad, empleo y nuevas tecnologías", Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros, núm. 204, mayo 2001, págs. 111-164.

doctrinal[11], esta readaptación, podría llevar aparejada para el trabajador un retroceso en sus condiciones laborales iniciales[12].

Entre los posibles acuerdos previstos por la ley -de forma excepcional y para casos concretos-, cabría suscribirse la suspensión del contrato de trabajo. En este sentido, el art. 48.2 ET[13], prevé la suspensión del contrato de trabajo, por incapacidad permanente reconocida -en cualquiera de sus grados- con derecho a reserva del puesto de trabajo, cuando, *"(...) a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente"*. Desde la protección que se dispensa en la LPRL, de conformidad con los arts. 4 y 46.3 de la misma, se establece como última opción en supuestos de riesgo durante el embarazo y la lactancia[14]. También hay que tener en cuenta aquellos supuestos de trabajadores que han visto extinguido su contrato por causa de incapacidad permanente total o absoluta y que posteriormente, como consecuencia de la revisión de su grado de invalidez recobren su plena capacidad, quedando excluidos de la protección de la Seguridad Social. En estos casos, está previsto legalmente[15] un derecho de preferencia absoluta para su readmisión en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo; y si su revisión le conduce a una inca-

[11] Vid. GOERLICH PESET, J.M.: "La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo", Tribuna social, núm. 61, 1996, pág. 64 y también sobre este asunto puede consultarse GOÑI SEIN, J.L. Y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 260.

[12] Como por ejemplo una bajada de su salario o cambio en sus funciones.

[13] Como excepción a la regla general del art. 49, c) ET, que establece "la extinción del contrato de trabajo por (…) gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador".

[14] Aunque solo es posible cuando exista imposibilidad acreditada de adaptación del puesto de trabajo o cambio de puesto de trabajo a otro puesto compatible con su estado biológico, vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral,* Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 181-184.

[15] Arts. 2 y 3 de RD 1451/1983 de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril -derogada por RDLeg.1/2013 de 29 de noviembre-, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de los trabajadores minusválidos. Modificado por los RD 4/1999, de 8 de enero, RD 170/2004 de 30 de enero y RD 290/2004 de 20 de febrero. Para estos supuestos, en el caso de los funcionarios públicos, existe un procedimiento de rehabilitación regulado en el RD 2669/1998 de 11 de diciembre, vid. APILLUELO MARTÍN, M.: *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 99-101

pacidad permanente parcial, entonces le asistiría un derecho a reingresar en la primera vacante que sea adecuada a su categoría[16].

Analizados los supuestos que encuentran su protección en la ley[17], cabría preguntarse ¿qué sucede con aquellos supuestos no cubiertos por la misma? En estos casos, creemos que la negociación colectiva se presenta como una medida verdaderamente eficaz para suplir estos vacios legales o, para desarrollar y mejorar aquellas regulaciones deficientes.

Junto a la suspensión del contrato de trabajo, otra alternativa que podemos contemplar es la excedencia voluntaria regulada en el art. 46.5 ET, que otorga al trabajador *"un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa"*. Este derecho, como ha matizado el Tribunal Supremo[18] en reiteradas sentencias, no es un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata, sino se trata de un derecho potencial -expectante- condicionado a la existencia de vacantes en la empresa, si bien, en estos casos no existe una obligación de reservar el puesto de trabajo, por lo tanto la empresa dispone de una mayor libertad para atender y reconfigurar su relación laboral[19]. Ahora bien, conviene matizar que cuando el trabajador en excedencia solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición, o la rechaza pretextando falta de vacantes, o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes, el trabajador podrá ejercitar la "*acción de reingreso"*; mientras que cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca, que implica el rechazo de la existencia de relación entre las partes, esta negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino rechazo de la existencia de algún vínculo entre las partes, y la acción que debe ser ejercitada, frente a ella es la de "*despido"*[20].

---

[16] Teniendo en cuenta que no hay en este supuesto, un derecho de reserva del puesto de trabajo, en todo caso estaríamos ante la suscripción de un nuevo contrato, vid. GOERLICH PESET, J.M.: "La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo", op. cit., pág. 64.

[17] Para profundizar sobre este tema, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: "La tutela de las incapacidades laborares frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en ARISTIZÁBAL RODRÍGUEZ, E.F. (Coord.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 847-885.

[18] Entre otras, ver las SSTS/4ª de 15 marzo 2013, (RJ 2013, 3651); 30 de noviembre 2012 (RJ 2013, 1747) y 30 abril 2012, (RJ 2012, 8721).

[19] GOÑI SEIN, J.L. Y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., pág. 263.

[20] SSTS/4 de 19 octubre 1994, (RJ 1994, 8254); 22 octubre 1997, (RJ 1997, 7548) y 21 diciembre 2000 (RJ 2001, 1868).

## 4. CONTENIDOS ESPECÍFICOS DE LA NEGOCIACIÓN

### 4.1. Ámbito subjetivo

Del elenco de convenios colectivos analizados, se puede deducir la existencia de tres situaciones diferentes atendiendo al grupo de trabajadores que se pueden beneficiar de las medidas de adaptación y/o recolocación.

En primer lugar, un nutrido número de convenios que no contemplan ningún tipo de medidas de adaptación y/o recolocación para el colectivo de trabajadores con discapacidad sobrevenida, trabajadores especialmente sensibles o con discapacidad congénita. En este sentido, el examen del *Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*[21], nos desvela la confirmación de esta circunstancia, contemplando como única medida para estos supuestos la suspensión del contrato de trabajo[22]. En este caso, coincidimos con las tesis que sostienen que la suspensión del contrato de trabajo -como la excedencia voluntaria- deberían operar con carácter subsidiario, cuando no fueran posibles o viables otras medidas como la adaptación del puesto de trabajo o la asignación de otro puesto de trabajo compatible con la capacidad residual del trabajador afectado por la discapacidad laboral sobrevenida[23].

En segundo lugar, hay un grupo de convenios que se limitan a reproducir los contenidos de las disposiciones legales o simplemente, a realizar una remisión a dichos textos normativos. Un ejemplo lo encontraremos en el *Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social*[24], que dispensa en su art, 47, una protección a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, copiando literalmente el contenido del art. 25 de la LPRL en los siguientes términos: *"La empresa garantizará de manera específica la protección de los*

[21] VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Cód. 99008725011994, BOE núm. 197 de 17 de agosto de 2013).

[22] Concretamente, en su art. 51, establece que: "En el supuesto de incapacidad temporal, el contrato permanecerá suspendido durante todo el tiempo que dure la misma, incluso en el período que la empresa haya dejado de cotizar a la Seguridad Social. En el supuesto de invalidez permanente total para la profesión habitual, invalidez absoluta o gran invalidez, el contrato permanecerá suspendido durante dos años a contar desde la fecha de la resolución que la declaró si a juicio del órgano de calificación la situación de incapacidad del trabajador va a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo. Durante el tiempo de suspensión se computará la antigüedad".

[23] GOÑI SEIN, J.L. Y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., pág. 264.

[24] Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017 (Cód. 99100155012015, BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015).

*trabajadores y trabajadoras que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellas que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias (...) Los trabajadores y trabajadoras no serán empleados o empleadas en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, pudieran poner en peligro o causar daños a sí mismos, a los demás trabajadores y trabajadoras o a otras personas relacionadas con la organización"*.

En tercer lugar, detectamos en este estudio un grupo muy extenso integrado por un número de convenios que proyectan una especial y detallada atención al colectivo de trabajadores con discapacidad sobrevenida de forma muy diversa. En este grupo, es especialmente destacable que en referencia a las medidas de protección y de adaptación del puesto de trabajo, el art. 68 del *Convenio Colectivo Air Europa Líneas Aéreas*[25], establece una protección a los que *"trabajadores con capacidad disminuida"*. En el supuesto de que la disminución venga motivada a raíz de un accidente laboral, el trabajador no verá mermada su retribución económica y si viniese motivada a raíz de otros supuestos, el trabajador percibirá como mínimo un setenta y cinco por cien de su retribución mensual de conceptos fijos. Igualmente encontramos esta protección en el art. 8.3 del *Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón*[26], en el art. 58 del *Convenio Colectivo de la empresa Cepl Iberia*[27] y en el art. 49 del *Convenio Colectivo de la empresa Salestarget*[28], que extiende esta protección incluso a trabajadores que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

También, en el *Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya*[29], en su art. 15.5, regula la adaptación o cambio de pues-

25 III Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico). (Cód.: 90015491012005, BOE núm. 252 de 21 de octubre de 2013).

26 Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón. (Cód.: 99003955011981, BOE núm. 121 de 19 de mayo de 2016).

27 Convenio Colectivo de la empresa Cepl Iberia, S.L. (Cód. 90102232012015, BOE núm. 230 de 25 de septiembre de 2015).

28 Convenio Colectivo de la empresa Salestarget, S.L. (Cód.: 90102162012015, BOE núm. 124 de 25 de mayo de 2015).

29 VI Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya. (Cód.: 7900692, Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 4640 de 24 de mayo de 2006).

to de trabajo por motivos de salud y establece que *"en el supuesto de que la adaptación no sea posible, y con el fin de garantizar el mantenimiento de la relación laboral, se tiene que encargar al trabajador/a el ejercicio de funciones de un puesto de trabajo que pueda desarrollar. Los cambios de puesto de trabajo se deben efectuar a plazas de cualquier departamento de la Generalidad siempre y cuando el trabajador/a reúna los requisitos para abastecer el puesto de trabajo y las características para desarrollarlo"*.

Por su parte, en el *Convenio Colectivo de la empresa Sociedad Aragonesa de Gestión Agroambiental*[30], en el art. 17.12, se contempla la adaptación del puesto de trabajo, *"cuando por razones médicas un trabajador no cumpla con los estándares mínimos para intervenir en situaciones de emergencia pero de acuerdo con la evaluación facultativa pueda realizar trabajos forestales, la empresa adaptará su puesto de trabajo dentro de su propio elemento en ese sentido, si organizativamente resulta posible dado su perfil profesional, la configuración y tipología del puesto. Lo mismo se aplicará al resto de trabajadores que por razones médicas no puedan llevar a cabo las funciones de su puesto de trabajo"*, regulando un órgano denominado *"comisión de recolocación"* en su art. 17.11.

Una readaptación al puesto de trabajo se contempla en el art. 40, apartado 7º del *Convenio Colectivo Interprovincial Andaluz de la empresa Team*[31], que dice: *"El empresario tendrá que hacer el esfuerzo que sea necesario y adoptar las medidas precisas para readaptar a un nuevo puesto de trabajo acorde con la situación actual del trabajador, a todos aquellos que por cualquier causa pudieran estar o sufrir en el futuro una discapacidad física o psíquica sobrevenida",* continua diciendo que: *"En caso de la trabajadora embarazada cuyo médico prescriba un cambio de puesto de trabajo por razón de su estado, se adecuará a otros cometidos, respetándose su situación económica"*.

Este mismo derecho a la adaptabilidad del puesto de trabajo, se establece en el art. 20 del *Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Andalucía*[32]; *"Los/as trabajadores/as con minusvalía física, psíquica o sensorial, tendrán derecho, en función de la misma, a la adaptabilidad del puesto de trabajo, conforme a las posibilidades de este. Del mismo modo, tendrán este derecho los/as trabajadores/as que posteriormente a su contratación, por*

[30] Convenio colectivo de la empresa Sociedad Aragonesa de Gestión Agroambiental (SARGA). (Cód.: 72100142012017, Boletín Oficial de Aragón, núm. 145 de 31 de julio de 2017).

[31] I Convenio Colectivo Interprovincial Andaluz de la empresa externa Team. (Cód.: 71100081012016, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 42 de 3 de marzo de 2016).

[32] Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Andalucía (FOREM-A). (Cód.: 7100592, Boletín Oficial de Andalucía núm. 231 de 26 de noviembre de 2009).

*accidente o enfermedad, sufran algún tipo de lesión que no les impida realizar su trabajo"*. En este sentido Forem-A, conforme a las posibilidades del puesto de trabajo facilitará los medios necesarios para la adaptación del puesto de trabajo, respetando en cada caso el salario y la categoría profesional del/la trabajador/a afectado/a, de igual modo encontramos esta protección en el art. 59 del *Convenio Colectivo de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales*[33].

Especial atención merece el estudio del *Convenio Colectivo de la empresa Coviran*[34], que además de incluir todas las medidas analizadas anteriormente, incluye una protección mayor en supuestos incluso no contemplados en las normas de Seguridad Social, ET o LPRL. Así por ejemplo en el art. 27, contempla que *"en los casos de embriaguez y/o drogodependencia habituales manifestadas en jornada laboral y en su puesto de trabajo. La sanción que pudiera corresponder al trabajador por esta infracción, no se llevará a efecto si el trabajador voluntariamente decide someterse a rehabilitación bajo dirección facultativa, habilitándose a tal efecto una excedencia con reserva de puesto de trabajo de un año, ampliable hasta dos años si la misma fuese necesaria para la curación conforme a la certificación de una institución competente en la materia"*.

Otra protección que se extiende incluso más allá de la enfermedad profesional o accidente laboral, es la que se otorga en el art. 34, estableciéndose que *"la empresa complementará, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, hasta el 100 % del salario base más complementos personales, desde el primer día"*.

Para finalizar este subepígrafe, haremos referencia a una serie de supuestos contemplados en la negociación colectiva que abordan la disminución de discapacidad del trabajador en términos amplios[35] -como puede ser la edad u otras circunstancias-, denominado "*personal con capacidades diferentes"*, previsto en el art. 53 del Convenio Colectivo de la Industria del Calzado[36], que dice: *"Las Empresas acoplarán al personal cuya capacidad haya disminuida por edad u otras circunstancias, antes de la jubilación, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones. Tendrá preferencia el incapacitado/incapacitada para su labor habitual a causa de accidente de trabajo o enfermedad indemnizable sufrida al servicio de la Empresa"*. También en el Convenio Colectivo

[33] II Convenio Colectivo de la Empresa Fundación Andaluza de Servicios Sociales. (Cód. 4104352, Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm. 136 de 13 de junio de 2008).

[34] Convenio Colectivo de la empresa Coviran, SCA. (Cód.: 90101662012013, BOE núm. 80 de 4 de abril de 2017).

[35] Goñi Sein, J.L. y Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., p. 244.

[36] Convenio Colectivo de la Industria del Calzado para los años 2016, 2017 y 2018 (Cód. 99000805011981, BOE núm. 185 de 2 de agosto de 2016).

del sector de la construcción[37], en el art. 78 se hace referencia al *"Personal de capacidad disminuida"*, definiendo el mismo como aquel que *"por edad u otra circunstancia, haya experimentado una disminución en su capacidad para realizar las funciones que le competen"* y sigue diciendo que: *"(...) podrá ser destinado por la empresa a trabajos adecuados a sus condiciones actuales, siempre que existan posibilidades para ello"*. Incluso este convenio extiende su protección a trabajadores que realicen *"trabajos susceptibles de originar un perjuicio para la salud sin merma de la capacidad laboral",* estableciendo en su art. 79 que: *"Cuando un trabajador, sin merma de su capacidad laboral, pudiera resultar, previsiblemente y con cierto fundamento, perjudicado en su salud, con motivo u ocasión del trabajo que habitualmente realiza, a criterio del médico de empresa o facultativo designado por ésta a tal efecto, podrá ser destinado por la empresa a un nuevo puesto de trabajo, si lo hubiese, en el que no exista tal riesgo o peligro y adecuado a su nivel de conocimientos y experiencia, asignándosele la clasificación profesional correspondiente a sus nuevas funciones, así como la remuneración que corresponda a éstas"*.

### 4.2. Medidas de adaptación

El derecho a la adaptación y/o recolocación del trabajador afectado por la discapacidad sobrevenida, que se sustenta -entre otros- en los principios que se desprenden de los arts. 15. d) -adaptación del trabajo a la persona- art. 25.1 -trabajadores especialmente sensibles- de la LPRL y del art. 40.2 R.D. Leg. 1/2013 -ajustes razonables-, no es ilimitado y por tanto, la negociación colectiva se manifiesta como un instrumento idóneo para fijar los límites adecuados[38].

De esta forma, se puede apreciar un derecho relativo en la redacción del art. 46.2, del Convenio Colectivo estatal de la empresa Fleet Care Services[39], al establecer que: *"Las empresas procurarán acoplar al personal con capacidad disminuida, que tenga su origen en alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico natural, como consecuencia de una dilatada vida al servicio de la empresa, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones"*. Al utilizar el término *"procurarán"*, reconocen un derecho relativo o condicionado[40].

---

[37] V Convenio Colectivo del sector de la construcción (Cód. 99005585011900, BOE núm. 64 de 15 de marzo de 2012).

[38] Como ya se ha expuesto con anterioridad en otro estudio, la mejora mediante la negociación colectiva, se justifica en base a la DF 3ª del R.D.Leg. 1/2013 y al art. 6.1.f) LPRL. Vid. RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: "La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas…op. cit., pág. 889.

[39] Convenio Colectivo estatal de la empresa Fleet Care Services, S.L. (Cód. 90101082012012, BOE núm. 252 de 19 de octubre de 2012).

[40] GOÑI SEIN, J.L. Y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., p. 246.

En otros supuestos, existe una auténtica "obligación", como se aprecia en el texto del art. 68 del *Convenio Colectivo Air Europa Líneas Aéreas*[41], que dice que: *"En caso de que a través de la vigilancia de la salud se detectara una situación de riesgo para un trabajador, cuya capacidad haya disminuido, por razón de la edad, estado de salud debido a enfermedad o accidente, la empresa estará obligada a la adecuación del puesto de trabajo del empleado afectado, de manera que se ajuste a sus condiciones físicas".*

También, podremos encontrar en el art. 27 del Convenio Colectivo de Transportes Ferroviarios Especiales[42], un "*derecho de reingreso preferente"*, al redactarse en los siguientes términos: *"La situación de un trabajador/a con una minusvalía o invalidez reconocida por el organismo competente de un mínimo de un 33%, que no esté en condiciones de desarrollar su trabajo normal y sea declarado no apto por el servicio de prevención, será estudiada en el seno del comité de seguridad y salud. El análisis se efectuará buscando que dicho trabajador/a sea asignado a un puesto adecuado a sus condiciones físicas y/o psíquicas, en cuyo caso su remuneración se adaptará a sus nuevas funciones. En caso de que no exista una vacante en la empresa para la reubicación y la empresa optase por la resolución del contrato, el trabajador/a afectado tendrá prioridad sobre cualquier contratación posterior que se adecúe a sus condiciones físicas y/o psíquicas. En caso de que sea declarado en situación de invalidez total, absoluta o gran invalidez no será de aplicación lo expuesto en el párrafo anterior".*

Menos frecuente, son los supuestos en los que no se establecen límites, como es el caso del Convenio Colectivo de empresa Siemens[43], que en su art. 32, establece que: *"Los trabajadores afectados por capacidad disminuida sobrevenida tendrán opción a realizar otra actividad distinta a la de su categoría profesional y adecuada a su aptitud".*

Cuando la adaptación no es posible, el *Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya*[44], en su art. 15.5, establece que: *"en el supuesto de que la adaptación no sea posible, y con el fin de garantizar el mantenimiento de la relación laboral, se tiene que encargar al trabajador/a el ejercicio de funciones de un puesto de trabajo que pueda desarrollar. Los*

[41] III Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico). (Cód.: 90015491012005, BOE núm. 252 de 21 de octubre de 2013).

[42] Convenio Colectivo de Transportes Ferroviarios Especiales, S.A. (Cód. 90005072011981, BOE núm. 38 de 14 de febrero de 2012).

[43] IX Convenio Colectivo de empresa Siemens, S.A. (Cód. 90010642011997, BOE núm. 38 de 15 de agosto de 2014).

[44] VI Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya. (Cód.: 7900692, Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 4640 de 24 de mayo de 2006).

*cambios de puesto de trabajo se deben efectuar a plazas de cualquier departamento de la Generalidad siempre y cuando el trabajador/a reúna los requisitos para abastecer el puesto de trabajo y las características para desarrollarlo"*.

Otra fórmula utilizada, estaría orientada hacia una hipotética *"posibilidad"*. En este sentido, se puede apreciar en el art. 20 del *Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Andalucía*[45]; *"Los/as trabajadores/as con minusvalía física, psíquica o sensorial, tendrán derecho, en función de la misma, a la adaptabilidad del puesto de trabajo, conforme a las posibilidades de este. Del mismo modo, tendrán este derecho los/as trabajadores/as que posteriormente a su contratación, por accidente o enfermedad, sufran algún tipo de lesión que no les impida realizar su trabajo"*.

Respecto a cómo llevar a cabo esa reubicación, el *Convenio Colectivo de la empresa Renault*[46], en el art. 21, contempla el cambio del puesto de trabajo y se reconocen como causas para el cambio de un trabajador de un puesto de trabajo a otro, la disminución de la aptitud para el desempeño de un puesto de trabajo. Sin embargo, lo verdaderamente novedoso de este convenio es el establecimiento de un detallado Reglamento que regula esta disminución de aptitud, mediante el cual un trabajador podrá ser declarado en situación de disminución de aptitud por causas fisiológicas o psíquicas. En cuanto al órgano definidor de la situación, se establece que será el Servicio Médico de Empresa, con el asesoramiento de los Representantes de los Trabajadores, del Comité de Seguridad y Salud y de la propia Empresa (Departamento de Condiciones de Trabajo y otros), será el único órgano encargado de definir esta situación, fijando el grado de inaptitud del trabajador, puestos que puede desempeñar y asesorar sobre el tratamiento que debe seguir para lograr su rehabilitación.

Una vez definida por el Servicio Médico la situación de disminución de aptitud, al trabajador afectado se le aplicará el siguiente régimen: a) Le será encomendado el desempeño de un puesto de trabajo compatible con sus facultades dentro de las posibilidades de la Empresa y siguiendo las recomendaciones formuladas por el Servicio Médico. A estos efectos, y en igualdad de condiciones, se dará preferencia a la antigüedad en la Empresa. b) Le será atribuida la categoría y nivel real correspondiente al puesto que vaya a desempeñar, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior. c) Su retribución será la correspondiente a la categoría y nivel del nuevo puesto de trabajo incrementado con un plus de garantía (PDA), que será la diferencia entre las percepciones correspondientes a la categoría y nivel consolidados anteriores a la disminución

[45] Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Andalucía (FOREM-A). (Cód.: 7100592, Boletín Oficial de Andalucía núm. 231 de 26 de noviembre de 2009).

[46] Convenio Colectivo de la empresa Renault España, S.A. (Cód. 90002092011981, BOE núm. 234 de 28 de septiembre de 2016).

y las percepciones de la situación profesional correspondiente al nuevo puesto de trabajo, que ocupe en cada momento. El importe de este plus de garantía, se calculará y fijará en el momento de ocupar el nuevo puesto, siendo absorbible el citado plus por los incrementos retributivos que puedan corresponder por cambio de categoría o de nivel, y con excepción de los debidos a variaciones en el valor de la Prima. Pero a efectos de este convenio, ¿qué se entiende por disminución de aptitud? El Reglamento define *"disminuidos de aptitud"* aquellos trabajadores que tengan una reducción o limitación funcional, física o psíquica grave, que les impida desarrollar de forma correcta y completa los cometidos de los puestos de trabajo usuales de la Empresa. Esta disminución de aptitud habrá de ser equivalente a la contemplada en las normas legales que el 1 de enero de 1978 regulaban el régimen de minusválidos. Si por cualquier circunstancia se modificara este criterio legal, prevalecería el que aquí se establece.

Por otra parte, merece especial atención, el requisito que se establece en este Reglamento, cuando dice que: *"A partir de la vigencia de este Convenio, antes de la declaración definitiva de disminución de aptitud por el Servicio Médico de Empresa, el trabajador en cuestión deberá solicitar la declaración de minusválido ante la unidad provincial de valoración de minusválidos, sometiéndose a las pruebas y demás requisitos que por dicho organismo le fueran exigidos. La negativa del trabajador a someterse a estos trámites dará lugar a la interrupción del expediente de declaración de disminuido de aptitud"*, si bien el diagnóstico y decisión de la unidad provincial de valoración de minusválidos tendrá carácter orientativo, pero no vinculante para el Servicio Médico de Empresa, que es el único órgano definidor de la situación de disminuido de aptitud a los efectos de la presente normativa[47].

[47] En nuestra opinión, llama la atención que se integre el término "minusválido" o "disminuidos de aptitud", en un Convenio Colectivo tan reciente -firmado en el año 2016-. En este sentido la profesora Sánchez-Rodas Navarro, ha expresado que:"Este cambio terminológico responde a una conjunción a nivel mundial de factores no sólo jurídicos sino sobre todo médicos y sociológicos en el que el papel de los organismos internacionales ha tenido una influencia relevante, especialmente la Organización Mundial de la Salud", vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "El modelo de valoración de la invalidez no contributiva tras las reformas legislativas en cascada", en ARISTIZÁBAL RODRÍGUEZ, E.F. (Coord.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, p. 661.

Por otra parte, la ratificación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2016) por España el 3 de diciembre de 2007 y su posterior entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, llevaba aparejada, la adaptación y reforma de la normativa española sobre los derechos de las personas con discapacidad, lo que implicaba también la sustitución del arcaico término "minusválido" por el de persona con discapacidad. Para profundizar sobre este tema, puede consultarse RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: "La adaptación del puesto

Una excepcional extensión de la protección que encontramos en el último *Convenio Colectivo de Seat*, que si bien establece una protección en su art. 127.1 a los trabajadores declarados incapacitados o discapacitados por los órganos competentes de la Seguridad Social o de la Comunidad Autónoma *"la empresa se compromete a facilitar un puesto de trabajo adecuado a los trabajadores declarados incapacitados parciales o totales para su profesión habitual o discapacitados por los órganos técnicos oficiales correspondientes"*, ampliando la protección en su apartado tercero incluso a otros trabajadores que no han obtenido esta declaración, *"No obstante, la citada Comisión, por unanimidad, podrá extender excepcionalmente esta consideración a otros trabajadores para los que se estime que no pueden ocupar un puesto normal de trabajo[48]"*.

## 5. CONCLUSIONES

El impacto que provoca la extinción del contrato de trabajo por discapacidad sobrevenida, supone una amplia y variada casuística que, en algunos supuestos la ley otorga una determinada protección, pero que en otros deja al trabajador desprotegido. Por este motivo, es necesario realizar un estudio que intente paliar los efectos perjudiciales que se derivan para el trabajador, aportando propuestas que superando la aplicación estricta de la ley encuentren soluciones en otras medidas alternativas. Desde el campo de actuación que nos ofrece la negociación colectiva, se puedan establecer estas medidas que permitan la adaptación y/o recolocación del trabajador afectado ayudando a superar el efecto extremo que se produciría como consecuencia de la ruptura de la relación laboral.

El carácter sobrevenido de la discapacidad, supone un tipo de "asimilación acelerada" que implica a su vez "un doble proceso, uno de desadaptación del estilo de vida que se llevaba con anterioridad -que debe cambiar por la nueva situación- y el otro, un proceso de afrontamiento-aprendizaje de una nueva forma de vida.

La situación actual en España de las personas con discapacidad sobrevenida que desvelan los estudios estadísticos aportados, nos presentan un panorama desolador si se analiza el momento desencadenante de la discapacidad sobrevenida en relación con su impacto en el empleo, los datos disponibles muestran bien a las claras la práctica total desconexión que supone la situación

de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad", op. cit., págs. 880-881.

[48] XIX Convenio Colectivo de Seat, SA. (Cód. 90004762011981, BOE núm. 232 de 28 de septiembre de 2016).

de discapacidad con el mercado de trabajo. De hecho, apenas un 0,2% de la población permanece en su puesto de trabajo o regresa de manera inmediata al mercado de trabajo, mientras que casi la mitad queda en situación inactiva, percibiendo una prestación. En referencia a los datos globales sobre inserción y readaptación laboral, hay una Tasa de actividad de la población con discapacidad sobrevenida del 31,1% (34,9% hombres y 28,1% mujeres). Respecto a la Tasa de paro de esta población es del 30,3% (23,5% hombres y 37,6% mujeres). Mientras que las Comunidades Autónomas con un número mayor de personas con discapacidad sobrevenida durante su vida laboral son, por este orden, Andalucía, Comunidad Valenciana, Cataluña, Madrid, Galicia y Castilla y León.

Ante la tensión que se produce entre la protección del trabajador cuya salud se ha visto mermada y la posibilidad de que se extinga la relación laboral vías *ex* arts. 49, 1, e) o 52, a) ET, hay un amplio abanico de posibilidades que debemos analizar.

En base al principio de adaptación del trabajo a la persona, se podrían buscar mediante la negociación colectiva otras alternativas con efectos menos perjudiciales para el trabajador como la adaptación de los equipos y del puesto de trabajo, adaptación del horario y/o jornada, readaptación de las funciones que venía desarrollando el trabajador, introducción, potenciación o adaptación del uso de las nuevas tecnologías -según proceda-, excedencia, suspensión del contrato de trabajo, etc.

Por otra parte, y atendiendo a los contenidos específicos de la negociación colectiva, se distinguen dos ámbitos de máximo interés en los que dicha negociación colectiva puede resultar extremadamente útil. Por una parte, el ámbito subjetivo que se orienta hacia el colectivo de trabajadores que se pueden beneficiar de las medidas de adaptación y/o recolocación e incluso ampliarse a aquellos trabajadores que no queden protegidos bajo el amparo de la LPRL -trabajadores especialmente sensibles-, ni del R.D. Leg. 1/2013, -persona con discapacidad-. Del estudio de los convenios colectivos aportados, hemos podido comprobar cómo se han podido determinar medidas adaptativas para trabajadores que no quedaban encuadrados en los supuestos mencionados.

Un segundo ámbito en el que la negociación colectiva se ha mostrado también muy útil, ha sido el relativo a la determinación de las medidas de adaptación y/o reubicación del trabajador con discapacidad sobrevenida. De los convenios analizados, hemos podido comprobar el amplio campo de actuación, a la hora de precisar y concretar estas medidas susceptibles de ser adoptadas por el empleador, mediante la configuración del derecho a la adaptación y/o reubicación y el establecimiento de los posibles procedimientos para llevar a cabo dicha adaptación y/o reubicación.

## 6. REFERENCIAS BILBIOGRÁFICAS

AA.VV.: *La reorientación vital y profesional de las personas a las que ha sobrevenido una discapacidad en la edad adulta*, Madrid, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015.

AA.VV.: *Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*, Madrid, Ed. Cinca, 2013.

APILLUELO MARTÍN, M.: *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

GOERLICH PESET, J.M.: "La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo", Tribuna social, núm. 61, 1996.

GÓMEZ SALADO, M.A.: "DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE 'ENFERMEDAD GRAVE' Y DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO: PROFUNDIZACIÓN Y NUEVAS PERSPECTIVAS EN TORNO A SU CONFIGURACIÓN JURÍDICA", Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 397, 2016, pp. 17-36.

GOÑI SEIN, J.L. Y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

MÁRQUEZ PRIETO, A.: "La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común", Revista CEF, núm. 382, 2015, pp. 13-42.

MÁRQUEZ PRIETO, A. Y RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: "Incapacidad total para un gruista con visión monocular: al hilo de la STS de 23 de diciembre de 2014", Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, núm. 1, 2016, 135-141.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., PÉREZ CAMPOS, A.I. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio comparado de los años 2000 y 2010*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "La salud como derecho humano fundamental", Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, núm. 9, 2014, pp. 53– 88.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "La prevención "versus" reparación", Revista de Derecho de la Seguridad Social, Ediciones Laborum, núm. 3, 2015, pp. 11-32.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "La tutela de las incapacidades laborares frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en ARISTIZÁBAL RODRÍGUEZ, E.F. (Coord.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I*

*Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 847-885.

RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: "La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad", en MONEREO PÉREZ, J.L. Y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Coords.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, 2016, pp. 879-889.

RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: "Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción del contrato de trabajo por incapacidad laboral sobrevenida", en ARISTIZÁBAL RODRÍGUEZ, E.F. (Coord.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 1001-1007.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "El modelo de valoración de la invalidez no contributiva tras las reformas legislativas en cascada", en ARISTIZÁBAL RODRÍGUEZ, E.F. (Coord.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 657-676.

SURIÁ MARTÍNEZ, R.: "Discapacidad y empoderamiento: análisis de esta potencialidad en función de la tipología y etapa en la que se adquiere la discapacidad", Anuario de Psicología, núm. 43 (3), 2013, pp. 297– 311.

## 7. REPERTORIO DE CONVENIOS COLECTIVOS

-III Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico). (Cód.: 90015491012005, BOE núm. 252 de 21 de octubre de 2013).

-Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón. (Cód.: 99003955011981, BOE núm. 121 de 19 de mayo de 2016).

-Convenio Colectivo de la empresa Cepl Iberia, S.L. (Cód. 90102232012015, BOE núm. 230 de 25 de septiembre de 2015).

-Convenio Colectivo de la empresa Salestarget, S.L. (Cód.: 90102162012015, BOE núm. 124 de 25 de mayo de 2015).

-VI Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya. (Cód.: 7900692, Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 4640 de 24 de mayo de 2006).

-Convenio Colectivo de la empresa Sociedad Aragonesa de Gestión Agroambiental (SARGA). (Cód.: 72100142012017, Boletín Oficial de Aragón, núm. 145 de 31 de julio de 2017).

-I Convenio Colectivo Interprovincial Andaluz de la empresa externa Team. (Cód.: 71100081012016, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 42 de 3 de marzo de 2016).

-Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Andalucía (FOREM-A). (Cód.: 7100592, Boletín Oficial de Andalucía núm. 231 de 26 de noviembre de 2009).

-II Convenio Colectivo de la Empresa Fundación Andaluza de Servicios Sociales. (Cód. 4104352, Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm. 136 de 13 de junio de 2008).

-Convenio Colectivo de la empresa Coviran, SCA. (Cód.: 90101662012013, BOE núm. 80 de 4 de abril de 2017).

-Convenio Colectivo de la empresa Renault España, S.A. (Cód. 90002092011981, BOE núm. 234 de 28 de septiembre de 2016).

-XIX Convenio Colectivo de Seat, SA. (Cód. 90004762011981, BOE núm. 232 de 28 de septiembre de 2016).

-VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía. (Cód. 7100205, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 36 de 23 de febrero de 2004).

-VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Cód. 99008725011994, BOE núm. 197 de 17 de agosto de 2013).

-Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017 (Cód. 99100155012015, BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015).

-V Convenio Colectivo del sector de la construcción (Cód. 99005585011900, BOE núm. 64 de 15 de marzo de 2012).

-Convenio Colectivo de la Industria del Calzado para los años 2016, 2017 y 2018 (Cód. 99000805011981, BOE núm. 185 de 2 de agosto de 2016).

-Convenio Colectivo estatal de la empresa Fleet Care Services, S.L. (Cód. 90101082012012, BOE núm. 252 de 19 de octubre de 2012).

-Convenio Colectivo de Transportes Ferroviarios Especiales, S.A. (Cód. 90005072011981, BOE núm. 38 de 14 de febrero de 2012).

-IX Convenio Colectivo de empresa Siemens, S.A. (Cód. 90010642011997, BOE núm. 38 de 15 de agosto de 2014).

# TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Granada

> "Que el poder público haya sido remiso en reconocer una realidad social evidente, y con ello haya agudizado la crisis jurídica social interna, nos parece indiscutible; pero ese error... se supera... propugnando una evolución del Estado y el Derecho hacia síntesis más humanas y más comprensivas de la realidad social"
>
> Gallart Folch, A[1]

[1] GALLART FOLCH, A: *Las Convenciones Colectivas de Condiciones de Trabajo,* Estudio preliminar "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del derecho" a cargo de Monereo Pérez, J.L, Granada, Comares, 2000, pág. 127.

## 1. PROBLEMÁTICA GENERAL: LA PROYECCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA

La negociación colectiva constituye el instrumento por excelencia de regulación de las condiciones de trabajo y, en particular, para la garantía de los derechos fundamentales en el seno de la empresa[2]. Precisamente por ello, a través del convenio colectivo se debería tratar de eliminar toda discriminación por razón de género en el empleo y en las condiciones de trabajo[3], pues con vistas a hacer efectivo el principio de igualdad entre mujeres y hombres la ley encomienda a los negociadores que cumplan con una serie de funciones.

En este sentido, el convenio colectivo cumple, en primer lugar, una función reguladora de los espacios que, cada vez con más frecuencia, la ley deja a la negociación colectiva[4]. Por lo que gracias a esta función se podrá implementar, a través de una adecuada regulación convencional, el principio de igualdad en las relaciones laborales tratando así de lograr una triple eficacia, a saber: evitar la aparición de cláusulas discriminatorias en los contratos de trabajo y conductas discriminatorias[5]; determinar los derechos y obligaciones de las partes, en especial, en el caso de existir conflicto; y facilitar la actuación sancionadora de la empresa y de los Poderes Públicos ante conductas discriminatorias. En segundo lugar, el convenio colectivo desempeña una función individualizadora de las relaciones laborales, al adaptar las leyes a la realidad profesional. De forma que se acerca el principio de igualdad a las partes a través de los mandatos que se recogen en el convenio colectivo y ello aun cuando se limite a reiterar lo previsto por las leyes. Finalmente, en tercer lugar, se le encomienda al convenio colectivo una función compensadora de los poderes que son ejercitados por el empresario en las relaciones individuales de trabajo. De modo que el convenio colectivo podrá actuar en este terreno, bien limitando el uso de esos poderes empresariales cuyo

---

[2] VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F y MOVILLA GARCÍA, M (Coords): *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Granada, Comares, 1998.

[3] PÉREZ DEL RÍO, T: "Discriminación por razón de género y negociación colectiva", en VV.AA., SÁNCHEZ PÉREZ, J (Coord), *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2005, pág. 273.

[4] La negociación colectiva cumple la importante función de subsanar las lagunas jurídicas subsistentes en las normas laborales y que suponen una discriminación laboral por razón de género. Ver SERRANO ARGÜESO, M: "El papel de la negociación colectiva para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres en la asunción de cargas familiares", en VV.AA., *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 970.

[5] VALDÉS DAL-RÉ, F: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la Ley y la negociación colectiva*, Madrid, Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, págs. 68-69.

abuso suele ser causa de discriminación o bien implicando esos poderes en la consecución de la igualdad[6].

Pese a la importancia que desempeña la negociación colectiva para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la realidad demuestra como todavía ésta se encuentra aún lejos de alcanzar ese objetivo. La existencia de discriminaciones por razón de género en el ámbito laboral-andaluz trae su causa en la confabulación de numerosas circunstancias, entra las que se encuentran: 1) la escasa participación femenina en las mesas de negociación[7], aunque sí es cierto que cada vez más se está corrigiendo en ese dato; 2) la deficiente preparación de los negociadores colectivos andaluces; 3) la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, clasificación profesional[8], acceso al empleo, acoso sexual...etcétera y 4) la repetición de las normas precedentes, por lo que no se innova en materia de igualdad de género, pues en la mayoría de los convenios colectivos andaluces se reproducen los mismos esquemas que ya aparecen enunciados en el tenor literal de la ley.

La onmipresencia de los prejuicios de género queda así reforzada tras todo ese elenco de carencias que actualmente manifiesta la negociación colectiva, lo que unido a la dispersión característica propia de aquellos en los que reside ese poder de creación de normas determina que, en la práctica, resulte cada vez más difícil superar la barrera que separa ambos sexos en pro de una igualdad laboral. De ahí, que no resulte tan extraño encontrar diferencias entre los convenios colectivos de empresas que se encuentran dentro de una misma provincia andaluza.

Los distintos Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva que, desde el año 2002 hasta el año 2017 se han aprobado, han manifestado reiteradamente a lo largo de su articulado la importancia que cumple la práctica negocial para el establecimiento de normas convencionales dedicadas a la

[6] LOUSADA AROCHE, J.F: "El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres", en VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F (Coord), *El principio de igualdad en la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*...op.cit., pág. 28.

[7] PÉREZ DEL RÍO, T: "Discriminación por razón de género y negociación colectiva"... op.cit., pág. 279. Como consecuencia de ello las organizaciones sindicales han adoptado el rol de no impulsar los temas paridad, convirtiéndose así en portadores de intereses "machistas". Ver AGRA VIFORCOS, B: "Igualdad y discriminación por razón de género en el seno de las organizaciones sindicales", en VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F (Coord), *El principio de igualdad en la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pág.745.

[8] LOUSADA AROCHE, J.F: "El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres"...op.cit., pág. 29.

igualdad de los sexos[9]. No obstante, la realidad demuestra cómo la negociación colectiva andaluza se encuentra todavía lejos de alcanzar los ambiciosos cometidos que le han sido encomendados para la consecución de la igualdad ateniendo a la idoneidad, sus funciones reguladoras, individualizadoras y compensadoras. Es por ello que a fin de lograr el fomento de la igualdad y la sanción de la discriminación se haya producido la intervención legal en el plano comunitario[10] e interno[11].

### 1.1. Anomalías y deficiencias para la consecución de una igualdad efectiva entre mujeres y hombres: el deber de negociar y adoptar medidas de igualdad (art. 85.1 del ET)

La aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres supuso para la doctrina un gran avance dentro de ese propósito de consecución de unas políticas de igualdad y no discriminación por razón de género, sin embargo, la realidad ha demostrado como los efectos de la misma no han sido tan notables como se esperaban. Y todo ello pese a que la Ley 3/2007 potenció tanto el papel del Estado, como el de la autonomía colectiva.

---

[9] Véase el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, aprobado por resolución de 15 de junio de 2015 de la Dirección General de Empleo (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2015). En el Capítulo II del Acuerdo, dedicado al Empleo. Formación. Flexibilidad y seguridad. Derechos de información y consulta", se reitera en el compromiso de cumplimiento del principio de igualdad por razón de género y de fomento de medidas de acción positiva (al igual que lo hacía el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014). Ahora bien, se echa en falta el establecimiento de medidas concretas e incisivas en esta materia. Más allá del mero compromiso general y programático, los firmantes de este acuerdo podrían haber marcado las líneas maestras a través de las cuales los negociadores colectivos habrán de fomentar la consecución efectiva del principio de igualdad de género.

[10] Siguiendo las líneas que marca la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (que deroga la Directiva de 1975), la LO 3/2007 no sólo fomenta la igualdad en la negociación colectiva, sino que también sanciona la discriminación. Para ello introduce una serie de normas, que difieren de aquellas que regulan con carácter general el derecho a la negociación colectiva. La deficiente aplicación de la normativa española y la dificultad de adoptar los postulados que se enuncian en la directiva comunitaria, determina el hecho de que se refuerce lo previsto por el Artículo 90 del ET. Tras la aprobación de la Ley Orgánica de igualdad, se añade al contenido del Art. 90 un nuevo apartado 6 por el que se encomienda a la Autoridad Laboral el control de oficio del contenido del convenio colectivo, pudiendo éste dirigirse a la jurisdicción competente cuando entienda que en el mismo pudieran existir cláusulas discriminatorias. Por tanto, en todo momento, *la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.*

[11] MARTÍNEZ FONS, D: "Las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación en la negociación colectiva", en VV.AA., MOLINA HERMOSILLA, O (Editora), *Gestión práctica de Planes de Planes de Igualdad*, Albacete, Bomarzo, 2010, págs. 145 y siguientes.

Así pues, de un lado, esta ley encomienda a la negociación colectiva que cumpla con el mandato de evitar la discriminación y, de otro lado, que adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad en las relaciones laborales. Para lo cual, la Ley Orgánica de Igualdad añade al contenido del artículo 85.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores un nuevo apartado segundo[12]: *Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

Este deber de negociación de medidas de igualdad que establece el art. 85.1 del ET en su II parte difiere del deber genérico de negociar que establece el art. 89.1 del ET[13]. Por lo que nos encontramos ante un deber que, se refiere en realidad, al contenido normativo y obligacional de los convenios colectivos, pero que no constituye contenido mínimo[14]. Porque de haber sido así, se habría incluido en el apartado 3º del art. 85 del ET, ubicación que hubiese sido más coherente con la existencia de un auténtico deber de respetar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. En sentido, cabe afirmar que no constituye éste un límite al deber de negociar[15], a diferencia de lo que establece el art. 45.1 de la LOI 3/2007 en donde sí se alude al *deber de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier discriminación laboral entre mujeres y hombres*.

---

[12] Párrafo 2.º del número 1 del artículo 85 introducido por el apartado diecisiete de la disposición adicional décimo primera de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

[13] La representación de los trabajadores, o de los empresarios, que promueva la negociación, lo comunicará a la otra parte, expresando detalladamente en la comunicación, que deberá hacerse por escrito, la legitimación que ostenta de conformidad con los artículos anteriores, los ámbitos del convenio y las materias objeto de negociación. En el supuesto de que la promoción sea el resultado de la denuncia de un convenio colectivo vigente, la comunicación deberá efectuarse simultáneamente con el acto de la denuncia. De esta comunicación se enviará copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del convenio. La parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84; en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente. Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe.

[14] LOUSADA AROCHE, J.F: "El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres"...op.cit., pág. 35.

[15] OLARTE ENCABO, S: "Los planes y medidas de igualdad en la negociación colectiva tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres", en VV.AA., MOLINA HERMOSILLA, O (Editora), *Gestión práctica de Planes de Planes de Igualdad*, Albacete, Bomarzo, 2010, pág. 199.

La relación entre ambos preceptos es clara, así pues, mientras que el deber de "adoptar medidas de igualdad" (que establece el art. 45.1 LOI 3/2007) se mueve dentro del ámbito empresarial en donde deberá garantizarse el principio de igualdad, el "deber de negociar medidas de igualdad" (art. 85.1 párrafo II del ET) se ciñe al ámbito de la representación de los trabajadores. Por lo que, en este último caso, éste se convierte en un deber meramente instrumental, que se mueve independientemente del tamaño de la empresa y ámbito funcional, de ahí que las partes estén obligadas sólo a negociar, aunque no alcancen un acuerdo. Por lo que si la negociación fracasa, en todo o en parte, dado que el deber de adoptar medidas de igualdad es más amplio que el de negociar, será entonces el empresario el que esté obligado a adoptar medidas de igualdad cuando no se hayan adoptado a través de la negociación colectiva[16].

No obstante, este deber de negociar podrá concretarse en la discusión de un conjunto de medidas adoptadas después de realizar un diagnostico de la situación, tendente a alcanzar la igualdad y eliminar la discriminación, a través de los llamados "planes de igualdad". Como es sabido, la obligación de negociar estos planes presenta un carácter vinculante para la negociación estatutaria en las empresas de más de 250 trabajadores, lo que implica que cuando no se cumpla con ese requisito numérico las empresas no estarán obligadas a implantar planes de igualdad[17]. Ciertamente, ese es el caso de las pequeñas y medianas empresa (PYMEs) y microempresas, es por ello que el artículo 49 de la Ley orgánica de igualdad se haya establecido que *para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad el Gobierno establezca medidas de fomento, dirigidas especialmente a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario*, pues la complejidad y carácter técnico hace costoso para estas empresas la adopción de un plan de igualdad.

### 1.2. La negociación colectiva como instrumento para la garantía de los derechos laborales: contenido, medidas y cláusulas antidiscriminatorias

Junto con el referido deber de negociar que recae sobre las partes negociadoras, el convenio colectivo se convierte en un instrumento decisivo para la regulación de ciertos derechos laborales vinculados a la consecución del principio constitucional de igualdad y no discriminación. En este sentido, su inter-

[16] "... si la ausencia de medidas de igualdad en el producto negocial sería sospechoso de encubrir discriminaciones, esa sospecha se incrementará cuando se sume el incumplimiento del deber empresarial de adoptar medidas de igualdad", ver LOUSADA AROCHE, J.F: "El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres"...op.cit., págs. 37 y siguientes.

[17] OLARTE ENCABO, S: "Los planes y medidas de igualdad en la negociación colectiva tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres"... op.cit., págs. 205 y siguientes.

vención será imprescindible para la adopción, total o parcialmente, de medidas para la consecución del permiso de lactancia[18], excedencias[19], suspensión del contrato y protección frente a la maternidad y la paternidad[20] y adaptación del tiempo de trabajo para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar[21].

Los derechos laborales, que hasta ahora se han visto, son establecidos por la LOI 3/2007 con carácter obligatorio para su regulación por la negociación colectiva, sin embargo, no cabe hablar que exista una imposición legal de negociar en lo que respecta a otras medidas tendentes a la erradicación de la discriminación por razón de género en el ámbito laboral[22]. En particular, se encuentran en esta situación las medidas que articula las disposiciones 43 y 48.1 de la LOI de 2007.

El artículo 43 de la Ley de Igualdad indica que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres. Se trata de una mandato que se especifica en el artículo 17.4 del ET y por el que se prevé la adopción de una serie de medidas encaminadas a favorecer el acceso de las mujeres al empleo y promoción profesional. Constituye esta pre-

[18] En este sentido el artículo 37.4 del ET establece que: En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples. Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

[19] Indica el artículo 46.3 párrafo segundo que: *...tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida*.

[20] Artículo 48 y 48 bis del ET. A este respecto, indica el artículo 48.4: *Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como en los previstos en el siguiente apartado y en el artículo 48 bis*.

[21] El artículo 34.8 del ET indica que: *El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva*...etc.

[22] MARTÍNEZ FONS, D: "Las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación en la negociación colectiva"...op.cit., págs. 149 y 150.

visión un claro ejemplo de legislación promocional[23], la cual atribuye a la negociación colectiva la posibilidad y autorización para actuar en esta materia. La debilidad normativa de esta disposición es clara, pues al no imponer el deber de negociar en esta materia traslada a las partes convencionales la opción actuar o no en este terreno. Ahora bien, siempre y cuando los negociadores decidan adoptar medidas en este sentido deberán respetarse los límites que son establecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[24].

Por su parte, el artículo 48.1 de la Ley de Igualdad no regula, como es debido, el deber de adoptar medidas preventivas para evitar el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo. Cabe interpretar que debido a la ubicación de esta disposición dentro del Título IV dedicado al "Derecho del trabajo en igualdad de oportunidades" y, más concretamente, en el Capítulo III sobre "planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad", las medidas que aquí se recogen no incluyen la obligación de negociar en los convenios colectivos la eliminación del acoso sexual y por razón de sexo[25]. Se trata este de un compromiso que se reconoce con carácter general, en el art. 48.1 de la LOI 3/2007, para todas las empresas y con independencia de la eventual obligación de negociar planes de igualdad en las empresas[26]. Esta obligación se dirige, en cambio a los representantes de los trabajadores, en virtud de la previsión que recoge el apartado 2 del Art. 48 de la Ley de Igualdad y por la cual se establece: *Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo.*

[23] MARTÍNEZ FONS, D: "Las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación en la negociación colectiva"...op.cit., págs. 149 y 150.

[24] El TJCE declara que la opción de adoptar medidas de acción positiva serán admisibles, únicamente, cuando concurran ciertas condiciones: 1) cuando las medidas tengan por objeto restablecer la igualdad de oportunidades en un ámbito en donde exista infrarepresentación del colectivo beneficiario; 2) que las medidas de acción positiva no supongan una preferencia absoluta e incondicional de las personas que pertenezcan al colectivo infrarepresentado que obvien las condiciones objetivas a la hora de su valoración y, finalmente, 3) que las medidas adoptadas no sean arbitrarias. Ver las sentencias del TSJCE de 11 de noviembre de 1997 en el Asunto Marshall (C-409/95) y 19 de marzo de 2002 en el Asunto Lommers (C-476/99).

[25] LOUSADA AROCHE, J.F: "Acoso sexual y acoso sexista", en VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F (Coord), *El principio de igualdad en la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 364-369.

[26] MARTÍNEZ FONS, D: "Las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación en la negociación colectiva"...op.cit., págs. 149 y 150.

No obstante a lo anterior, las posibilidad de adoptar medidas específicas encaminadas a prevenir el acoso sexual y por razón de sexo se podrán incluir en los planes de igualdad o a través del establecimiento de medidas autónomas, como bien señala la rúbrica del Capítulo III de la Ley Orgánica de igualdad[27].

Junto a todo esto, la negociación colectiva podrá intervenir en otras materias sobre las que no existe una remisión expresa a la negociación. Como por ejemplo, en relación a los derechos de información en materia de igualdad. Y es que los representantes legales de los trabajadores tienen reconocido el derecho a recibir información, al menos una vez al año, sobre la aplicación en la empresa del derecho a la igualdad y no discriminación, entre las que se incluirá "datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptados para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres, y de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo" (Art. 64.3 ET)[28].

## 2. TIPOS DE CLÁUSULAS PARA LA CONSECUCIÓN DE LA IGUALDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS ANDALUCES

A día de hoy, son numerosos los convenios colectivos andaluces que contienen cláusulas antidiscriminatorias con la finalidad de promocionar este derecho constitucional en los distintos sectores y empresas de la Comunidad Autónoma de Andalucía. De la totalidad de convenios analizados se comprueba como son, precisamente, los convenios sectoriales de la Comunidad Andaluza los que más reflejan estas cláusulas. A nivel inferior disminuye el número de convenios que prevén estas reglas, quizás debido al carácter técnico de la materia a negociar y a la falta de una cultura preventiva. De hecho, hay convenios en los que ni siquiera se hace mención a esta materia y ello es debido, quizás, al escaso número de mujeres que se encuentran en dicho ámbito (infrarepresentación), a saber: el convenio colectivo de la empresa "Abantia industrial S.A", convenio colectivo de la empresa "Francisco José Sánchez S.A.U, convenio colectivo del sector de la "Valoración energética en la industria andaluza del cemento", convenio colectivo de la "Acuicultura marina de Andalucía", convenio colectivo sectorial de "Aparcamiento y garaje"...etcétera. Sin embargo, cabe llamar la atención al dato que, en general, la regulación de estas cláu-

[27] LOUSADA AROCHE, J.F: "Acoso sexual y acoso sexista"... op.cit., págs. 368.

[28] Artículo 64.3 del ET: *También tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo*.

sulas antidiscriminatorias suele ser una mera copia de las declaraciones que se contienen en la normas jurídicas vigentes, tanto a nivel comunitario como nacional.

La ubicación y morfología de las cláusulas antidiscriminatorias es muy diferentes en los convenios colectivos andaluces. Unas veces, los convenios colectivos sitúan la regulación de estas cláusulas en el propio preámbulo, otras veces a lo largo del articulado y en otras ocasiones en las disposiciones transitorias, adicionales o finales. El contenido de estas disposiciones suele variar transcendentalmente, de forma que cabe hablar de las siguientes categorías.

En primer lugar, se encuentra un grupo mayoritario de convenios colectivos que se refieren al principio de igualdad con carácter general, a buen ejemplo cabe citar el Convenio colectivo sectorial andaluz de Grúas móviles autopropulsadas, el cual establece que: *Se prohíbe toda discriminación por razón de sexo, origen, nacionalidad, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas, políticas, afiliación o no a sindicatos y sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa. Las relaciones de la empresa y sus trabajadores han de estar siempre presididas por la recíproca lealtad y buena fe. Tampoco podrán ser discriminados los empleados por razones de discapacidad psíquica o sensorial, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. Este compromiso conlleva igualmente a respetar la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral así como las necesarias para evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres*[29].Resulta interesante el XXIII Convenio colectivo de banca[30], en donde se establece hasta tres declaraciones generales para garantizar el principio de igualdad: 1) *Las relaciones laborales en las empresas deben estar presididas por la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, adhesión sindical o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*; 2) *Los derechos establecidos en el presente Convenio afectan por igual al hombre y la mujer de acuerdo con las disposiciones vigentes en cada momento. Ninguna cláusula de este Convenio podrá ser interpretada en sentido discriminatorio en los grupos profesionales, condiciones de trabajo o remuneración entre trabajadores de uno y otro sexo* y 3) *Las empresas realizarán esfuerzos tendentes a lograr la igualdad de oportunidades en todas sus políticas, en particular la igualdad de género*

[29] Véase el Artículo 17 (intitulado) "No discriminación y buena fe", publicado en la Resolución de 8 de julio de 2008, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo de las empresas Grúas Móviles Autorpropulsadas (código 7101435). BOJA núm. 147 de 24 de julio de 2008.

[30] Artículo 54 de la "Resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la banca".

*adoptando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre hombres y mujeres*.

Aparece un segundo grupo de convenios colectivos en donde se alude específicamente a la igualdad por razón de sexo, tal es el caso del Convenio Colectivo de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, cuando al hablar de las formas de organización del trabajo establece en su apartado 3 que: *El principio de igualdad de oportunidades y la perspectiva de género informarán e inspirarán de forma transversal todas las prácticas y decisiones laborales de la Agencia*[31].

En tercer lugar, otros convenios colectivos se limitan a realizar "meras declaraciones programáticas", pero sin establecer ningún compromiso para favorecer la igualdad de trato y evitar discriminación, a saber, el Convenio Colectivo "Andaluza Gestión de servicios especializados S.L", a saber: *El presente Convenio tiene eficacia plena para los sujetos mencionados en el art. 3, sea cual fuere la categoría profesional del personal o el tipo de jornada que cumplan, sin otras salvedades o exclusiones que las recogidas en .... la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH, Ley de Igualdad)* [32]. A este respecto, hay convenios que en relación al cumplimiento de la legalidad vigente se limitan únicamente a enunciar los textos a tener en cuenta (algunos de ellos, incluso, no vigentes en el momento actual), por ejemplo en el Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador laboral de las Universidades Públicas andaluzas: *La organización del trabajo es facultad y responsabilidad de las universidades, que la ejercerán dentro del principio constitucional de autonomía universitaria, de acuerdo con la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la anterior (LOMLOU), la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades (LAU), el Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET), y la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).... Especialmente, las partes firmantes se comprometen a dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en*

[31] Artículo 8.3 de la Resolución de 22 de febrero de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (BOJA núm. 42 de 3 de marzo de 2016).

[32] Artículo 4 de la Resolución de 20 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo entre AGISE S.L y sus trabajadores (BOJA núm. 216 de 4 de noviembre de 2011).

*la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres..*[33].

Otros convenios colectivo, en cuarto lugar, establecen cláusulas antidiscriminatorias que se acompañan de aclaraciones conceptuales sobre discriminaciones directas e indirectas. Destaca muy especialmente el XXIII del Convenio Colectivo de la Banca (ya citado): *Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra situación comparable. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo, la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, pone a la persona de un sexo en desventaja particular con respecto a personas de otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios o adecuados. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar directa o indirectamente por razón de sexo.*

En quinto lugar hay otros convenios que, por el contrario, sí especifican el alcance del compromiso asumido para promover la igualdad. Cabe tener en cuenta, en este punto, el artículo 27 del Convenio colectivo de la empresa Digital Milenium 2008, S.L, en concreto: *No cabe ningún tipo de discriminación en las relaciones laborales, por razón de edad, sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos o parentesco, pudiendo efectuar cualquier trabajador los trabajos que realicen sus compañeros de la misma categoría, con las mismas retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo, siempre en igualdad de condiciones salariales y laborales*[34].

Finalmente, se presenta un grupo de convenios colectivos en los cuales los negociadores se comprometen a poner en marcha una serie de acciones positivas en el empleo que enuncian en términos generales. En este sentido, el convenio colectivo de "Radio y Televisión local en Andalucía", indica en su artículo 14 que: *Se prohíbe toda discriminación por razón de sexo... Tampoco podrán ser discriminados los empleados por razones de discapacidades psíquica o sensorial, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para*

[33] Artículo 12 de la Resolución de 21 de abril de 2008, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas Andaluzas (Cód. 7101415). BOJA núm. 92 de 9 de mayo de 2008.

[34] Ver la Resolución de 11 de noviembre de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Digital Milenium 2008, S.L (BOJA núm. 227 de 19 de noviembre de 2013).

*desempeñar el trabajo o empleo de que se trate, ni por la negativa de trabajar fuera de jornada. Este compromiso conlleva, igualmente, el de respetar la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral, así como poner en marcha medidas de acción positiva u otras necesarias para evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, así como fomentar la diversificación profesional de hombres y mujeres en este sector*[35].

Entre los compromisos que más fácilmente se trasladan a la negociación colectiva se encuentra el de utilizar un lenguaje neutro (acuerdo que viene ya contemplado en los Acuerdos Interconfederales que se han venido publicando desde el año 2005). Para ello, algunos convenios colectivos especifican que todas las referencias realizadas al "trabajador" o "empleados" se entenderán indistintamente a las "personas hombre y mujer". Sin embargo, la mayoría citan los sustantivos en masculino seguidos por una barra y, a continuación, la letra "a" del femenino (trabajador/a), con múltiples reiteraciones del "o/a" tanto en singular como en plural (oes/oas)[36], lo que da lugar a texto farragosos por el uso de las repetitivas terminaciones en masculino/femenino y sucediendo que, a menudo, se incurre en numerosas faltas de ortografías por tal de incorporar un formalizado lenguaje no sexista. Otros convenios colectivos establecen, en cambio, medidas más específicas en el ámbito del lenguaje no sexista, por ejemplo, en el Convenio Colectivo de empresa de BSH Electrodomésticos España, S.A., Servicio BSH al Cliente. Zona 6, Andalucía, se establece aquí las siguientes medidas: *1) Eliminar el lenguaje sexista de las ofertas de trabajo, 2) Evitar posible lenguaje y vocabulario sexista en las comunicaciones oficiales internas y externas, 3) Analizar posibles acciones de comunicación interna sobre: a) El concepto de igualdad, b) Sensibilización a favor de la ayuda en las tareas del hogar y c) Sensibilización en contra del maltrato de género*[37].

[35] Resolución de de 3 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del I Convenio Colectivo Regional para las Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía (BOJA núm.205 de 19 de octubre de 2011).

[36] En este sentido, véase el artículo 11 de la resolución de de 27 de abril de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se ordena la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de empresa de Cableven, S.L.(BOJA núm.87 de 10 de mayo de 2016). De igual modo, el artículo 27 de la Resolución de 22 de febrero de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (BOJA núm. 42 de 3 de marzo de 2016).

[37] Ver páginas 46 y siguientes de la Resolución de 1 de agosto de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de empresa de BSH Electrodomésticos España, S.A., Servicio BSH al Cliente. Zona 6, Andalucía (BOJA núm. 157 de 17 de agosto de 2016).

### 2.1. Referencias paradigmáticas convencionales por materias para la consecución de la igualdad de género. Acciones positivas en los convenios colectivos andaluces a la luz de los Acuerdos Interprofesionales

El alcance de las cláusulas correctoras o preventivas de la desigualdad entre hombres y mujeres a la hora de regular las condiciones de trabajo abarca, en la práctica negocial andaluza, las siguientes materias:

En primer lugar, se encuentran los aspectos relativos a la "conciliación de la vida laboral y familiar". Sin duda, se trata éste de uno de los aspectos más importantes a tratar para que las personas puedan organizar el tiempo de trabajo y hacerlo más compatibles con su vida extra-laboral[38]. En los últimos años, la negociación colectiva andaluza ha venido incidiendo en esta materia a fin de adaptar los contenidos objeto de acuerdo a las modificaciones operadas por la Ley de Igualdad. Algunos de los derechos que han sido objeto de revisión por los agentes colectivos han sido:

§ La lactancia[39]: en donde algunos convenios colectivos se han limitado a reiterar parcialmente lo previsto por la ley[40], eludiendo la posibili-

[38] Sobre este punto la doctrina científica opina que éste es uno de los derechos más difíciles de articular en la práctica. Por ello resultará especialmente importante que la negociación colectiva introduzca reglas de conciliación en sectores en donde exista una fuerte presencia masculina y una más débil incorporación de la mujer. Ver CABEZA PEREIRO, J: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras", en VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F (Coord), *El principio de igualdad en la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 215-286. LÓPEZ INSUA, B.M: *El principio de igualdad de género en el Derecho social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

[39] Se trata de un derecho potestativo, de ahí que la trabajadora sea libre de decidir si ejercitarlo o no, pero que de decidir hacerlo será imprescindible que le empresario adopte medidas que no impidan su ejercicio. Ver RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: "El diseño legal y convencional del permiso por lactancia: consecuencias discriminatorias para la mujer trabajadora", en VV.AA., *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 931.

[40] Es el caso de la Resolución de de 4 de junio de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de la empresa «Alhóndiga La Unión, S.A.» (Cód. núm. 71100202012013) -BOJA núm 117 de 18 de junio de 2013-. Establece su artículo 13: .... la posibilidad de que las madres o padres, puedan solicitar a la empresa la posibilidad de acumular las horas de lactancia en jornadas completas, a disfrutar sin solución de continuidad desde la finalización de periodo maternal, estableciéndose como horas de lactancia las fijadas en el convenio colectivo sectorial de aplicación, y en su defecto las previstas en la LET. De igual modo, el artículo 34.3 de la Resolución de 9 de agosto de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el VI Convenio Colectivo de Compañía General de Canteras, S.A., 2015-2017 (BOJA núm.188 de 29 de septiembre de 2016).

dad de acumulación de jornadas[41]; mientras que otros han mejorado considerablemente lo previsto por el ET al establecen medidas procedimentales para su ejercicio[42], ampliar el período de lactancia respecto de los nueve meses que establece la ley a 12 meses[43] o reducciones de jornadas que podrán sustituirse por ausencias en el trabajo[44].

§ Vacaciones: prevé el derecho a disfrutar las vacaciones en periodo distinto a la maternidad[45] o acumular el periodo vacacional a la suspensión por maternidad. La mayoría de los convenios colectivo optan por el hecho de que disfrute de las vacaciones sea preferentemente en período estival[46], de forma que si no se disfruta de ese derecho durante el verano (junio a septiembre) se podrá conceder una compensación

[41] Artículo 23 de la Resolución de de 6 de octubre de 2017, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa Eutrasur, S.L.U (BOJA núm.200 de 18 de octubre de 2017).

[42] Véase la Resolución de 14 de abril de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se ordena la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de la Asociación Madre Coraje en las provincias de Cádiz, Málaga y Sevilla para los años 2015-2019 (BOJA núm. 77 de 25 de abril 2016). Ver el artículo 15: Para facilitar la lactancia natural o artificial el/la trabajador/a podrá optar entre disfrutar entre las siguientes opciones: 1. Por un/a hijo/a menor de nueve meses hasta una hora y media de ausencia del trabajo que podrá dividir hasta en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en una hora y media al inicio o al final de la jornada con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores. 2. Por un hijo o hija menor de doce meses hasta una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir hasta en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en una hora al inicio o al final de la jornada con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores. Por razones organizativas y de conciliación de la vida familiar, el trabajador o trabajadora podrá optar por acumular la lactancia con un permiso de 20 días naturales o 15 días laborales acordado con la entidad que lo conceda y sujeto a las necesidades organizativas de ésta.

[43] Convenio Colectivo de Hostelería de la provincia de Málaga (BOP núm.208 de 31 de octubre de 2014) y artículo 33 de la "Resolución de 23 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal".

[44] Artículo 19 de la Resolución de 19 de enero de 2007, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa Egmasa, Operarios Medio Natural S.A (BOJA núm. 40 de 6 de febrero de 2007).

[45] Artículo 27 del Convenio Colectivo de de Contact Center Andalucía (BOJA núm. 230 de 30 de noviembre de 2016).

[46] Artículo 51 de la Resolución de 5 de mayo de 2017, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el III Convenio Colectivo de ABC de Sevilla, S.L.U. De igual modo, el artículo 7 de la Resolución de 4 de junio de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de la empresa «Alhóndiga La Unión, S.A.».

económica[47] o más días de vacaciones[48]. No obstante, otros convenios colectivos se inclinan por las fechas de Semana Santa y Navidad como preferentes a la hora del disfrute de las vacaciones[49].

Las reglas acerca del carácter fraccionado o continuado en el disfrute de las vacaciones es algo que varía en función del sector de la actividad, por lo que no es posible a priori determinar unas reglas fijas. Así por ejemplo, hay convenio que optan por la regla del fraccionamiento en dos períodos[50], otros prefieren el disfrute de una sola vez y de forma ininterrumpida de las vacaciones[51] o, al menos, de un mínimo de quince días[52], mientras que hay convenios que permiten su fraccionamiento en varios períodos[53]. De igual modo, hay conve-

[47] Artículo 25. b3) de la Resolución de 1 de agosto de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de empresa de BSH Electrodomésticos España, S.A., Servicio BSH al Cliente. Zona 6, Andalucía, a saber: Aquellos trabajadores que a solicitud de la empresa no disfruten ni un solo día de vacaciones a las que tienen derecho anualmente en los meses de junio, julio, agosto, septiembre percibirán una prima de 250 €. También, véase el artículo 17 de la Resolución de 6 de octubre de 2017, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa Eutrasur, S.L.U. (Algeciras y Motril)- BOJA núm.200 de 18 de octubre de 2017-.

[48] Artículo 19 de la Resolución de de 10 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del XIX Convenio Colectivo de la empresa Corporación Española de Transporte, S.A (BOJA núm. 182 de 18 de septiembre de 2014).

[49] Artículo 22 de la Resolución de 27 de mayo de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Asistencia Los Ángeles, S.L. (BOJA núm. 106, de 4.6.2014).

[50] Artículo 11 de la Resolución de 14 de abril de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se ordena la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de la Asociación Madre Coraje en las provincias de Cádiz, Málaga y Sevilla para los años 2015-2019.

[51] Artículo 26 de la Resolución de 27 de abril de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se ordena la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de empresa de Cableven, S.L (BOJA de 10 de mayo de 2016). Artículo 33 de la Resolución de 9 de agosto de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el VI Convenio Colectivo de Compañía General de Canteras, S.A., 2015-2017 (BOJA núm. 188 de 29 de septiembre de 2016).

[52] Artículo 23 de la Resolución de 22 de octubre de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Cooperativa Farmacéutica Andaluza (BOJA núm 211 de 29 de octubre de 2014).

[53] Artículo 32 de la Resolución de de 19 de mayo de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de empresa de Corporación de Medios de Andalucía, S.A (BOJA núm.110 de 10 de junio de 2016). Artículo 23 de la Resolución de de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del II Convenio Colectivo de ámbito autonómico de Andalucía para la empresa Drosolu, S.L.(BOJA núm.49 de 13 de marzo de 2014).

nios que permiten interrumpir el derecho a unas vacaciones cuando en el centro de trabajo al que se pertenezca se supere el 5% de absentismo laboral, de modo que los días que resten -hasta completar los 30 días- deberán de disfrutarse en otro periodo distinto[54].

§ Excedencias: lamentablemente en este punto los convenios colectivos sueles ser reiterativos de lo dispuesto por la ley[55]. Llaman la atención algunas cláusulas que amplían el tiempo de excedencia con reserva de puesto de dos a tres años vinculado al cuidado de hijos o familiares hasta el primer o segundo grado de consanguinidad[56] o, con claro tinte sexista, prevén que la trabajadora disfrute de un período adicional[57] de "máximo de doces meses... o no superior a tres años...a contar tras la baja maternal, nacimiento o adopción del hijo".

### 2.2. Otras cláusulas para el desarrollo vida personal y laboral, acceso a la empresa y promoción profesional, retribución y clasificación profesional, evitar acoso sexual y por razón de género, protección maternidad, protección de violencia de género

De forma excepcional, en algunos convenios colectivos se contempla la posibilidad de otros derechos de conciliación no recogidos expresamente por la Ley. Se tratan, normalmente, de permisos no retribuidos vinculados al hecho de la maternidad/paternidad o a la posibilidad de adaptar la jornada de trabajo durante los primeros meses o años de vida del hijo (preferencias para la elección de turno o reducción de la jornada)[58] o cónyuges descendiente. En algún

[54] Artículo 19 de la Resolución de 20 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa Damas S.A.

[55] Artículo 24 de la de la Resolución de 22 de octubre de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Cooperativa Farmacéutica Andaluza.

[56] Artículo 55 de la Resolución de 5 de mayo de 2017, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el III Convenio Colectivo de ABC de Sevilla, S.L.U. En esta línea, el artículo 20 de la Resolución de 9 de abril de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del nuevo Convenio Colectivo de la empresa Faecta (BOJA núm. 74 de 16 de abril de 2014.

[57] Artículo 26 de la Resolución de 23 de junio de 2017, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo Autonómico para las Empresas dedicadas a la Gestión del Servicio del Taxi de Andalucía para los años 2016-2018 (BOJA núm. 126 de 4 de julio de 2017).

[58] A buen ejemplo se encuentra el artículo 15 del Convenio Colectivo de la empresa FAECTA, en donde se dice: Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad, o acumularlo en jornadas completas en los términos señalados más

caso, se contempla la posibilidad de que, a solicitud del trabajador, la empresa traslade al trabajador de centro de trabajo[59] como forma de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.

Más allá de los derechos específicos destinados a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, lo cierto es que éstas tienen que ver, en buena medida, con la gestión del tiempo de trabajo, de ahí que ya haya empresas que han introducido un catálogo de buenas prácticas. Algunas de las medidas que se han introducido en los convenios colectivos tiene que ver con: introducción de la flexibilidad horaria[60], normalmente abriendo la posibilidad de una banda flexible de entrada y salida (que suele ser de una hora de duración); posibilidad del teletrabajo, siempre que sea posible, y el fomento de las jornadas continuadas

Todas ellas son modificaciones que podrán preverse, de forma expresa, gracias al nuevo apartado 8º del art. 34 del ET introducido por la Disposición Adicional 11ª de la LO 3/2007[61]. De forma que se permitirá incorporar la perspectiva de la vida personal y familiar en la gestión del tiempo de trabajo

En cuanto a la "protección a la maternidad" el tratamiento que ofrecen los convenios colectivos, desde la perspectiva de la igualdad de género, se efectúa generalmente dentro del ámbito de la seguridad y salud laboral. Normalmente, se contemplan medidas para garantizar la salud de la mujer, del feto o del recién nacido, que suponen mejoras que amplían y complementan la regulación legal. Tales medidas consisten en la adaptación de las condiciones o cambio de puesto de trabajo, ya sea o no dentro del grupo o categoría equivalente[62],

---

adelante. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen. Quienes ejerzan el derecho de acumulación de horas de lactancia, por su voluntad, expresada formalmente con anterioridad al momento de su reincorporación después del periodo de maternidad, podrá sustituir este derecho por un permiso retribuido de 16 días laborales con la misma finalidad a disfrutar de forma ininterrumpida a continuación del alta por maternidad o en su caso por paternidad (el número de días laborales se mantendrá mientras se mantenga la jornada semanal de 37,5 horas de trabajo efectivo). En esta misma dirección, el artículo 10.2 letra h) del Convenio Colectivo de la empresa Fuertemant S.L.

[59] Artículo 17 de la "Resolución de 19 de febrero de 2016, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo del Grupo de Empresas Zena".

[60] Artículo 13 del Convenio Colectivo de la empresa FAECTA.

[61] Y, posteriormente, modificado por el número 2 del artículo 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral («B.O.E.» 7 julio).

[62] Artículo 44 de la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del II Convenio Colectivo de ámbito autonómico de Andalucía para la empresa Drosolu, S.L, en donde se dice: La empresa deberá velar de manera especial por el cumplimiento de la normativa legal en materia de prevención de riesgos laborales para las trabajadoras en periodo de gestación, a fin de evitar el riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras embarazadas o de parto reciente, adoptando las medidas necesarias

sin menoscabar las condiciones económicas de la trabajadores[63]; cambio del tiempo de trabajo[64], consistente en la no realización de trabajos a turnos o nocturno y facilitar la implantación de medidas que permitan adecuar el estado de la embaraza al puesto de trabajo. En cualquier caso, se tratan estas de unas medidas de protección frente al despido y garantía de los derechos inherentes al contrato, que vienen exigidos por el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, lo cual se vincula íntimamente con la Directiva 2006/54/CE, que califica como discriminación por sexo *"el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEEE"*[65].

En tercer lugar, el respecto a la "igualdad en la retribución" ha experimentado un paulatino retroceso debido a la falta de coordinación entre los negociadores y su carácter técnico. La mayoría de los convenios colectivos premian, en este ámbito, cualidades fundamentalmente masculinas (como por ejemplo la antigüedad, el desempeño de actividades penosas, tóxicas, peligrosas... etcétera) y obvian peculiaridades del trabajo femenino, a saber: el elevado grado de rotación en el empleo y el aumento de la contratación a tiempo parcial. Las causas que provocan esta diferenciación entre sexos responden, principalmente, a la configuración del sistema de clasificación profesional, el cual aparece ya predeterminado por el sistema de valoración de los puestos de trabajo[66]. Son sólo una minoría los convenios colectivos en lo que sí se contemplan medidas para evitar la discriminación por razón de género[67]:

---

para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, de ser necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Las medidas previstas serán también de aplicación durante el período de lactancia, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así se certifique en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Finalizado el período de gestación, será integrada en el puesto de trabajo. Tendrá opción a modificar su horario la trabajadora con un hijo lactante durante el primer año.

[63] Artículo 25 del Convenio Colectivo de la empresa Damas S.A.

[64] Artículo 24 de la Resolución de 21 de julio de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de la ultraactividad del Convenio Colectivo de la Empresa de Gestión Medioambiental - EGMASA (IN FOCA)- BOJA núm.152 de 9 de agosto de 2016-.

[65] Ver BENAVENTE TORRES, Mª.I: "Prevención de Riesgos Laborales y maternidad", en VV.AA., SÁEZ LARA, C (Coord), Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas, Murcia, Laborum, 2016, págs. 151 y siguientes.

[66] ROMÁN TORRES, Mª I y FLORES CORDÓN, M.A: "El principio de igualdad y no discriminación en la negociación colectiva andaluza", en VV.AA, GORELLI HERNÁNDEZ, J (Coord), *Reforma laboral y negociación colectiva andaluza. Incidencia de la reforma de la negociación colectiva en Andalucí*a, Madrid, Tecnos, 2013, pág. 235.

[67] De manera generalizada, en el artículo 11 de la Resolución de 27 de abril de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se ordena

a) Ayuda de guardería, contempladas específicamente con la finalidad de favorecer la integración laboral de las mujeres[68] o abono de una ayuda escolar por cada hijo al inicio de cada curso[69].

b) Premios en metálico por matrimonio y nacimiento de hijos[70].

c) Anticipos sociales reintegrables, pero sin intereses y ayudas económicas para gastos familiares, pago de vivienda, gastos con ocasión del matrimonio, dependencia...etcétera[71].

En cuarto lugar, se establecen medidas de acción positiva destinadas a la corrección de desigualdades en "la promoción profesional, la formación o el acceso al empleo[72]". En este sentido, la mayoría de los convenios contienen declaraciones programáticas y que no incluyen compromisos directamente exigibles. Sólo en unos pocos convenios se concretan medidas de acción positiva:

- Otorgar preferencia, a la hora de contratación, a mujeres desempleadas que durante el año anterior a la fecha de la contratación hubiesen tenido un hijo (biológico o por adopción), tenga un hijo y/o familiar que trabaje en la empresa[73] o hubiesen sido declaradas víctimas de violencia

la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de empresa de Cableven, S.L (BOJA núm. 87 de 10 de mayo de 2016), establece que "la retribución del personal masculino y femenino será igual, en todos los sentidos", pero no especifica.

[68] Artículo 25 del Convenio Colectivo de la empresa Damas S.A.

[69] Artículo 24 de la "Resolución de 4 de junio de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción y publicación del Convenio Colectivo sectorial de Empresas Dedicadas a la Gestión del Servicio del Taxi en Andalucía": Al iniciarse el curso escolar, la empresa abonará a sus trabajadores la cantidad de 113,51 euros por hijo en edad escolar. Para ello, será condición indispensable la presentación del certificado escolar que justifique tal condición o declaración jurada. Las solicitudes para acceder a esta protección escolar, en unión de los documentos exigidos para su abono, deberán presentarse a la empresa al comienzo del curso escolar y, una vez comprobada, se procederá a su pago por la empresa, en plazo que finalizará el 15 de octubre del mismo año como máximo. Se entiende por edad escolar, la comprendida entre 3 y 16 años, al momento de cumplirse, salvo que el hijo del trabajador curse estudios superiores, en cuyo caso la edad máxima será de 22 años.

[70] Artículo 24 del Convenio Colectivo de la Empresa Drosolu S.L.

[71] Artículo 33 de la Resolución de 3 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo para las empresas y trabajadores/as de Transporte de enfermos y accidentados en ambulancias (BOJA núm. 205 de 19 de octubre de 2011).

[72] Véase el artículo 22 en cuanto al acceso al empleo y el artículo 28 en relación a la promoción profesional, del Convenio Colectivo de Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA núm.147 de 24 de julio de 2008).

[73] Ver Artículo 43 de la de 19 de mayo de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo

de género[74]. De igual modo, se fomentara la contratación de mujeres en aquellos departamentos en los que se encuentren más infrarepresentadas[75]

- Prioridad en la contratación de mujeres a la hora de la elección de cargos de dirección de asociaciones u organismos de ámbito regional que tengan por finalidad la defensa de la Igualdad de mujeres y hombres[76].
- Computar el tiempo de baja por maternidad, paternidad y excedencia forzosa, como tiempo de servicio activo a la hora de promocionar y obtener una mayor retribución[77]
- Valoración de las cargas familiares de los trabajadores como criterio a tener en cuenta en la continuidad en el empleo ante finalizaciones de contratos temporales[78].
- Establecimiento de acciones positivas y eliminación de situaciones de discriminación (directa o indirecta) a la hora de efectuar el ascenso de los trabajadores en la empresa[79].

En quinto lugar, en materia de "violencia de género" vemos que la mayoría de los convenios se limitan a reflejar lo que prevé la Ley del Estatuto de los Trabajadores: reducción de la jornada o adaptación del horario de trabajo

---

de empresa de Corporación de Medios de Andalucía, S.A (BOJA núm. 110 de 10 de junio de 2016).

[74] Véase el Convenio Colectivo de la empresa Clece S.A (Limpieza hospital de Poniente y con código 04100041012016 (Publicado en el Boletín Oficial de Almería a fecha de 1 de enero de 2016), en donde se establece que: En atención a ejercitar una acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y las medidas de fomento de éste, según disponen los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de igualdad efectiva de mujeres y hombres, y como medida de fomento de empleo y para facilitar la incorporación al trabajo de las mujeres, se otorgará preferencia a las mujeres desempleadas que durante el año anterior a la fecha de la contratación hubieran tenido un hijo (biológico, por adopción o por acogimiento) o hubiesen sido declaradas víctimas de violencia de género, frente a cualquier otra candidatura para cubrir cualquier puesto de trabajo vacante cuya cobertura se convoque por la empresa; siempre y cuando sus méritos y perfiles profesionales sean equivalentes e igualmente idóneos para cubrir el puesto convocado.

[75] Artículo 17 del Convenio Colectivo de la Empresa BSH Electrodomésticos España S.A, S.A., Servicio BSH al Cliente. Zona 6, Andalucía.

[76] Ver Artículo 20 de la Resolución de 20 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa AGISE S.L y sus trabajadores (BOJA núm. 216 de 4 de noviembre de 2011).

[77] Artículos 11 y 13 del Convenio Colectivo para los trabajadores que participen en la Prevención y extinción de incendios forestales en Andalucía y actividades complementarias de la empresa de gestión medioambiental S.A (BOJA núm. 107 de 30 de mayo de 2008).

[78] Artículo 26 del Convenio Colectivo de Agencia de viviendas y rehabilitación en Andalucía (BOJA núm. 42 de 3 de marzo de 2016).

[79] Artículo 7 del Convenio Colectivo de Fuertemant, S.L.

(art. 37.4 del ET); solicitud del cambio del centro de trabajo (art. 40 ET); solicitud de la suspensión del contrato de trabajo durante 6 meses (art. 48 ET); no computar como faltas de asistencia a los efectos de la extinción objetiva las motivadas por las situaciones físicas o psicológicas derivadas de la violencia de género, acreditadas por los servicios sociales o los servicios de salud (art. 52 d ET). Muy pocos convenios amplían la regulación legal con medidas como: prioridad en la determinación de los horarios, traslados, permisos y excedencias, devengar antigüedad a todos los efectos durante el primer año de excedencia con motivo de la violencia de género o estableciendo campañas de sensibilización para concienciar a sus trabajadores en esta materia[80].

En sexto lugar, se encuentra referencia convencionales a cláusulas sobre prevención del "acoso sexual y por razón de género". Atendiendo a los dispuesto por el Ley Orgánica 3/2007, sobre igualdad y el art. 85.1 del ET, vemos que esta materia no se ha incluido dentro del deber de negociar, por lo que no parece que sea obligatoria en los mismos términos que los planes de igualdad. Por lo que los mecanismos de tutela frente al acoso sexual y por razón de género[81] será potestativo en la negociación colectiva. Actualmente, la mayoría de los convenios colectivos suelen recoger esta materia a través de la articulación de dos técnicas:

a) Vía punitiva, al contemplan como sanción grave las conductas de acoso sexual y por razón de género. Se incluyen aquí las conductas de hostigamiento y no sólo verbal y física como recoge la ley[82], sino también el envío de correos electrónicos con contenido sexual[83].

[80] Véase el artículo 17 del Convenio Colectivo de la Empresa BSH Electrodomésticos España S.A, S.A., Servicio BSH al Cliente. Zona 6, Andalucía.

[81] A fin de adaptarse a los establecido por la Directiva Comunitaria 2002/73, por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, la LO 3/2007 ha procedido a revisar y concretar los conceptos de "acoso sexual y por razón de género". El artículo 7.1 de la LO 3/2007, define al acoso sexual como: *...cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*. Por su parte, el apartado 2 del artículo 7 establece que se entiende acoso por razón de género: *...cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*.

[82] Artículo 36 del Convenio Colectivo de la Empresa Cableven S.L y artículo 46 del Convenio Colectivo sectorial de Transporte de enfermos y accidentados en Ambulancias (ambos ya citados con anterioridad).

[83] Anexo número 3 de la "Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación del Convenio colectivo de World Duty Free Group, SA-WDFG, SA".

b) A través de la institución de mecanismos de tutela que canalizan las eventuales reclamaciones que pudieran surgir. Normalmente, se aborda esta cuestión desde la prevención de riesgos laborales, dando intervención a los técnicos, organismos especializados para que actúen o bien iniciando una investigación, bien por parte de la empresa o con ayuda también de los representantes de los trabajadores. En cualquier caso, sea cual sea el modelo de regulación, los convenios colectivos suelen contemplar de forma pormenorizada las distintas fases del protocolo de actuación y medidas a adoptar[84].

La falta de una debida regulación en esta materia tan importante se debe, quizás, a que el artículo 48.1 de la Ley de Igualdad no regula, como es debido, el deber de adoptar medidas preventivas para evitar el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo. Cabe interpretar que debido a la ubicación de esta disposición dentro del Título IV dedicado al "Derecho del trabajo en igualdad de oportunidades" y, más concretamente, en el Capítulo III sobre "planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad", las medidas que aquí se recogen no incluyen la obligación de negociar en los convenios colectivos la eliminación del acoso sexual y por razón de sexo[85]. En ese compromiso, reconocido con carácter general en el Art. 48.1 de la LOI 3/2007, resultan destinatarias todas las empresas, independientemente de la eventual obligación de negociar planes de igualdad en las empresas[86]. Y es que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del Art. 48 de la Ley de Igualdad: *Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de*

[84] En este sentido, resulta ejemplar el Convenio Colectivo de la Empresa BSH Electrodomésticos España S.A, S.A., Servicio BSH al Cliente. Zona 6, Andalucía. Se establece aquí una Comisión de Igualdad que será la encargada de canalizar, estudiar e investigar todas las denuncias que las trabajadoras puedan formular. En el Capítulo V del Convenio se describen las medidas de protección a las víctimas que se efectuarán: En caso de que se determine la existencia de acoso en cualquiera de sus modalidades y la sanción impuesta no determine el despido de la persona agresora, se tomarán las medidas oportunas para que aquella y la víctima no convivan en el mismo entorno laboral, teniendo la persona agredida la opción de permanecer en su puesto de trabajo, medidas que no podrán suponer ni una mejora ni un detrimento de su condiciones laborales. La C.I. podrá proponer el apoyo psicológico y social al acosado o acosada y a su familia si así lo considerase necesario.

[85] LOUSADA AROCHE, J.F: "Acoso sexual y acoso sexista", en VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F (Coord), *El principio de igualdad en la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 364-369.

[86] MARTÍNEZ FONS, D: "Las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación en la negociación colectiva"...op.cit., págs. 149 y 150.

*las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo.*

Por lo tanto y como complemento de lo establecido por la negociación colectiva, se podrán incluir en los planes de igualdad medidas autónomas encaminadas a prevenir el acoso sexual y por razón de sexo, como bien señala la rúbrica del Capítulo III de la Ley Orgánica de igualdad[87].

## 3. CONCLUSIONES

El análisis llevado a cabo en este estudio sobre la negociación colectiva en Andalucía *dibuja un panorama en el que negociación colectiva, que estando muy alejado del ideal –realizable y posible- que debe alcanzarse, sí ha venido mostrando una cierta evolución o progresión* –en especial en convenios colectivos de sector andaluz y de grandes empresas- en la materia de medidas y derechos laborales que atienden a la garantía del principio de igualdad y de oportunidades reales para las mujeres trabajadores[88]. Ciertamente, la existencia de discriminaciones en el ámbito laboral es resultado de una confabulación de numerosas circunstancias: se demuestra la escasa participación femenina en las mesas de negociación; la deficiente preparación de los negociadores colectivos; la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, clasificación profesional, acceso al empleo, formación...etcétera. Hay mucha transcripción de normas legales, muchas declaraciones de intenciones, un tanto de "petrificación" de contenidos y medidas. Pero hay aspectos que permiten atisbar ciertas perspectivas de futuro más alentadoras en cuanto a que la negociación colectiva de Andalucía asuma más incisivamente su papel no sólo atribuido en la Ley remisoria, sino en el espacio vital de regulación que le es constitucionalmente propio a los interlocutores sociales en la lucha contra las situaciones de desigualdad y no discriminación y la introducción de medidas innovadoras de acción positiva para prevenirla eficazmente. Las acciones positivas que deben promocionarse por interlocutores sociales deben remover todos los obstáculos que impidan que esa igualdad sea real y efectiva y para ello es necesario materializar medidas de igualación, pero también de *"empoderamiento"* de la mu-

[87] LOUSADA AROCHE, J.F: "Acoso sexual y acoso sexista"... op.cit., págs. 368. A este respecto, resulta llamativo el Convenio Colectivo de la Empresa BSH Electrodomésticos España S.A, S.A., Servicio BSH al Cliente. Zona 6, Andalucía.

[88] MONEREO PÉREZ, J.L Y LÓPEZ INSUA, B.M: "El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivo", en VV.AA., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S Y DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO (DIRS), ÁLVAREZ CUESTA, H (COORD), *Propuestas para la igualdad de género de los procesos de negociación colectiva*, Navarra, Aranzadi, 2016, págs. 188 a 213.

jer trabajadora, esto es, facilitando su acceso a los centros de decisión y poder en el ámbito de las organizaciones empresariales y administrativas.

Pero es que incluso junto a las "cláusulas antidiscriminatorias" y de carácter promocional de la igualdad de género (con buenas prácticas que buscan la igualdad de oportunidades en la negociación colectiva), persisten –aunque marginalmente- "cláusulas discriminatorias" por razón de género en la negociación colectiva, ciertamente ya no tanto directas como sobre todo indirectas (discriminaciones indirectas, por ejemplo en la definición de las técnicas de encuadramiento o clasificación profesional, preferencia por complementos salariales supuestamente neutros como es el caso de la antigüedad, cuando el trabajo temporal predomina en la mujer trabajadora, y un largo etcétera de supuestos)[89]. Y esto es realmente preocupante cuando incluso se subsisten después de varios años de vigencia de la LOI. Por esta razón, debería insistirse más en esa obligación legal de negociar sobre aspectos fundamentales de las desigualdades de género, evitando así la proliferación de medidas de discriminación directa e indirecta. Y, no sólo eso, sino que sería necesario reforzar los instrumentos de control Público y Sindical para garantizar la efectividad del principio de igualdad y de las medidas concretas de igualdad adoptadas tanto por vía legal, como por negación colectiva.

Se echa en falta una técnica de *control y evaluación* más incisiva y eficiente de la aplicación de las medidas adoptadas, al menos con la misma intensidad que se viene haciendo ya respecto de otras materias (paradigmáticamente, en materia de prevención de riesgos laborales).

Estas *luces y sombras* del tratamiento regulador convencional del principio de igualdad y no discriminación por razón de género se ha podido apreciar mejor al descender a un plano más específico y concreto –vale decir analítico- de la amplia hornada o muestra de convenios colectivos andaluces que se han analizado detenidamente en este trabajo.

[89] Al respecto debería también realizar un control administrativo instrumental de los convenios colectivos, como prevé el art. 90.6 del ET (introducido por la disposición adicional 11ª.19 de la LOI), conforme al cual "la Autoridad laboral velará (es imperativo categórico) por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo".

# ECONOMÍA BAJO DEMANDA, TRABAJO AUTÓNOMO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ¿PUEDE EL CONVENIO COLECTIVO CONSTITUIRSE EN LÍMITE DEL DUMPING SOCIAL?

ESTHER GUERRERO VIZUETE

*Profesora DTSS*

Universidad Rovira y Virgili

*Hoy no puede decirse como antes que el trabajo autónomo queda por completo extramuros del Derecho del Trabajo*[1]

ÍNDICE

1. EL TRABAJADOR AUTÓNOMO EN LA ECONOMÍA BAJO DEMANDA
2. LA DEFENSA COLECTIVA DE LOS INTERESES PROFESIONALES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: SU ARTICULACIÓN JURÍDICA
3. HACIA UNA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INCLUSIVA: ALCANCE DEL ART. 83 ET SOBRE DELIMITACIÓN DE LAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN
   3.1. TRABAJO AUTÓNOMO Y CONVENIO COLECTIVO ¿TÉRMINOS EXCLUYENTES?
   3.2. EL CONVENIO COLECTIVO COMO LÍMITE AL DUMPING SOCIAL
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

[1] CASAS BAAMONDE, M» Emilia- RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel: "El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo", Relaciones Laborales núm. 7, 2000.

**Resumen**

La economía bajo demanda está planteando nuevos retos que imponen una reconsideración de la calificación jurídica del prestador de servicios y su posición respecto de la plataforma virtual en la que desarrolla su actividad en orden a la fijación de sus condiciones de trabajo. El reconocimiento a los trabajadores autónomos del derecho de sindicación contenido en el art. 3.1. LOLS y la proliferación del trabajo colaborativo en régimen de independencia obliga a replantearnos el papel del sindicato en la defensa colectiva de sus intereses así como si el convenio colectivo puede ser un instrumento adecuado para evitar el dumping social.

## 1. EL TRABAJADOR AUTÓNOMO EN LA ECONOMÍA BAJO DEMANDA

Que el trabajo autónomo tiene una naturaleza pluridisciplinar y ambivalente es algo por todos conocidos. La propia exposición de motivos de su norma reguladora ya señalaba cómo la heterogeneidad de composición reultaba fijación un perfil típico[2] dificultaba por lo que en su delimitación subjetiva se optó por atender a las singularidades de su actividad profesional. De este modo, prestaciones de servicios en ámbitos tan variados como la construcción, la cultura, el comercio o la enseñanza quedaron incluidos en el radio de acción de la Ley 20/2007 de 11 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA). Sin embargo, lo que hasta hace una década supuso un gran avance, en términos de delimitación y regulación de un colectivo tradicionalmente poco atendido desde un punto de vista legislativo, comienza a presentar fisuras ante el avance imparable de las nuevas tecnologías y su incidencia en el mercado de bienes y servicios.

En efecto, si hasta hace poco tiempo la cuestión principal era determinar qué tipo de regulación debía dispensarse a quien organizaba su prestación de servicios en régimen de independencia y sin ajenidad, configurándose una doble protección tanto a nivel individual como colectiva según estuviese sometido o no a dependencia económica respecto de un cliente principal, la realidad económica actual unida a la proliferación de las formas de prestación de servicios por medio de plataformas virtuales está desordenando uno de los conceptos tradicionalmente inmutables: el de trabajador por cuenta propia. La cuestión no se centra ya en determinar si quien de forma habitual, personal

[2] "Tanto es así, que sociológicamente los profesionales que trabajan por cuenta propia no se identifican con su condición de autónomos, al menos en primera instancia, sino con la concreta actividad que llevan a cabo". CRUZ VILLALÓN, Jesús: "Prólogo" en Estatuto del Trabajo Autónomo, Tecnos, Madrid, 2007, p. 13.

y directa realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo es calificable como trabajador autónomo clásico o como trabajador autónomo dependiente económicamente (TRADE). El problema con el que actualmente nos encontramos es el de determinar qué grado de realización de esta actividad "fuera del ámbito de dirección y organización" cuando se actúa a través de una plataforma virtual marca la línea divisoria entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena. Dicho en otros términos, quien decide cuando actuar, cuánto tiempo, dónde y para quién pero sometido a unas condiciones contractuales unilateralmente determinadas ¿es trabajador autónomo o es asalariado? La cuestión terminológica tiene gran importancia a efectos del presente trabajo, pues avanzando algunas ideas, mucho nos tememos que estemos asistiendo al nacimiento de una nueva categoría de trabajadores, calificados como autónomos de segunda generación o autónomos 4.0., cuyo perfil identitario reside en su falta de encaje tanto en el tradicional concepto de trabajador por cuenta propia como en el de TRADE y cuya protección colectiva no está adecuadamente definida.

El causante de esta volatilidad en el concepto de trabajador no es otro que una forma de prestación de servicios en la que las tecnologías de la información están muy presentes. Con el vocablo de economía colaborativa se hace referencia a dos formas distintas de prestar servicios por medio de plataformas virtuales. Por un lado, están aquellas que simplemente ponen en contacto a dos sujetos favoreciendo la utilización compartida de bienes y servicios, y cuyo ejemplo más conocido es Blabacar o Airbnb. En el primero, quien va a realizar un trayecto por carretera busca otros pasajeros con quien compartirlo como vía de reducción de costes. No nos encontramos ante un servicio de transporte porque los posibles pasajeros no deciden los detalles sobre cómo se realizará el concreto desplazamiento (día de realización, si se realizará por autopista o por carretera secundaria etc.); simplemente se adhieren al propuesto por el propietario del vehículo. De esta forma "al tener el servicio un carácter secundario, no es necesario la aplicación[3] de la legislación laboral" .En el segundo, bajo el lema "nuestra casa es tu casa", la plataforma digital Airbnb pone en contacto a quien quiere ceder su propiedad durante un determinado periodo de tiempo y quien busca alojamiento en la ciudad en la que aquella se encuentra. Debemos advertir que la respuesta jurídica ante este mercado de alquiler a corto plazo es escasa (al no existir una normativa estatal al respecto) y heterogénea (al tratar las CCAA de dar una respuesta ante su proliferación de aplicación particular en su respectivo ámbito territorial). En ambos ca sos, el desarrollo de esta actividad por parte del prestador y propietario del bien solo planteará problemas

[3] "Se entiende que el propietario del bien que se va a alquilar se encuentra en una posición de poder que no requiere de protección laboral". TODOLÍ SIGNES, Adrián: "El trabajo en la economía colaborativa", Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 14.

de calificación jurídica cuando no tenga un carácter esporádico u ocasional, es decir, cuando sea ejercida con habitualidad[4], momento en el que debe delimitarse su condición de trabajador autónomo o no a efectos de cumplir con las obligaciones fiscales y de seguridad social que como tal le corresponderían.

La segunda vertiente en la que podemos situar el trabajo digital es en la economía bajo demanda la cual viene constituida por aquellas plataformas dedicadas a proveer servicios en las que, a través de una puesta en contacto entre la oferta y la demanda, favorecen un intercambio entre profesionales y clientes. Constituyen la llamada "on demand economy" o "Gig economy" caracterizada por disponer por un lado, de un numeroso colectivo de prestadores de servicios dispuestos a realizar un trabajo, y de otro, un abanico de potenciales clientes que pueden requerir su realización. El problema de estas plataformas reside en que sus prestadores, ya se trate de profesionales o de "amateurs"[5], hoy por hoy y a salvo de lo que los tribunales puedan ir dictaminando al respecto, son trabajadores autónomos y por tanto no se encuentran protegidos por una legislación laboral que imponga sueldos mínimos de contratación, jornada máxima o tiempos de descanso.

En definitiva, reducción de costes y flexibilización de las prestaciones de bienes y servicios llevados a una expresión supina. Ejemplos de este tipo de economía son Uberpop, encargada de la prestación de servicios de transporte con conductor privado o Istockphoto, cuya actividad consiste en suministrar a los usuarios integrados en la comunidad iStock.com fotografías, vectores, ilustraciones y videoclips elaborados por colaboradores. En esta forma de prestación, la plataforma paga al proveedor en concepto de royalties un porcentaje que oscila entre el 15% en el caso de fotografías y el 20% del precio del archivo cuando lo suministrado es una ilustración o video si bien este porcentaje se eleva hasta el 45% en el caso de que se trate de colaboradores exclusivos.

Esta forma de intervención en el mercado de trabajo a través de la economía bajo demanda se caracteriza por una modulación de las condiciones de prestación de los servicios por parte de las plataformas virtuales que merece una especial atención. Se trata de empresas que descentralizan completamente sus servicios. La incorporación de los trabajadores a las mismas no se lleva a

[4] Tradicionalmente ha sido la habitualidad el parámetro utilizado para excluir el trabajo esporádico u ocasional. Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado la jurisprudencia optó por fijar un componente económico como medidor de la habitualidad en la actividad desarrollada por los sujetos de tal forma que la superación del Salario Mínimo Interprofesional será indicativa de la misma, determinando así la inclusión del trabajador en el ámbito del régimen especial de trabajadores autónomos. GUERRERO VIZUETE, Esther: "Aproximación al ámbito subjetivo del trabajador autónomo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 74.

[5] Utilizaremos este término para referirnos a aquellos sujetos que prestan servicios en estas plataformas no como actividad principal sino como medio de completar sus ingresos.

cabo tras un proceso de negociación y acuerdo sino tras una aceptación incondicionada a los términos de actuación fijados por la propia plataforma. Nos encontramos, por tanto, ante un contrato de adhesión en el que el prestador de servicios no tiene capacidad de decisión alguna. La plataforma delimita las condiciones de realización, el precio a percibir y la continuidad del vínculo contractual sujetándolo a la satisfacción del cliente con el servicio prestado por el trabajador. La exclusividad no es un elemento necesario para el desarrollo de la prestación ni el cumplimiento de un determinado número de servicios[6]. El amplio número de personas dispuestas a realizar ese trabajo asegura a la plataforma la cobertura de los servicios demandados por los clientes. En este sentido, no debemos olvidar que su papel es el de mero intermediario, proporcionando un potencial abanico de clientes a los profesionales adheridos a ellas, y cuyo beneficio consiste en un porcentaje determinado del precio final del servicio suministrado. Al otro lado, se encuentra un trabajador que decide el tiempo que va a dedicar a esta actividad, no solo en términos de cantidad sino también de concreción horaria, teniendo acceso a un mayor número de prestaciones de las que podría gestionar si no estuviera integrado en la plataforma on line. En contrapartida, el amplio colectivo de trabajadores dispuestos a prestar serv icios genera una evidente configuración a la baja de sus condiciones profesionales .

A efectos de nuestro análisis y desde una perspectiva subjetiva, nos centraremos en estos trabajadores por cuenta propia, sin asalariados a su cargo, que realizan sus prestaciones de servicios a través de estas plataformas on line bien como actividad principal, bien como actividad secundaria, complementando los ingresos que obtienen de su actuación en el mercado tradicional. No olvidemos que la precariedad no es patrimonio exclusivo de los asalariados. También quienes trabajan por cuenta propia pueden estar sometidos a ella.

En definitiva, estamos ante trabajadores autónomos que tienen capacidad para decidir algunos aspectos de su actividad, desarrollándola en régimen de independencia técnica y económica si bien con una discutible in dependencia jurídica manifestada en la inexistencia de capacidad negocial. La existencia de este nuevo tipo de trabajador por cuenta propia 4.0 o e-trabajador, que efectivamente presta sus servicios en el marco de una cierta autonomía organizacional, sin dependencia económica al poder diversificar los intermediarios a través

[6] Sierra Benítez, centrándose en la start up Uberpop, señala cómo la política de la empresa es engañosa, pues aun cuando pueda parecer que el trabajador dispone de una amplia libertad y flexibilidad horaria, en realidad la compañía dispone de los medios tecnológicos suficientes para controlarlo, por lo que la nota de dependencia sigue estando muy presente. SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M.: "Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral" en *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez-Rodas Navarro y Garrido Pérez Directoras), Laborum, 2016, p. 258

de los cuales aumentar los potenciales clientes a los que ofrecer sus prestaciones, pero con una fuerte sumisión a los dictados de la plataforma virtual, es el que plantea serias dudas no solo acerca de su adecuada protección colectiva si nos atenemos a los términos en los que actualmente se encuentra articulada jurídicamente, sino también si en realidad estamos asistiendo a una nueva (y quizá ¿definitiva?) huida del Derecho del Trabajo que demanda más que su contención, una nueva formulación del concepto de trabajador con el fin de configurar un nuevo marco de protección jurídica.

## 2. LA DEFENSA COLECTIVA DE LOS INTERESES PROFESIONALES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: SU ARTICULACIÓN JURÍDICA

La defensa colectiva de los trabajadores autónomos se contiene, desde una perspectiva cronológica, en los artículos 3.1. LOLS y 19 LETA. En el primero de ellos, el derecho de Libertad sindical (art. 28.1 CE) se les reconoce si bien de una forma sesgada. El trabajador autónomo sin asalariados a su cargo puede afiliarse a un sindicato de trabajadores ya existente, si bien tiene vedado tanto la constitución de sindicatos propios como el ejercicio de la acción sindical. De este modo, el precepto legal establece una línea divisoria entre quien trabaja por cuenta ajena y quien lo hace por cuenta propia aun cuando éste último carezca de la infraestructura y la capacidad económica necesarias para contratar asalariados, realizando esa actividad de forma personal y directa. Una segregación que, en palabras del Tribunal Constitucional, queda referida a la organización del sistema de defensa de sus respectivos intereses, afectando a la forma de tutelarlos y no al trabajador[7] . Se trata, por tanto, de un derecho de afiliación limitado que les ha colocado , como ya advirtiera CRUZ VILLALÓN, en una posición de marginalidad en el seno de estas organizaciones al carecer este colectivo de valor estratégico para el sindicato[8]. Una situación cuando menos paradójica dado el amplio colectivo de trabajadores autónomos sin asalariados que podrían ser representados por las organizaciones sindicales y el bajo índice de sindicación con el que cuentan por parte de los trabajadores asalariados. Una

[7] STC 98/1985 de 29 de julio, RTC 1985/98, F.J. 2.

[8] "Tan es así que el cómputo de la representatividad sindical se efectúa con referencia exclusiva a los trabajadores asalariados, sin que por tanto, la presencia de autónomos añada plus alguno de representatividad". CRUZ VILLALÓN, Jesús: "La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales", Relaciones Laborales n° 7, 1999, p. 11 (formato electrónico).

Situación que, sin embargo, también se reproduce si están integrados en una asociación empresarial, ya que su representatividad se mide teniendo en cuenta el número de empresarios contabilizando tan solo los asociados que tengan la condición de empleadores desde el punto de vista laboral.

asimetría que de no ser corregida no traerá consigo más que un debilitamiento del propio sindicato dado que "también se debilita en intensidad y en cantidad el trabajo que se presta en situación de ajenidad y dependencia"[9].

La posterior publicación de la LETA reitera por un lado, el derecho del trabajador autónomo a afiliarse a un sindicato de trabajadores asalariados y por otro reconoce un derecho de afiliación y fundación de asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos (art. 19). Una doble vía que en realidad supone ampliar el radio de acción del sindicato ya que, al reiterar la condición de afiliables de los trabajadores autónomos, aquel queda definido como institución que representa al conjunto de la población ocupada, pudiendo actuar en nombre y representación tanto de unos como de otros[10].

Téngase en cuenta, además, que el art. 19.4 LETA, en un ejercicio de mimetismo en relación a la LOLS[11], atribuye a los sindicatos respecto de sus trabajadores autónomos afiliados los mismos derechos que el apartado 2° del mismo precepto atribuye a las asociaciones de trabajadores autónomos: a) constituir federaciones, confederaciones o uniones b) concertar Acuerdos de Interés Profesional (AIP) en el caso de que los afiliados tengan la consideración de TRADE c) ejercer la defensa y tutela de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos d) participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de las controversias cuando ello esté previsto en los AIP suscritos.

Con el reconocimiento de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos la LETA abrió la puerta a una defensa colectiva más específica, cuyos destinatarios potenciales serían aquellos trabajadores autónomos que no respondían al perfil de empresarios, y cuyos intereses profesionales no quedaban adecuadamente representados a través de las asociaciones empresariales. De este modo, se arbitró en realidad una tercera vía de representación, pues el asociacionismo empresarial al amparo del artículo 22 CE se constituía en la fórmula alternativa para aquellos trabajadores autónomos que aun no tenien-

[9] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M» Luz: "Colectivos de trabajadores que necesitan una intensa protección del sindicato", Relaciones Laborales núm. 20, 2001, p. 6 (formato electrónico).

[10] "Se rompen, en consecuencia, los tradicionales moldes del derecho de representación sindical, donde los lazos se venían verificando entre el trabajador dependiente y el sindicato, y se cuestiona con ello la nota de la dependencia como criterio delimitador de la disciplina". ALZAGA RUIZ, Icíar: "Derechos colectivos del trabajador autónomo" en Tratado del Trabajo Autónomo, Barrios Baudor (Director), Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, p. 271.

[11] Identidad de contenidos respecto de la que, en opinión de Martín Jiménez, no se ha tenido en cuenta la singularidad que justificó la promulgación de la LETA: sus destinatarios son en último término autónomos y no trabajadores.MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: "Derechos colectivos de los trabajadores autónomos y de las asociaciones profesionales en Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007 de 11 de julio, Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 201.

do trabajadores a su cargo, optaban por no confiar su defensa colectiva a los sindicatos ya constituidos conforme a lo postulado por el art. 3.1. LOLS. No obstante, se trataba de una integración que no conseguía satisfacerles plenamente. Su origen se encuentra en la tradicional equiparación entre trabajadores autónomos y empresarios cuando, en realidad, se trata de dos conceptos asimétricos que aluden a dos realidades muy distintas, por cuanto el trabajador autónomo mayoritariamente desarrolla su actividad sin unos medios, que en puridad, pueden ser considerados como organización empresarial y sin tener la condición de empleador, al no tener a su cargo trabajadores asalariados. Una distinta realidad conceptual a la que debe añadirse la existencia de intereses divergentes que les alejaban de las asociaciones empresariales ya constituidas.

Tras la configuración de los instrumentos a través de los cuales el trabajador autónomo puede hacer efectivo su derecho de afiliación, el artículo 19.1c LETA señala que tiene derecho a ejercer la actividad colectiva en defensa de sus intereses profesionales. No obstante, ¿qué debemos entender por acción colectiva de los trabajadores autónomos?

En el ámbito laboral la acción colectiva queda integrada por el derecho a la negociación colectiva, a la huelga y a la adopción de medidas de conflicto colectivo. Sin embargo, el trabajador autónomo, como hemos señalado anteriormente, está excluido de estos derechos al no comprender su derecho de libertad sindical más que el de afiliación a un sindicato ya constituido, sin que el ejercicio de los anteriores derechos sea una cuestión pacífica en la doctrina. El centro de gravedad debemos situarlo en la interpretación que del artículo 28.1 CE realiza el Tribunal Constitucional, en la cual contrapone los términos "empresario" y "Libertad sindical" configurándolos como antagónicos, resultando así la exclusión de los trabajadores autónomos, sean o no empresarios, del espacio de la negociación colectiva. Entiende nuestro Alto Tribunal que "la exclusión del trabajo autónomo del ámbito de la libertad sindical está justificada por el hecho de que la actividad sindical se caracteriza por la existencia de otra parte ligada al titular del derecho por una relación de servicios y frente a la que se ejercita"[12]. Pronunciamientos que en la actualidad resultan cuestionables en relación a los autónomos dependientes económicamente y probablemente también respecto de estos autónomos de segunda generación a los que nos hemos referido en el epígrafe anterior. Se hace por ello necesario superar esa interpretación estática que preside actualmente la doctrina constitucional, debiendo ser readaptada a los cambios que se están produciendo (y se producirán) en cuanto al modo de organizar las prestaciones de servicios, pues "la práctica se está encargando de desmentir la razón que está en la base de la exclusión

[12] STC 53/1992 de 8 de abril y STC 98/1985 de 29 de julio, respectivamente.

legislativa: la carencia de contraparte o interlocutor frente al cual ejercitar el contrapoder sindical" [13].

Un enfoque erróneo fruto de un punto de atención desviado tanto por parte de la doctrina constitucional como científica a la hora de analizar el derecho de libertad sindical de los trabajadores autónomos, en el que más que en las características de éstos deberían haberse centrado "en la necesaria evolución del sindicato como organizac ión fundamental de equilibrio en un mercado de trabajo inmerso en un proceso de deconstrucción"[14]. En definitiva, una defensa colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos ante la que se abren nuevos horizontes, aun cuando en su norma por excelencia, la LETA, aquella se configura, como bien advierte OJEDA AVILÉS, con un horizonte legislativo demasiado mercantilista y poco laboralista, debido quizá a un cierto temor en la regulación de los aspectos colectivos [15], obviando la posibilidad de avanzar hacia "un esquema de autonomía "profesional", no circunscrita al ámbito de la negociación colectiva laboral, y desde luego, a los límites del contrato de trabajo [16].

## 3. HACIA UNA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INCLUSIVA: ALCANCE DEL ART. 83 ET SOBRE DELIMITACIÓN DE LAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN

La defensa colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores por cuenta propia que no tienen asalariados a su cargo se muestra normativamente hablando como un derecho débil cuando lo contraponemos con el que disponen otros colectivos que desarrollan sus prestaciones de servicios en situaciones comparativamente semejantes. Nos referimos a los integrados en estas nuevas formas de empleo a través de plataformas digitales en las que la calificación

[13] VIDA SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José L.; MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL y MORENO VIDA, M» Nieves: "Manual de Derecho Sindical", Comares, Granada, 5» edición, p. 73. En contra de esta posición, Cruz Villalón, para quien "cualquier intento expansivo del ámbito subjetivo de la libertad sindical, incorporado a situaciones diferentes del trabajo subordinado, conduciría a desvirtuar e incluso a desnaturalizar la significación jurídica de la libertad sindical como derecho constitucional". CRUZ VILLALÓN, Jesús: "La tutela colectiva por los trabajadores autónomos....", op. cit. p. 6 (formato electrónico)

[14] RUBIO DE MEDINA, M» Dolores: "El Estatuto del trabajo autónomo y su reglamento", Bosch, Barcelona, 2009, p. 218

[15] OJEDA AVILÉS, Antonio: "La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial del Estatuto del autónomo", Aranzadi Social núm. 4, 2009, p. 1 (formato electrónico).

[16] "La Constitución está preparada para aceptar un esquema de autonomí a profesional, extraordinariamente amplio en donde lo estricta y clásicamente "laboral por cuenta ajena" sería una simple especie dentro de un género más amplio". VIDA SORIA, José: "Artículo 28.1" en Comentarios a las Leyes Políticas, Alzaga Villaamil (Director), Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 1983, p. 213-214.

jurídica del trabajador, como autónomo, TRADE o asalariado, determina una protección colectiva de distinto alcance. Algunos ejemplos de prestaciones realizadas en régimen de economía bajo demanda ya están siendo calificad as como laborales[17] por lo que su cobertura a través de un posible convenio colectivo no ofrece lugar a dudas. En otras situaciones, la autonomía sometida a dependencia económica permite activar el instrumento negocial previsto en la LETA, el AIP[18], con el alcance que posteriormente se señalará. Sin embargo, respecto de quienes *a priori* son autónomos sin asalariados y sin dependencia económica, la articulación de su defensa colectiva no está tan clara, siendo preciso abordar la cuestión de su posible integración en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos cuando se encuentran afiliados a la organización sindical negociadora conforme al art. 3.1. LOLS. Una posibilidad que, siguiendo a SÁEZ LARA, podría coadyuvar a que los convenios colectivos puedan ofrecer soluciones ajustadas a las necesidades de los trabajadores autónomos[19], máxime si tenemos en cuenta que ya no es nada infrecuente que trabajadores asalariados y trabajadores autónomos realicen la misma actividad, para el mismo empresario y bajo condiciones contractualmente semejantes .

El análisis de la posible inclusión de los trabajadores autónomos en el radio de acción del convenio colectivo debe partir necesariamente del art. 83.1 ET, el cual señala que los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden. En este sentido, el punto de partida de todo proceso negociador se sitúa junto con el elemento funcional y territorial, en la delimitación de su elemento subjetivo, es decir, para quien se va a negociar. Corresponde así al sindicato negociador, en ejercicio de su actividad sindical, decidir qué "colectivos de trabajadores van a someterse a una regulación conjunta y unitaria de sus condiciones de trabajo, mediante el correspondiente convenio colectivo"[20]. Una libertad que, no obstante, está sometida a límites provenientes tanto de la Constitución como de la Ley.

---

[17] Es el caso de UBER, en el que diversos pronunciamientos judiciales recaídos en EEUU y reino Unido han calificado como laboral el vínculo que une a los trabajadores con la plataforma.

[18] La Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA) está estudiando con Deliveroo la firma de un AIP al que quedarán sometidos aquellos "riders" que dispongan de un contrato TRADE.

[19] La autora, en referencia a los autónomos dependientes pero extensible en nuestra opinión a los nuevos tipos de trabajo autónomo, aboga por "un modelo alternativo de presencia sindical directa a través de nuevos sujetos sindicales cuya representación y tutela se extendiera a las diversas formas de trabajo concurrente". SÁEZ LARA, Carmen: "La representación colectiva de los trabajadores en la empresa", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 58, 2005, p. 327.

[20] Señala la autora que la defensa de los intereses tanto de trabajadores como de empresarioscontenida en el art. 7 CE habilita a sus organizaciones representativas a evaluar cuál es la mejor forma de llevarla a cabo. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M» Luz: "Ámbitos de los convenios colectivos esta tutarios y estructura de la negociación colectiva" en *Manual*

La ampliación del ámbito subjetivo del convenio colectivo tiene como primer obstáculo el propio concepto de trabajador. De este modo, el art. 37.1 CE primero, y el art. 82.3 ET, después, delimitan el concepto de trabajador en derredor del que lo es por cuenta ajena, a pesar de que el derecho de sindicación reconocido en el art. 3.1. LOLS evidencia que "el legislador había descubierto que el conflicto de intereses *también se produce* (la cursiva es nuestra) en el ámbito de la contratación civil, mercantil o administrativa, entre empresarios y pequeños trabajadores autónomos"[21]. En consecuencia, se les reconoce la afiliación a un sindicato pero no la inclusión en el ámbito personal de aplicación de un convenio colectivo. Esta exclusión ha intentado ser salvada mediante la formulación de diversas teorías a través de las cuales responder a la cuestión de la eficacia jurídica atribuible a las cláusulas convencionales que se refieran a los trabajadores autónomos[22] si bien la tesis dominante es la que lo sitúa extramuros al continuar leyéndose el término "trabajador" en clave laboral. Una cuestión necesitada de reformulación dado el contexto económico en el que actualmente nos movemos, por lo que debemos apostar por considerar el término trabajador en un sentido sociológico, "como persona que vive habitualmente de su trabajo"[23] lo cual permitiría soslayar los inconvenientes que tradicionalmente se han planteado a la aplicación de los convenios colectivos a los trabajadores autónomos afiliados al sindicato negociador.

Uno de estos inconvenientes se refiere a la posible colisión entre convenio y libertad contractual. Partimos de la base que el trabajador autónomo afiliado al sindicato negociador no es un sujeto ajeno a la unidad de negociación, por lo que no habría lesión de su libertad contractual, al tratarse de "un supuesto de disponibilidad colectiva de derechos o libertades individuales"[24]. Estaríamos ante la misma situación que se produce respecto de los TRADE y sus AIP

*jurídico de negociación colectiva*, Valdés Dal-Ré (Director), Lahera Forteza (Coordinador), La Ley, 2008, p. 128

[21] SELMA PENALVA, Alejandra: "La negociación colectiva de los trabajadores autónomos", Revista de Derecho Social núm. 46, 2009, p. 197.

[22] Un análisis de las propuestas realizadas en SELMA PENALVA, Alejandra: "La negociación colectiva de los trabajadores autónomos", op. cit. p. 210-214.

[23] VIDA SORIA, José: "Art. 28.1" en Comentarios a las leyes políticas", op. cit. p. 217. Por su parte Gutiérrez-Solar Calvo se interroga acerca de la existencia o no de un concepto constitucional de trabajador que integre a los autónomos a efectos de su inclusión en la negociación colectiva, planteando en caso negativo que "el principal apoyo para el reconocimiento de la negociación colectiva vendría dado por los artículos 1 y 9.2 CE reguladores de la igualdad real". GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: "La negociación colectiva de los autónomos" en Manual jurídico de negociación colectiva , Valdés Dal-Ré (Director), Lahera Forteza (Coordinador), La Ley, Madrid, 2008, p. 1369.

[24] GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: "La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatutaria", Relaciones Laborales núm. 10, 2001, p. 5 (formato electrónico).

siendo admitido en este caso por el legislador la posible regulación colectiva de condiciones contractuales sin menoscabo de su libertad negocial, al configurar este instrumento como un medio de equilibrar la situación de debilidad de los autónomos dependientes respecto de su cliente principal.

Asimismo, la libertad que las partes negociadoras tienen a la hora de determinar su ámbito personal de aplicación se encuentra también condicionada por la representatividad de los llamados a negociarlo. La LOLS al configurar la representatividad de los sindicatos solo alude a la audiencia obtenida en las elecciones a delegados de personal y comités de empresa. Los trabajadores autónomos afiliados no son, por tanto, tenidos en consideración a estos efectos. Sin embargo, la LETA obvia esta omisión al no requerir a los sindicatos la presencia entre sus afiliados de trabajadores autónomos para atribuirles una posición jurídica singular que les otorgue la capacidad de actuar en representación de los mismos (art. 21.5 LETA) bastando para ello que tengan la consideración de más representativos conforme a los artículos 6 y 7 LOLS. Este dato es importante porque confiere a las organizaciones sindicales una importante intervención en el Consejo del Trabajo Autónomo, órgano consultivo llamado a ejercer la representación institucional del trabajo autónomo, aun cuando se trate de organizaciones que cuentan con una escasa presencia entre sus afiliados de trabajadores autónomos. Con ello queremos significar la importante función que se le atribuye a los sindicatos en la toma de decisiones en relación a este colectivo y los problemas que una adecuada representación colectiva se plantean en la realidad práctica.

Una situación de desequilibrio que también se aprecia en la situación de los trabajadores autónomos que prestan servicios en la economía bajo demanda, ya que ellos, hoy por hoy, no disponen de un instrumento que regule colectivamente las principales condiciones bajo las que deben prestar sus servicios.

### 3.1. Trabajo autónomo y convenio colectivo ¿términos excluyentes?

La LETA introdujo la posible regulación colectiva de condiciones de trabajo en relación tan solo a una categoría cualificada de trabajadores autónomos, los dependientes económicamente. De este modo, y dado el paralelismo que trazó en su configuración, abrió la puerta a una negociación colectiva si bien con un alcance muy limitado, ya que los AIP requieren del previo consentimiento del TRADE afiliado a uno de los sujetos firmantes del mismo para quedar por él vinculado. Su contenido se encuentra integrado por aquellas previsiones tendentes a regular las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha prestación así como por otras condiciones generales de contratación[25].

[25] Recordemos que el art. 1 de la Ley 7/1988 de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación, las define como "cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea

En definitiva, no estamos más que ante una regulación que supone "el reconocimiento del derecho legal a una negociación colectiva profesional"[26] por más que el legislador hiciera un esfuerzo de abstracción en su intento de evitar que la situación contractual de los TRADE y la de los trabajadores asalariados fuesen negociadas sirviéndose de los mismos instrumentos colectivos.

Un esfuerzo que a la postre resulta contraproducente por varias razones: en primer lugar, la atribución de legitimación a los sindicatos para negociar AIP ha determinado la conformación de federaciones en su seno dirigidas a aglutinar al colectivo TRADE afiliado a los mismos, circunstancia que ha provocado que a la hora de negociar estos pactos colectivos se hayan reproducido tanto la estructura como las instituciones típicamente convencionales. De este modo, en su articulado se contienen aspectos tales como duración de la jornada, vacaciones, interrupción de la actividad o promoción profesional y económica junto a otras previsiones que tradicionalmente se integran en los contenidos convencionales. El resultado son AIP en los que se fija "un canon de negociación del convenio"[27], "la ultraactividad del acuerdo"[28]mientras no sea sustituido por otro, el "reconocimiento de un crédito sindical a los representantes de los autónomos dependientes" o "el compromiso de paz social"[29].

En segundo lugar, el contenido de estos acuerdos norma cuestiones sensibles de las prestaciones de servicios de estos trabajadores autónomos, si bien las materias a negociar cuentan con un importante límite: la legislación de defensa de la competencia. Su regulación no puede soslayar la libre competencia y de ahí que la normativa en cuestión declare prohibidas las conductas colusorias dirigidas a falsearla señalando entre ellas los acuerdos, decisiones o recomendaciones dirigidas a fijar de forma directa o indirecta los precios u otras condiciones comerciales o de servicio. Aparece así un elemento que pue-

impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos."

[26] MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: "Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo", CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social núm. 295, 2007, p. 75. Martín Jiménez en relación a estos instrumentos señala que "difícilmente puede creerse que no sean una traslación (o copia descafeinada y mínimamente adaptada) de los convenios colectivos". MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: "Las fuentes reguladoras del trabajo autónomo" en Estatuto del Trabajo Autónomo, op. cit. p. 120.

[27] Art. 22 del AIP suscrito entre la empresa SERTRANS Cataluña S .A y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) celebrado el 13 de mayo de 2009 (DOGC 6julio 2011).

[28] Art. 5 del AIP suscrito entre la empresa Lozano Transportes SAU y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) celebrado el 28 de julio de 2010 (DOGC 25 marzo 2011).

[29] DA1» y 2» del AIP suscrito por los transportistas autónomos de PANRICO, celebrado el 14 de abril de 2009.

de afectar a la línea de flotación de estos acuerdos que trascienden la esfera de los contratos individuales.

Es controvertida la interpretación de este límite por cuanto si partimos de la situación de debilidad contractual que tiene el TRADE, circunstancia que es además la detonante del régimen más protector que le dispensa la LETA, es evidente que la fijación colectivamente pactada de las condiciones en las que debe desarrollarse su actividad profesional conlleva, entre otras, la fijación de una tarifa de precios[30]. Lo mismo puede decirse de las restantes materias que pueden ser reguladas por el AIP tales como jornada, horarios, interrupción de actividades, conciliación respecto de las cuales no cabe una rebaja unilateral de su regulación y de las que cabría apreciar una afectación de la competencia. Desde esta perspectiva, la compatibilidad entre el AIP y las normas de defensa de la competencia quedaría *de facto* en entredicho. La razón de tal cuestionamiento se encuentra en el art. 101 TFUE y la interpretación que del mismo ha realizado el TJUE en relación a la posibilidad de que un convenio colectivo pueda contener previsiones que afecten a trabajadores autónomos. La norma comunitaria prohíbe en su apartado primero las prácticas concertadas que tengan por objeto u efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia y en particular las que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción. Esta prohibición se ve posteriormente exceptuada si esas prácticas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o fomentan el progreso técnico o económico y reserven, al mismo tiempo a los usuarios, una participación equitativa en el beneficio resultante (art. 101.3 TFUE). En consecuencia, dado que el fin al que se dirigen los AIP es establecer una marco prestacional más equilibrado entre los TRADE y sus clientes, y dado que su dependencia económica rompe con la paridad contractual que como trabajadores autónomos se les supone, cabría entender que tales acuerdos están cubiertos por la mencionada excepción por lo que el establecimiento de unas condiciones mínimas de ejecución de la prestación, incluidas la relativas a la contraprestación económica, no es contrario a la normativa comunitaria y nacional.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta las nuevas formas de prestación de servicios en la economía bajo demanda, en las que las notas de autonomía y laboralidad entran de nuevo en una zona gris, cabe cuestionarse si sería admisible que un convenio colectivo entrase a regular la prestación de servicios de aquellos autónomos que están contractualmente vinculados a estas

[30] Hay autores que consideran que negar al AIP la posibilidad de regular la materia económica supone convertirlo en un instrumento vacío de contenido. En este sentido, BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: "La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA", REDT núm. 149,2011, p. 93.

plataformas digitales bajo unas condiciones que pueden dar lugar a otra línea fronteriza con el trabajo asalariado. Dicho de otro modo, convenio colectivo y trabajo autónomo en la nueva economía digital ¿son términos excluyentes?

En supuestos referidos a situaciones "tradicionales" de prestación de servicios, la jurisprudencia del TJUE se ha mostrado contraria a su equiparación. El punto de partida lo situamos en su sentencia de 4 de diciembre 2014 (Asunto FNV)[31] en el que se cuestiona la afectación de la normativa sobre competencia por parte de un convenio colectivo que regulaba los honorarios que debían percibir los trabajadores autónomos que fuesen contratados para sustituir a trabajadores asalariados en el marco de la misma prestación de servicios, estando unos y otros representados por el mismo sindicato firmante. En su análisis el tribunal europeo hace mención a pronunciamientos anteriores[32] en los que, aun admitiendo que los acuerdos colectivos pueden incidir negativamente sobre la competencia, antepone los objetivos de política social que con tales acuerdos se persiguen. De este modo, la mejora de las condiciones de empleo y trabajo son prevalentes a la prohibición contenida en el art. 101.1 TFUE por lo que "los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del art. 101 TFUE".

A pesar de esta posición, cuando en el Asunto FNV se pregunta por la inclusión de los trabajadores autónomos sustitutos en el convenio colectivo negociado por el sindicato al que se encuentran afiliados, la respuesta tiene un marcado matiz negativo apoyándose para ello en dos pilares: el primero, la (errónea) identificación de los conceptos "empresa"[33] y "trabajador autónomo" por lo que, al tratarse de operadores económicos independientes que ofrecen sus servicios a un determinado mercado a cambio de una remuneración, respecto de ellos rige el contenido del art. 101.1 TFUE. En segundo lugar, niega al sindicato pactante tal consideración, disponiendo que cuando actúa como representante de los trabajadores autónomos a él afiliados su condición no es la de interlocutor social pasando a ser la de asociación empresarial. En definitiva,

[31] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala primera, de 4 de diciembre de 2014, C-4 13/2013 (FNV Kunsten Informatie en Media y Staat der Nederlanden). 32 STJUE de 21 de septiembre de 1999 (Asuntos Albany, C-67/96); (Asunto Bentjen's, C-1 15/ 97 a C-1 1 1//97) ; (Asunto Drijvende Bokken, C-219/97)

[32] STJUE de 21 de septiembre de 1999 (Asuntos Albany, C-67/96); (Asunto Bentjen's, C-1 15/ 97 a C-1 1 1//97) ; (Asunto Drijvende Bokken, C-219/97).

[33] En la STJUE de 23 de abril de 1991 (Asunto Hšfner y Elser, C-41/90) se establece que en el contexto del derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.

cierra las puertas a una determinación homogénea de condiciones de trabajo entre prestadores asalariados y autónomos mediante su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo[34].

Quizá solo desde un cambio en la forma de entender el trabajo en la sociedad actual puede avanzarse hacia una respuesta que satisfaga la necesidad de protección colectiva de estos nuevos trabajadores. Máxime si tenemos en cuenta los beneficios sociales que ello puede reportar. El recurso al trabajo en régimen de autonomía, cuando las condiciones de prestación están próximas a la laboralidad aun cuando no son coincidentes con la misma, está falto de una adecuada regulación. Y es esta ausencia la que está provocando no solo un aumento de falsos autónomos sino también una disminución de las condiciones en las que puede desarrollarse el trabajo por cuenta propia. A todo ello debe añadirse el fracaso de la figura de TRADE si nos remitimos a las cifras oficiales[35]. La creación de esta figura tenía como finalidad la protección de un colectivo de trabajadores en previsible aumento, sometidos a unas características prestacionales determinadas, en nuestra opinión, más próximas a la laboralidad que a la autonomía. Sin embargo, ha bastado una década para demostrar que los empleadores rehúyen del estatuto de semi laborales que la LETA confirió a estos trabajadores y que siguen apostando por la autonomía como fórmula para revestir el negocio jurídico que celebran.

### 3.2. El convenio colectivo como límite al dumping social

Entre las causas que han propiciado el considerable aumento del colectivo de trabajadores autónomos en estos nuevos yacimientos de empleo vinculados a las nuevas tecnologías[36] se encuentran la menor protección colectiva que ostentan, la evidente reducción de costes sociales que persiguen las empresas

[34] En la STJUE de 12 de septiembre de 2000 (Asunto Paulov, C-180/98 a C-184/98) se establecía que "el Tratado no contiene ninguna disposiciónÉ .que incite a los miembros de profesiones liberales a celebrar acuerdos colectivos destinados a mejorar sus condiciones de empleo y de trabajo...". En opinión de Cabeza Pereiro "El argumento subyacente de que, a fin de cuentas, la Unión Europea no ha previsto mecanismos de diálogo social para el trabajo por cuenta propia similares a los existentes para el trabajo asalariado a partir del Tratado de Maastricht es muy poco convincente desde una perspectiva de toma en consideración de los derechos fundamentales". CABEZA PEREIRO, Jaime: "Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo", Trabajo y Derecho núm. 3, 2015, p. 7 (formato electrónico).

[35] Según el Resumen de resultados de trabajadores autónomos en alta propiamente dicho correspondiente al tercer trimestre de 2017, el número de TRADE actualmente registrados es de 10.099. Esta cifra supone un descenso respecto del trimestre anterior y está muy alejada de los 400.000 TRADE cuya existencia se preveía en el Informe de la comisión de expertos para la elaboración de un Estatuto del trabajador autónomo en 2005.

[36] Prestadores de servicios consistentes en recoger, lavar y devolver la ropa planchada a domicilio (Washio), cocinero a domicilio (Chefly) o la realización de duplicados de artículos (spunwrite) se han convertido en servicios habituales desde hace poco tiempo.

y la amplia libertad que la autonomía de las partes posee en el ámbito civil o mercantil (señaladamente para la parte contractualmente más fuerte, la empresa digital). La falta de una respuesta legal que discipline las condiciones en las que ha de desarrollarse el trabajo en estas plataformas está dando lugar a una huida del Derecho del Trabajo solo corregida por escasos pronunciamientos judiciales en los que se califica la prestación de servicios en una determinada plataforma digital como laboral. Una huida que tiene como efectos inmediatos "la desregulación, la individualización y la desindicalización, lo que provoca a su vez un fenómeno muy semejante al de la implantación del trabajo precario, aunque este último se encuentre dentro de las fronteras del Derecho del Trabajo"[37].

La STJUE de 4 de diciembre de 2014 antes mencionada señala de forma colateral que únicamente quedará excluido del ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE el convenio colectivo que regule las condiciones económicas de un trabajador autónomo cuando se trate de un falso autónomo "es decir, de un prestador que se encuentra en una situación comparable" a la de los trabajadores por cuenta ajena que presten servicios para el mismo empresario. Sin tener que recurrir a la respuesta judicial ante la falsa autonomía[38] la inclusión de los trabajadores autónomos sin asalariados en los convenios colectivos de estas empresas digitales sería una buena forma no solo de homogeneizar con el carácter de mínimos las condiciones contractuales de estas prestaciones, sino también de sentar las bases que eviten el dumping social consistente en convertir forzadamente a los trabajadores por cuenta ajena en trabajadores autónomos. Debemos tener en cuenta que asistimos a nuevas formas de prestación en las que, junto a una jornada de trabajo en la que no existe límite máximo, las condiciones económicas unilateralmente fijadas por la plataforma digital son a menudo modificables a la baja al no estar sometidas a un salario mínimo[39].

---

[37] BAYLOS GRAU, Antonio: "La "huida" del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización" en El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar ", Alarcón, M.R. y Mirón, M» M. (Coordinadores), Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 41.

[38] Dagnino, en opinión que compartimos, señala que "la estrategia judicial no es capaz de cubrir las múltiples expresiones que el modelo económico propone en las diversas plataformas, y que tampoco puede dejarse a pronunciamientos judiciales variables la determinación del acceso o no a un sistema de tutela, ya que los mismos se basan en test y criterios referidos a sistemas productivos diferentes". DAGNINO, Emmanuele: " Uber Law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo (Adapt) núm. 3, 2015, p. 27 (formato electrónico).

[39] El SMI es la respuesta del legislador a la espiral negativa de decrecimiento y desempleo que los bajos salarios de los trabajadores provocan. Si a través de la figura de los autónomos sacamos a la mayoría de la ciudadanía de esa regulación, volverán los peligros de una débil demanda interna derivada de un escaso poder de compra de los ciudadanos. TODOLÍ SIGNES, Adrián: "El trabajo en la economía colaborativa" op. cit. p. 35 citando a EDSFORTH, R. "The new deal: America's response to the great depression", Oxford, 2000 y a CHERRY, M.:

Sirva de ejemplo la tarifa por servicio fijada por UBER cuya cuantía puede ser reducida por acuerdo entre el propio trabajador y el cliente; o la forma de selección del prestador que se lleva a cabo en Stickphoto.com en el que el parámetro es la oferta más baja propuesta por quien aspira a obtener el correspondiente encargo.

En un contexto económico en el que se impone la precarización, las situaciones de debilidad contractual adquieren diversos matices. Apostar por la fijación en convenio colectivo de unas condiciones de realización del trabajo independientemente de la calificación jurídica del prestador supondría limitar no solo la expansión de la falsa autonomía sino que permitiría evitar la progresiva devaluación del propio trabajo autónomo. Tres son las razones que a nuestro juico avalarían esta posibilidad: por un lado, la cláusula laboralizadora de la Disposición Adicional 1ª del ET, bajo cuyo tenor el trabajo por cuenta propia no está sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente, sentando así las bases para llevar a cabo una regulación de determinados derechos con un contenido que en muchos aspectos son coincidentes a los de los trabajadores asalariados variando tan solo el mode lo de empresa en el que se prestan.

En segundo lugar, la atribución a los sindicatos de la defensa colectiva de los trabajadores autónomos (art. 19.4 LETA) promoviéndose su integración en la negociación colectiva permitirá, al tener una visión más amplia de las nuevas formas de prestación existentes, ir sentando las bases para la conformación de un concepto de empresa digital que la desvincule de la tradicional fordista, acreedora de nuevas obligaciones y generadora de nuevas formas de subordinación. La protección conjunta de trabajadores autónomos y asalariados afiliados al mismo sindicato y que prestan servicios en similares condiciones permitirá responder mejor a sus necesidades, abandonándose "un modelo representativo sometido a una parcelación inoperante" en beneficio de "un sistema sindical de coordinación que garantice una representación y acción colectiva eficaz"[40].

Y por último, la previsión del art. 101.3 TFUE que excluye la prohibición cuando el acuerdo que mejore la producción o distribución de productos, fomente el progreso técnico y económico y reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. La fijación de un suelo de contratación para los trabajadores digitales sometidos a esta debilidad contractual daría cumplimiento a esta previsión, evitando la realización de prestaciones de servicios a la baja. Podría frenarse así este movimiento expansivo hacia el trabajo por cuenta propia, a través de la negociación de unas condiciones co-

"Working for (virtually) mínimum wage: Applying the fair labors standars act in cyberspace", Alabama Law Rewiew, 2009.

[40] SÁEZ LARA, Carmen: "La representación colectiva de los trabajadores....", op.cit. p. 328.

munes de prestación relativas a determinados aspectos de la relación jurídica, ya sea laboral, civil o mercantil. Una opción que requerirá como señala CABEZA PEREIRO una armonización tanto del Derecho comunitario como de los Derechos nacionales pues "cuando la titularidad de la libertad sindical alcanza pacíficamente el trabajo autónomo, no deja de ser muy artificiosa una doctrina que contempla la representación de los intereses de los trabajadores por cuenta propia por el sujeto sindical como una anomalía".[41]

## 4. CONCLUSIONES

Hace casi dosdécadas, AVILÉS OJEDA[42] señalaba el rechazo de parte de la doctrina a la ampliación de los derechos colectivos de los trabajadores autónomos justificándose en el peligro del dumping social y con él la expulsión del trabajador dependiente del mercado de trabajo, integrándose en el ámbito del trabajo por cuenta propia. Pues bien, aún sin ampliar esos derechos colectivos ese peligro ya ha llegado. Las nuevas formas de empleo prestadas a través de plataformas digitales están determinando nuevas configuraciones en el perfil de trabajador autónomo a las que el Derecho debe dar respuesta.

La globalización, el uso de las tecnologías de la información y la crisis económica se han conjurado para dar forma a una nueva figura contractual, el trabajador autónomo 4.0., caracterizado por conservar su libertad en la mayoría de los aspectos fundamentales de su prestación de servicios si bien se ve abocado a utilizar la economía digital para adquirir un volumen de negocio u obtener unos ingresos sin los cuales no podría garantizarse su subsistencia. No estamos ante un trabajador autónomo dependiente económicamente en el sentido configurado por el art. 11.1 LETA, sino más bien, ante un trabajador autónomo que utiliza la tecnología digital para diversificar su clientela, salir de la situación de desempleo o completar unos ingresos insuficientes y que queda sometido al imperativo contractual de la economía bajo demanda.

Una situación de indefensión contractual que es paralela a la que tiene el trabajador asalariado respecto del contrato de trabajo, por lo que deberíamos comenzar a plantearnos la posible ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos a todos aquellos trabajadores que, como autónomos o asalariados, se encuentran sometidos al dictado de una contraparte, homogeneizando las condiciones de su prestación cuando ésta pueda llevarse a cabo de una u otra forma. Quizá, desde esta perspectiva, pueda el convenio co-

[41] CABEZA PEREIRO, Jaime: "Derecho de la competencia, libertad de establecimiento....", op. cit. p. 7 (formato electrónico).

[42] OJEDA AVILÉS, Antonio: "La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos". Aranzadi Social núm. 10, 2000.

lectivo servir de barrera que frene el dumping social hacia el trabajo autónomo forzado o falso, ayudando así a clarificar las fronteras entre el trabajo prestado en régimen de independencia plena y el que no posee esas notas cualificadoras.

El individualismo que la economía digital impone y su sujeción a condiciones contractuales en similares términos a las impuestas a los trabajadores subordinados convierten al sindicato y a la negociación colectiva en los mejores instrumentos de protección de estos autónomos 4.0. Un sindicato "es representante de los trabajadores afiliados y, además, representativo de la generalidad de todos los que están incluidos en su ámbito funcional y territorial de actuación"[43] . Como señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "cada vez que un trabajador sale de un convenio colectivo dentro de cuyo ámbito podría estar, sindicatos y empresarios pierden un jirón de su poder normativo de las relaciones de trabajo"[44]. Consecuentemente, ¿por qué no evitarlo nivelando con el carácter de mínimos las condiciones bajo las que se prestan los servicios en la economía bajo demanda?. Una necesidad que, dado la importancia que estas formas de prestación de servicios están obteniendo, ya está siendo oída por las instancias comunitarias al pedir a los Estados Miembros que garanticen unas condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de este tipo de economía con independencia de su status[45].

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUÍZ, Icíar: "Derechos colectivos del trabajador autónomo" en *Tratado del Trabajo Autónomo*, Barrios Baudor (Director), Thomson Aranzadi, Navarra, 2009

- BAYLOS GRAU, Antonio: "La "huida" del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización" en *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar"*, Alarcón, M.R. y Mirón, M» M. (Coordinadores), Marcial Pons, Madrid, 2000 "¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso", Catarata, Madrid, 2012.

[43] BAYLOS GRAU, Antonio: "¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso", Catarata, Madrid, 2012, p. 34.

[44] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Mª Luz: "Ámbitos de los convenios colectivos...", op. cit. p. 185.

[45] Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea paramía la Economía Colaborativa (2017/2003 (INI)). En este documento el té rmino "econo colaborativa" recoge los distintos modelos de negocio a través de los cuales se crea un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos tanto por particulares de manera ocasional (pares) como por prestadores de servicios que actúan a titulo profesional.

- BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: "La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectiva s y reflexiones tras la LETA", REDT núm. 149,2011

- CABEZA PEREIRO, Jaime: "Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo", Trabajo y Derecho núm. 3, 2015

- CASAS BAAMONDE, M» Emilia - RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel: "El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo", Relaciones Laborales núm. 7, 2000

- CRUZ VILLALÓN, Jesús: "La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales", Relaciones Laborales nº 7, 1999 "Prólogo" en *Estatuto del Trabajo Autónomo*, Tecnos, Madrid, 2007

- DAGNINO, Emmanuele: "Uber Law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo (Adapt) núm. 3, 2015

- GUERRERO VIZUETE, Esther: "Aproximación al ámbito subjetivo del trabajador autónomo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz: "La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatutaria", Relaciones Laborales núm. 10, 2001 La negociación colectiva de los autónomos" en *Manual jurídico de negociación colectiva*, Valdés Dal-Ré (Director), Lahera Forteza (Coordinador), La Ley, Madrid, 2008

- MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: "Las fuentes reguladoras del trabajo autónomo" en "Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007 de 11 de julio", Thomson Civitas, Navarra, 2007

- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: "Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo", CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social núm. 295, 2007

- MONTOYA MELGAR, Alfredo- MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: "Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007 de 11 de julio", Thomson Civitas, Navarra, 2007

- OJEDA AVILÉS, Antonio: "La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos". Aranzadi Social núm. 10, 2000

"La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial del Estatuto del autónomo", Aranzadi Social núm. 4, 2009

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M» Luz:

"Ámbitos de los convenios colectivos estatutarios y estructura de la negociación colectiva" en *Manual jurídico de negociación colectiva*, Valdés Dal-Ré (Director), Lahera Forteza (Coordinador), La Ley, 2008

"Colectivos de trabajadores que necesitan una intensa protección del sindicato", Relaciones Laborales núm. 20, 2001

- RUBIO DE MEDINA, M» Dolores: "El Estatuto del trabajo autónomo y su reglamento", Bosch, Barcelona, 2009

- SÁEZ LARA, Carmen: "La representación colectiva de los trabajadores en la empresa", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 58, 2005

- SELMA PENALVA, Alejandra: "La negociación colectiva de los trabajadores autónomos", Revista de Derecho Social núm. 46, 2009

- SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M.: "Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral" en *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez-Rodas Navarro y Garrido Pérez (Directoras), Laborum, 2016

- TODOLÍ SIGNES, Adrián: "El trabajo en la economía colaborativa", Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

- VIDA SORIA, José: "Artículo 28.1" en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Alzaga Villaamil (Director), Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 1983

- VIDA SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José L.; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y MORENO VIDA, M» Nieves: "Manual de Derecho Sindical", Comares, Granada, 5ª edición.

# LÍMITES A LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ

*Profesor Agregado y TU Acreditado*

Universidad de Oberta de Catalunya (UOC)

ÍNDICE

1. REFORMA DE 2012, CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA Y PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA: DELIMITACIÓN DEL DEBATE
2. EL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA: ELEMENTOS DELIMITADORES
3. CONCRECIÓN JUDICIAL DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA
4. LA EXCEPCIÓN A UNA SÓLIDA LÍNEA DOCTRINAL: LA STS 23 DE FEBRERO 2017 (REC. 146/2016)
5. CONTRATAS QUE COMPARTEN CENTRO DE TRABAJO CON LA PRINCIPAL Y (POSIBLE) VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA
6. LA PRIORIDAD APLICATIVA NO ES EXTENSIBLE AL CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO INFERIOR AL DE EMPRESA
7. VALORACIÓN FINAL: UN "CONTRAPUNTO" A LA REFORMA DE 2012 Y ALGUNAS "ALTERNATIVAS"

## 1. REFORMA DE 2012, PRIORIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA Y PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA: DELIMITACIÓN DEL DEBATE

Uno de los objetivos de la reforma laboral de 2012 era dotar a la estructura de la negociación colectiva de mayor "flexibilidad" (o, dicho de otro modo, romper la "rigidez" de costes que la eficacia general de los convenios colectivos "propiciaba"). Por este motivo (y muy probablemente por otros también), se otorgó prioridad aplicativa *ex* art. 84.2 ET al convenio colectivo de empresa y se habilitó su posible negociación en cualquier momento (art. 89,1, párrafo 2º en relación con el art. 84.2 ET).

No obstante, la posibilidad que brinda el citado art. 84.2 ET ha suscitado una particular controversia judicial (afectando, entre muchos sectores, a las denominadas empresas multiservicios en particular). En concreto, recientemente, la AN (en repetidas ocasiones como se verá) y el Tribunal Supremo[1] han declarado, manteniendo una doctrina prácticamente unánime, la nulidad de convenios colectivos de empresa por violación del principio de correspondencia y, a su vez, la imposibilidad de extender la citada prioridad aplicativa a los convenios de ámbito inferior al de la empresa. Elementos que, combinados, han impedido una extensión más generalizada del propósito perseguido por el Legislador en 2012.

Pues bien, el objeto del presente ensayo consiste, por un lado, en analizar los elementos delimitadores del citado principio, así como la concreción judicial de este consolidado criterio interpretativo; y, por otro, en abordar de forma especial (y con carácter crítico) la excepción que recientemente ha fija-

[1] Recientemente, al menos, en estos casos, SSTS 19 de julio 2017 (rec. 212/2016) – confirma SAN 20 de mayo 2016 (proc. 102/2016); 20 de junio 2017 (rec. 177/2016) – confirma SAN 3 de marzo 2016 (proc. 315/2015); 18 de abril 2017 (rec. 154/2016) – confirma SAN 10 de marzo 2016 (proc. 7/2016); 14 de marzo 2017 (rec. 105/2016) – confirma SAN 17 de septiembre 2015 (proc. 169/2015); 7 de marzo 2017 (rec. 58/2016) – confirma SAN 17 de noviembre 2015 (proc. 277/2015); 25 de enero 2017 (rec. 40/2016) – confirma SAN 23 de septiembre 2015 (proc. 191/2015); 22 de noviembre 2016 (rec. 20/2016) – confirma SAN 9 de septiembre 2015 (proc. 175/2015); 10 de junio 2016 (rec. 209/2015) – confirma SAN 9 de marzo 2015 (proc. 2/2015); 24 de febrero 2016 (rec. 268/2013) – confirma STSJ Castilla y León\Burgos 23 de julio 2013, rec. 2/2013); 23 de febrero 2016 (rec. 39/2015) – confirma SAN 4 de julio 2014 (proc. 120/2014); 18 de febrero 2016 (rec. 93/2015) – confirma SAN 5 de septiembre 2014 (proc. 167/2014); 18 de febrero 2016 (rec. 282/2014) – confirma SAN 5 de febrero 2014 (proc. 47/2013); 21 de diciembre 2015 (rec. 6/2015) – confirma SAN 13 de junio 2014 (proc. 104/2014); 10 de junio 2015 (rec. 175/2014) – confirma SAN 25 de septiembre 2013 (proc. 233/2013); 9 de junio 2015 (rec. 149/2014) – SAN 18 de octubre 2014, proc. 268/2013); 20 de mayo 2015 (rec. 6/2014) – confirma SAN 13 de noviembre 2013 (proc. 424/2013); 25 de noviembre 2013 (rec. 87/2013) – confirma STSJ Castilla la Mancha 1 de febrero 2013 (rec. 11/2012); y 7 de marzo 2012 (rec. 37/2011) – confirma SAN 14 de enero 2011 (proc. 213/2010).

do el propio Tribunal Supremo al mismo (sentencia 23 de febrero 2017, rec. 146/2016). Como complemento de esta aproximación, también se explora las posibilidades de extender esta doctrina a las contratas que, contando con su propio convenio colectivo de empresa, comparten centro de trabajo con las empresas principales. En la parte final de este estudio se abordan los argumentos que han llevado al Alto Tribunal a negar la prioridad aplicativa de los convenios de ámbito inferior al de la empresa y, para concluir, se lleva a cabo una (breve) valoración crítica sobre el impacto de la reforma a la luz de esta doctrina y se plantean (también de forma escueta) posibles alternativas al escenario vigente.

## 2. EL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA: ELEMENTOS DELIMITADORES

Como expone la STS 9 de mayo 2017 (rec. 115/2016), al delimitar los contornos de la prioridad aplicativa *ex* art. 84.2 ET, "parece claro que se refiere a los convenios colectivos estatutarios y no a los extraestatutarios o a los pactos o acuerdos de empresa". De modo que este precepto "como excepción al principio de no concurrencia de convenios, se aplica a los convenios colectivos regulados en el Título III del ET. Ello significa que, vigente un convenio anterior, los sujetos legitimados en el ámbito empresarial podrán negociar un convenio de empresa que una vez firmado, depositado y publicado tendrá preferencia aplicativa en las materias relacionadas en el artículo 84. 2 ET". Lo que significa que, "si la concurrencia se produce con otro instrumento negocial (convenio extraestatutarios o pacto o acuerdo de empresa), no existirá tal preferencia aplicativa".

A partir de esta premisa, y sin perjuicio de lo que se expondrá con ocasión de los convenios colectivos de ámbito inferior al de la empresa, en síntesis, en todos estos casos, el conflicto surge a raíz de la negociación de un convenio colectivo de empresa por los representantes de los trabajadores de no todos los centros de trabajo de la empresa y con la pretensión de extender su aplicación a todos ellos.

Como afirma la STS 14 de julio 2016 (rec. 219/2015) se plantea "un problema de correspondencia entre la representación y la unidad de negociación, cuando los representantes de los trabajadores han sido elegidos por alguno o algunos de los centros de trabajo, puesto que su representatividad queda limitada a los ámbitos en los que fueron elegidos, a tenor con lo dispuesto en los arts. 62 y 63 ET".

En estos casos, la jurisprudencia[2] está manteniendo la nulidad de estos convenios colectivos en base a los siguientes elementos (tres):

**a. La triple legitimación para negociar los convenios colectivos estatutarios:**

"las legitimaciones inicial, deliberativa y plena o decisoria, exigidas por los arts. 87, 88 y 89 ET, constituyen requisitos sucesivos y acumulativos de ineludible cumplimento, de manera que el presupuesto para alcanzar acuerdos es que se haya producido una negociación con sujetos con legitimación inicial y deliberativa suficientes; dado que la negociación colectiva comporta precisamente que todos los sujetos legitimados, por minoritarios e irrelevantes que sean, tienen derecho a participar en la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 CE, sin que quepa alcanzar acuerdos por la mayoría, si no han tenido acceso a la negociación quienes debían negociar legalmente, puesto que, si se hiciera así, se vaciaría de contenido el principio de representatividad, anudado al de correspondencia entre representación y unidad negociadora, en la negociación colectiva".

**b. Momento en que ha de existir y probarse la legitimación:**

Debe ser el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, esto es, cuando se constituye la mesa negociadora, debiéndose excluir de cómputo las variaciones posteriores a la constitución de la comisión negociadora. Regla que debe entenderse aplicable a los distintos tipos de legitimación anteriormente referidos.

**c. La ineludible e insubsanable exigencia del principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo**

Elemento que se construye a partir de las siguientes premisas

a) Para que el convenio colectivo tenga la naturaleza estatutaria y el carácter de norma jurídica de afectación general tiene que haber sido negociado cumpliendo las exigencias contenidas sobre la negociación colectiva en el Título III ET.

b) Ante el empresario los representantes de personal únicamente pueden ejercitar "la representación para la que fueron elegidos" (arg. *ex* art. 60.2 ET), y si estaba circunscrita a un concreto centro de trabajo no es extensible, irradiable o ampliable al resto del colectivo de trabajadores de la empresa de distintos centros aunque carecieran de representación unitaria.

[2] Entre otras, SSTS 7 de marzo 2012 (rec. 37/2011); 20 de mayo y 10 de junio 2015 (rec. 6/2014 y 175/2014); 21 de diciembre 2015 (rec. 6/2015); (2) 18 de febrero y 14 de julio 2016 (rec. 282/2014; rec. 93/2015; y rec. 219/2015).

c) El principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo, – y en su aplicación concreta a los comités de empresa y delegados de personal de la empresa -, exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el ámbito del convenio de empresa ha de corresponderse estrictamente con el de afectación del convenio colectivo y que no afecta a la legitimación – que es una cuestión de orden público – el hecho de que los restantes centros de trabajo de la empresa no tengan representación unitaria, pues la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete a los trabajadores de dichos centros y la inexistencia de los mismos no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo[3].

## 3. CONCRECIÓN JUDICIAL DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA

El contenido de esta doctrina se ha concretado (sin ánimo de exhaustividad) a partir de los criterios siguientes:

En primer lugar, se ha establecido que un comité de centro no puede negociar un convenio de empresa que afecte a otros centros de trabajo, aunque el déficit de representación sea cubierto por comisiones *ad hoc*, puesto que dichas comisiones no tienen legitimidad para ello[4]. Especialmente porque "el procedimiento de elección de 'comisiones ad hoc', regulado en el art. 41.4 ET, al que se remiten los arts. 41, 47, 51 y 82.3 ET, no es aplicable a la negociación de los convenios colectivos estatutarios, cuyas legitimidades se regulan en los arts. 87, 88 y 89 ET".

Y, en términos similares, se ha entendido que la representación unitaria del único centro de trabajo de una empresa, "carece de legitimación para negociar un convenio colectivo que pudiera extender su ámbito de aplicación fuera del límite geográfico que se correspondía con su propia representatividad" [en este caso, de ámbito estatal] (aunque en el momento de publicación del convenio no conste que existieran otros centros de trabajo y que, en consecuencia, la empresa solo podía negociar con la representación del único centro existente). Especialmente porque la ruptura del principio de correspondencia ponía en

[3] Para complementar esta aproximación, es importante recordar que esta doctrina del principio de correspondencia también se ha aplicado en lo concerniente a la legitimación para promover el proceso de conflicto colectivo (STS 30 de septiembre 2008, rec. 90/2007); o con relación a los legitimados para negociar durante el periodo de consultas en un despido colectivo (STS 25 de noviembre 2013, rec. 87/2013)

[4] SAN 16 de septiembre 2013 (proc. 314/2013).

peligro la participación de los ulteriores trabajadores incorporados a la empresa en centros de trabajo distintos[5].

En segundo lugar, también se ha entendido que aunque quede acreditado que los trabajadores de los centros de trabajo sin representación han dado representación suficiente a los representantes unitarios de los centros con representación, estos siguen sin ostentar la legitimación suficiente para negociar un convenio colectivo aplicable a todos los centros de trabajo "pues tal representación no está prevista en el art. 87.1 del ET"[6].

En tercer lugar, también se ha dictaminado que el principio de correspondencia se ha quebrado si el convenio colectivo reduce su aplicación a los trabajadores representados en la negociación por los comités de empresa intervinientes en la negociación y firma del convenio, pero se incluyen a todos los trabajadores que a nivel nacional se contraten a partir de su entrada en vigor[7].

Y, en cuarto lugar, tampoco es admisible si aparentemente se negocia y publica un convenio de centro de trabajo, pero de la lectura de su articulado puede inferirse su vocación empresarial, pretendiendo su aplicación a trabajadores de otros centros de trabajo[8].

Partiendo de la base de que la legitimación "debe existir y probarse en el momento de constitución de la comisión negociadora"[9], esta doctrina también ha impedido que el convenio pueda ser subsanado *a posteriori*, reduciendo el ámbito del convenio a los centros representados[10] y aunque lo proponga la propia DGE[11], por cuanto la ruptura del principio de correspondencia constituye vicio insubsanable[12]. En definitiva, no cabe "la posibilidad de que si una comisión negociadora se constituye inicialmente con la finalidad de negociar un Convenio de ámbito empresarial, una vez concluida la negociación pueda alterarse tal ámbito de aplicación"[13].

---

[5] STS 10 de junio 2015 (rec. 175/2014). Ver también, SSAN 10 de julio 2017 (proc. 160/2017); y 5 y 11 de mayo 2017 (proc. 69/2017 y 106/2017).

[6] STS 18 de febrero 2016 (rec. 282/2014). El mismo reproche de legalidad ha recibido el convenio suscrito inicialmente por quien no ostentaba la condición de representante de los trabajadores, aunque se asumiera posteriormente por delegados elegidos posteriormente, dado que no se aseguraban el principio de correspondencia (SAN 10 de marzo 2016, proc. 7/2016).

[7] STS 18 de febrero 2016 (rec. 93/2015).

[8] SAN 16 de marzo 2016 (proc. 12/2016).

[9] SAN 17 de febrero 2016 (proc. 289/2015).

[10] Entre otras, SSAN 27 de enero 2016 (proc. 320/2015); y 6 de abril 2016 (proc. 360/2015).

[11] SAN 17 de febrero 2015 (proc. 326/2014).

[12] Entre otras, SAN 4 de mayo 2015 (proc. 62/2015).

[13] SSAN 7 de marzo 2016 (proc. 380/2015); y 8 de marzo 2016 (proc. 5/2016).

Del mismo modo tampoco podría subsanarse por la empresa unilateralmente y de forma extemporánea, si la voluntad de los negociadores fue siempre negociar un convenio de empresa[14]. Ni, incluso, en el caso de que no haya un convenio sectorial de aplicación[15]. Y, tampoco sería posible convertir al convenio de empresa en uno extraestatutario[16].

## 4. LA EXCEPCIÓN A UNA SÓLIDA LÍNEA DOCTRINAL: LA STS 23 DE FEBRERO 2017 (REC. 146/2016)

A pesar de la solidez de la doctrina jurisprudencial expuesta es importante tener en cuenta que la STS 23 de febrero 2017 (rec. 146/2016) – que casa la SAN 4 de marzo 2016 (rec. 17/2016) - introduce un "matiz interpretativo" disruptivo con la misma, pues, dictamina que, en aras al *favor negotii*, la cláusula que extiende el ámbito de aplicación más allá de la representatividad de los negociadores es un "añadido" que no provoca la nulidad de todo el convenio.

Aunque la STS 20 de junio 2017 (rec. 177/2016) ha calificado a este pronunciamiento como una "muy matizada excepción", conviene centrarse en su fundamentación, porque lejos de "corregirla", entiende que es "aplicable únicamente a los efectos limitados de la nulidad del convenio en razón al principio *favor negoti* y, muy particularmente, a la masiva adhesión posterior de distintos colectivos de los trabajadores afectados".

El elemento central de la argumentación de la STS 23 de febrero 2017 (rec. 146/2016) gravita sobre el principio de conservación del negocio jurídico «favor negotii»[17] y la relativización de los efectos de la cláusula convencional

[14] SAN 16 de junio 2016 (proc. 140/2016).

[15] SAN 13 de abril 2016 (proc. 52/2016).

[16] SAN 30 de junio 2014 (proc. 80/2014). Finalmente, es importante tener en cuenta que (además de los supuestos explícitamente citados) este planteamiento está siendo empleado de forma reiterada por la AN en diversos supuestos (sin ánimo de exhaustividad): SAN 9 de marzo 2015 (proc. 2/2015); SAN 12 de marzo 2015 (proc. 7/2015); SAN 2 de junio 2015 (proc. 111/2015); SAN 24 de abril 2013 (proc. 79/2013); SAN 11 de septiembre 2013 (proc. 219/2013); SAN 25 de septiembre 2013 (proc. 233/2013); SAN 13 de noviembre 2013 (proc. 424/2013); SAN 29 de enero 2014 (proc. 431/2013); SAN 17 de febrero 2014 (proc. 470/2013); SAN 28 de marzo 2014 (proc. 33/2014); SAN 13 de junio 2014 (proc. 104/2014); SAN 8 de septiembre 2015 (proc. 175/2015); SAN 15 de septiembre 2015 (proc. 126/2015); (2) 17 de septiembre 2015 (proc. 169/2015 y 190/2015); SAN 23 de septiembre 2015 (proc. 191/2015); SAN 25 de noviembre 2015 (proc. 281/2015); SAN 15 de diciembre 2015 (proc. 291/2015); SAN 14 de enero 2016 (proc. 294/2015); SAN 10 de febrero 2016 (proc. 358/2015); SAN 23 de febrero 2016 (proc. 361/2015); SAN 3 de marzo 2016 (proc. 315/2015); SAN 9 de marzo 2016 (proc. 24/2016); SAN 1 de abril 2016 (proc. 285/2015); SAN 11 de mayo 2016 (proc. 158/2015); SAN 13 de mayo 2016 (proc. 92/2016); y SAN 16 de junio 2016 (proc. 140/2016).

[17] "informa toda la materia negociadora y se orienta a garantizar la validez del negocio jurídico y a limitar la ineficacia a los concretos preceptos nulos. Principio apreciable en la

controvertida porque "no deja de resultar fuera de lugar que se pretenda -y obtenga- la declaración de nulidad de todo un completo Convenio Colectivo por la improcedencia de un añadido – manifiestamente indebido, no hay duda- a su ámbito de aplicación, al ampliarlo con el inciso «…incluidos aquellos que aun habiendo sido contratados o estén adscritos al citado centro de trabajo, deban prestar servicios, total o parcialmente, temporal o permanentemente, fuera del centro de trabajo de Madrid, de la Comunidad de Madrid o del territorio Nacional»".

De modo que, para corroborar este planteamiento, afirma que "si ya la lógica negocial arriba referida y los intereses en juego aconsejarían en todo caso limitar la nulidad al concreto inciso ilegal, por falta de correspondencia en la representatividad/ámbito aplicativo, sin extender la declaración al restante contenido negociado, con mayor razón se impone tal solución limitativa de los efectos cuando la mayoría de los centros de trabajo que la empresa tiene a nivel nacional -o todos, porque esta Sala desconoce cuáles sean- se han adherido al mismo convenio; y cuando -como consta de manera indubitada- tal ámbito ya ha sido reducido negocialmente a los términos que legalmente proceden [centro de trabajo en Madrid], siquiera la eficacia normativa de la novación se halle pendiente de tramitación administrativa".

No obstante, este planteamiento es discutible especialmente porque, no sólo rompe con la consolidada doctrina jurisprudencial mantenida hasta la fecha por el Alto Tribunal[18], sino también porque es particularmente contro-

doctrina que da prioridad a la interpretación integradora de los Convenios Colectivos respecto de las pretensiones por ilegalidad (así, por ejemplo, en las 03/05/01 -rco 1434/00-; 20/09/06 -rco 120/05-; y 30/09/08 -rco 88/07-) y que también palpita en manifestaciones jurisprudenciales reacias a la aplicación de la doctrina del «equilibrio del convenio» en los supuestos de impugnación parcial del mismo, al mantener que « … generalmente la declaración de nulidad total de un convenio comporta un cúmulo de perjuicios e inconvenientes para todos aquellos comprendidos en el ámbito de aplicación del mismo, en especial para los trabajadores, que pierden los derechos y ventajas que tal Convenio les había reconocido, volviéndose a aplicar unas condiciones de trabajo ya superadas y obsoletas, que correspondían a un período anterior y ya vencido… » (así, la STS 22/09/98 -rco 263/97 -)"

[18] En efecto, recuérdese que la STS 22 de marzo 2017 (rec. 126/2016) declara que "el principio de correspondencia exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el convenio de empresa ha de corresponderse estrictamente con el de afectación de éste , independientemente del hecho de que los restantes centros de trabajo no tengan representación unitaria pues la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete a los trabajadores de los mismos y la inexistencia de tales centros no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro, y así ha sido aplicado este principio a la negociación colectiva, como se establecía también en nuestras sentencias de 20 de junio de 2006 (rc. 189/2004); 3 de diciembre 2009 (rc. 84/2008); 1 de marzo 2010, (rc. 27/2009); 29 de noviembre 2010 (rc. 244/2009); 24 de junio 2014, (rc. 225/2013); 25 de noviembre 2014, (rc. 63/2014); 20 de mayo 2015, (rc. 6/2014) y 15 de junio 2015, (rc. 214/2014), según nos recuerda nuestra precitada sentencia de 11 de enero de 2017 (rc 24/2016)". Criterio

vertido que el citado "añadido", pese a manifestar claramente la "intención negociadora", pueda calificarse como meramente "indebido" y desecharlo en aras al "juego" del *favor negotii*[19]. Conociendo las prácticas que subyacen en la negociación de muchos convenios colectivos de empresa (y, particularmente, en las empresas multiservicios) sorprende la "relativización" que, en base a los acontecimientos posteriores a su publicación, la sentencia atribuye al "inciso" de la cláusula controvertida.

Y, centrándonos en la delimitación del concepto "favor negotii", tampoco parece que el recurso al mismo sea suficiente como para corregir o excepciona esta doctrina. En efecto, siguiendo el planteamiento de PALOMEQUE LÓPEZ en su obra de referencia[20], puede entenderse que la conservación del negocio jurídico es "una noción jurídica positiva que expresa o evidencia el dato real manifiesto en nuestro sistema de Derecho común, de favorecimiento de la subsistencia y perdurabilidad del acto negocial. Noción que, formulada como principio o proposición general, alude a una singular toma de posición de política legislativa en favor de la viabilidad de la realidad negocial"[21].

Este principio, como se sabe, en el ámbito del Derecho común es calificado como un principio jurídico general, *ex* art. 1 CC, y opera principalmente como un canon hermenéutico (*ex* art. 1284 CC).

No obstante, su actuación no se agota, en base al sistema de nuestro CC, en este específico ámbito, pues, también "deja sentir su influencia en otros importantes ámbitos del desenvolvimiento negocial"[22]. Las 'otras' manifestaciones del principio de conservación (más allá de la estrictamente hermenéutica) están presentes en varios ámbitos: en la subsanación de la *invalidez* del negocio, en la novación y en la resolución del contrato. Es obvio que la lógica de la nulidad parcial que aplica la sentencia (evitando la "contaminación" de la parte afectada al resto del convenio) queda subsumida en esta matriz.

No obstante, para que la nulidad parcial opere es esencial que afecte a un fragmento y, por tanto, que la escindibilidad sea posible. Ahora bien, como se

---

que también se contiene, entre otras, en las SSTS 30 de septiembre 2008 (rec. 90/2007); 7 de marzo 2012 (rec. 37/2011); 10 de junio 2015 (rec. 175/2014); 10 de junio 2016 (rec. 209/2015); 14 de julio 2016 (rec. 219/2015); 11 y 25 de enero 2017 (rec. 24/2016 ; y rec. 40/2016); y 7 y 14 de marzo 2017 (rec. 58/2016; y rec. 105/2016).

[19] Y más aún si se tiene en cuenta que mientras que para la STS 23 de febrero 2017 (rec. 146/2016) el término "estatal" al que hace referencia la STS 7 de marzo 2012 (rec. 37/2011), sea suficiente para declarar la nulidad y, en cambio, la literalidad del "añadido" de la cláusula controvertida sufra una suerte totalmente dispar.

[20] PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo,* Tecnos. Madrid, 1975.

[21] PALOMEQUE LÓPEZ (1975), p. 57.

[22] PALOMEQUE LÓPEZ (1975), p. 33.

sabe, la nulidad no puede ser parcial si afecta a uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, de modo que, en estos casos, no es posible defender la incomunicabilidad de la parte al todo.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto y volviendo a la literalidad de la cláusula del convenio colectivo controvertido, a mi modo de ver, es muy forzado admitir que el ámbito de aplicación del convenio no es un elemento esencial cuya vulneración no provoque la nulidad del convenio. El marco normativo de la legitimidad (y la propia doctrina que ha mantenido el TS hasta la fecha al respecto) no creo que permita esta "maleabilidad" interpretativa que sostiene la STS 23 de febrero 2017 (rec. 146/2016). De modo que el *favor negotii* no debería ser suficiente para evitar la "contaminación" de la parte al todo (a pesar de los "efectos colaterales" que comporta).

No obstante, pese a estas objeciones, conviene tener en cuenta que, como se ha apuntado, a la luz de la STS 20 de junio 2017 (rec. 177/2016) parece que (con carácter muy excepcional) debe entenderse que la doctrina de la STS 23 de febrero 2017 (rec. 146/2016) sigue siendo válida (recuérdese) si se da una "masiva adhesión posterior de distintos colectivos de los trabajadores afectados".

## 5. CONTRATAS QUE COMPARTEN CENTRO DE TRABAJO CON LA PRINCIPAL Y (POSIBLE) VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA

El principio de correspondencia podría verse particularmente comprometido en los casos de contratas y subcontratas que comparten de forma continuada el mismo centro de trabajo con la principal.

En efecto, en estos casos, debería evaluarse si podría entenderse que el "lugar de trabajo" (esto es, el lugar de ejecución) de los trabajadores de una contratista en el centro de trabajo de la principal, podría ser calificado como "centro de trabajo" a los efectos de determinar si se ha vulnerado el principio de correspondencia del convenio colectivo de empresa que se aplica en la empresa contratista.

Extremo particularmente relevante, pues, si se aceptara que el "lugar de trabajo" es asimilable al "centro de trabajo, los convenios colectivos de empresa de las contratas podrían ser calificados como nulos de forma sobrevenida (bien, porque se evidenciaría que no se habrían negociado con representantes de todos los "centros de trabajo" de la misma, o bien, porque, el número de trabajadores de dichos "centros de trabajo" es insuficiente para la constitución de

la representación unitaria, impidiéndose la válida negociación de un convenio colectivo de empresa)[23].

Lo que, en hipótesis, podría concurrir en contratas en las que los trabajadores de la contratista prestan servicios en la principal de forma exclusiva y periódica y, particularmente, si se ha producido una sucesión de plantilla y los trabajadores llevan ejecutando estos servicios en la principal sin solución de continuidad (y, en especial, si este proceso se ha repetido en más de una ocasión).

Llegados a este extremo, parece claro que la clave en esta discusión gravita alrededor de la delimitación del concepto "centro de trabajo". Y, al respecto, a mi entender, existen diversos elementos argumentativos que, valorados en su conjunto, permitirían extenderlo a las situaciones descritas en el párrafo anterior. Veámoslos a continuación:

**Primero:** el art. 1.5 ET define "centro de trabajo" como "unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la Autoridad Laboral". Y, en términos idénticos se refiere el art. 5.1 del RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones de los representantes de los trabajadores en la empresa.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el hecho de que esté o no "dado de alta" por el empresario ante la Autoridad Laboral no puede ser considerado un requisito constitutivo de su existencia material o jurídica, dado que este requisito se erige en exigencia legal meramente a efectos de control administrativo (SAN 27 de enero 2000, proc. 133/1999 – que sigue la STCT 9 de marzo 1987)[24].

**Segundo:** lo verdaderamente relevante para determinar la existencia de un "centro de trabajo" es que concurra una organización específica. En efecto,

---

[23] Lo que llevaría a aplicar el convenio colectivo del sector. Sin que, a mi modo de ver, el criterio jurisprudencial existente al respecto (que aboga por aplicar el convenio de la actividad preponderante) pueda ser calificado como satisfactorio. Ver al respecto, extensamente, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ (2015). «Convenio colectivo aplicable a empresa multiservicios (TS 17.3.15)». *Blog del Autor*. http://ignasibeltran.com/2015/07/14/convenio-colectivo-aplicable-a-empresa-multiservicios-ts-17-3/ (última consulta 29/10/2017).

[24] En este sentido la STSJ Galicia 29 de diciembre 2006 (rec. 12/2006) apunta que este "elemento (…) es de carácter formal, en cierta manera ajeno a la realidad del centro de trabajo. Por ello, se considera su eficacia no constitutiva, sin perjuicio de eventuales infracciones administrativas a causa de la ausencia del alta (…). Pero, aunque el alta no ostenta eficacia constitutiva, sí ostenta eficacia probatoria. De este modo, si el empresario no ha dado de alta el centro de trabajo, se puede acreditar su existencia si concurren los otros dos elementos materiales. Y si el empresario ha dado de alta el centro de trabajo, se presume iuris tantum su existencia, aunque se pueda probar en contrario la ausencia de los otros dos elementos materiales"

siguiendo de nuevo con la SAN 27 de enero 2000 (proc. 133/1999), la esencia de este concepto, en esencia, se asienta en los siguientes requisitos:

"a) unidad productiva, entendida como la realidad primaria y más simple que sirve de soporte a la realización práctica de la actividad empresarial; debiéndose de concebir el centro de trabajo, con un criterio extenso y racional, como una técnica de producción ensamblada en el conjunto empresarial, que es donde se encarga la coordinación de la total actividad de los distintos centros que componen la empresa".

O, como apunta la STSJ Galicia 29 de diciembre 2006 (rec. 12/2006), alude a una autonomía técnica, que se da tanto en la unidad productiva donde se producen de manera acabada los bienes o servicios objeto de la actividad empresarial -organización vertical: cada unidad productiva comprende toda la producción-, como en la unidad productiva dedicada a una parte de la actividad empresarial -organización horizontal: cada unidad productiva asume una fase de la producción, o una parte del trabajo en que se divide la actividad empresarial-;

b) "organización específica, que implica una autonomía organizativa dentro del conjunto empresarial, sin que suponga privar a la empresa del poder general de planificar y regir la vida entera del negocio"[25].

O, como apunta la STSJ Galicia 29 de diciembre 2006 (rec. 12/2006), "Tal elemento, que es de carácter material, alude a una autonomía organizativa superpuesta a la autonomía técnica. De esta manera, si concurren varias unidades productivas con una única organización específica, hay un único centro de trabajo, y no tantos como unidades productivas. Para concluir si una unidad productiva ostenta una organización específica se atiende a indicios: separación geográfica del resto de la empresa; distribución de funciones entre unidades productivas; organigrama de personal de la unidad productiva -incluyendo, por ejemplo, a un responsable general"[26].

Elementos que no es infrecuente que concurran en supuestos de contratas y subcontratas (especialmente, si se prolongan durante un largo período de tiempo).

[25] Ver también, SSTSJ País Vasco 6 de noviembre 2012 (rec. 2428/2012); y Cataluña 10 de mayo 2012 (rec. 602/2012).

[26] Pronunciamiento que añade que "aunque el empresario es libre de ubicar la empresa donde estime oportuno, no es libre de constituir en centro de trabajo cualquier lugar donde se realice la actividad empresarial. Ni siquiera mediando un pacto con los trabajadores o sus representantes legales. Únicamente se constituye en centro de trabajo aquél lugar donde se realice la actividad empresarial que reúna las exigencias del artículo 1.5 del ET. Por lo tanto, el artículo 1.5 del ET, que es una norma de derecho necesario, impide a las partes constituir o no a su antojo centros de trabajo".

**Tercero:** el propio art. 42.4 ET "asocia" los conceptos "centro de trabajo" con "lugar de trabajo" en los casos de contratas y subcontratas cuando "compartan de forma continuada el mismo centro de trabajo".

**Cuarto:** en el marco de la prevención de riesgos laborales se tiende a hacer una interpretación amplia del concepto de "centro de trabajo".

Así el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el art. 24 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, define el centro de trabajo en el art. 2.a) como "cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo".

Y, en el ámbito jurisprudencial, se ha hecho una interpretación flexible del concepto de "centro de trabajo" en relación con el art. 24.3 de la LPRL, al extender la responsabilidad que en dicho precepto se establece a los "lugares de trabajo" (SSTS 26 de mayo 2005, rec. 3726/2004; y 22 de noviembre 2002, rec. 3904/2001).

De hecho, siguiendo la exposición de SAGARDOY DE SIMÓN[27], recogiendo el acervo jurisprudencial al respecto, "el centro de trabajo comprende no sólo los lugares de trabajo definidos por el art. 1.5 del ET, sino también otros como los móviles o itinerantes (instalaciones eléctricas o telefónicas, empresas de montaje o los centros o lugares de trabajo cercanos o aledaños al centro de trabajo de la empresa principal, supuestos todos ellos donde es evidente la necesidad de coordinación de actividades empresariales". Y añade que "Este concepto amplio de centro de trabajo, que es sin duda el que mejor responde a las exigencias de prevención de riesgos laborales, es el recogido ahora en el art. 2 a) RCAE, que lo define como «cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo» [citando la STS 11 de mayo 2005], en la línea del Convenio núm. 155 OIT, de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, y de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

[27] SAGARDOY DE SIMÓN (2008). «Comentario al artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Coordinación de actividades empresariales». En *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*. Aranzadi, versión digital (BIB 2008/3383).

**Quinto**: en el marco de la elección de la representación unitaria, la jurisprudencia[28] ha establecido que el término "centro de trabajo" "ha sido (…) configurado jurisprudencialmente, como unidad productiva, con organización específica y pronunciamiento autónomo, aún no siendo independiente del conjunto de la empresa, y que tiene efectos y repercusiones específicas en el ámbito laboral".

Y, la STSJ Andalucía\Sevilla 14 de septiembre de 2010 (rec. 137/2009), establece que "Sólo en aquellos casos en los que la prestación de servicios se desarrolle con organización específica propia puede justificarse la existencia de otro centro de trabajo diferenciado. En todo caso el elemento delimitador del centro de trabajo sigue siendo la existencia de una organización específica y diferenciada".

y, **Sexto:** la doctrina del TJUE en el marco de la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos, aunque alejada del conflicto que se está exponiendo, también podría "inspirar" esta hipótesis interpretativa, pues, ha abogado por una concepción muy amplia del término "centro de trabajo". No obstante, esto no ha impedido, como se ha expuesto, que la citada STSJ Madrid 18 de mayo 2015 (rec. 197/2015) haya recurrido a esta interpretación amplia del concepto de centro de trabajo que ofrece la interpretación de esta Directiva por parte del TJUE.

Así, siguiendo la argumentación de la STJUE 15 de febrero de 2007 (C270/05), caso Athinaïki Chartopoïïa, dicho término se refiere a "la unidad a la que los trabajadores afectados por el despido se hallen adscritos para desempeñar su cometido", añadiendo que "puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas".

De hecho, siguiendo con el mismo pronunciamiento, "la entidad en cuestión no debería estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de «centro de trabajo»", añadiendo que, de hecho, no "es preciso que exista una separación geográfica entre ella y otras unidades e instalaciones de la empresa".

En definitiva, a la luz de estos argumentos, creo que existen elementos argumentativos suficientes como para, al menos, sopesar si en estos casos even-

[28] SSTS 17 de septiembre 2004 (rec. 81/2003); y 20 de febrero 2008 (rec. 77/2007).

tualmente pueden producirse violaciones del principio de correspondencia que provoque la nulidad del convenio colectivo de empresa de la contratista.

## 6. LA PRIORIDAD APLICATIVA NO ES EXTENSIBLE AL CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO INFERIOR AL DE EMPRESA

La consolidada doctrina jurisprudencial (con la excepción de la STS 23 de febrero 2017, rec. 146/2016, expuesta) y las dificultades para reconocer la prioridad aplicativa a determinadas manifestaciones (o "productos") de la autonomía colectiva ha derivado en el intento de que la citada prioridad se extendiera a los convenios de ámbito inferior al de la empresa.

Como punto de partida, como expone la STSJ Madrid 28 de diciembre 2015 (rec. 923/2015), debe tenerse en cuenta que la STC 8/2015 estableció que "El legislador ha optado por dar preferencia al resultado de una negociación descentralizada sobre el resultado de una negociación centralizada, en uno y otro caso, entre los "representantes de los trabajadores" y los empresarios, asumiendo como de mayor validez el criterio de la cercanía del representante a la empresa, sobre el de su lejanía, cuando se trata de regular condiciones de trabajo afectantes a determinadas materias".

No obstante, es importante advertir que esta descentralización perseguida está sometida a algunas limitaciones, pues, el Legislador estima que el convenio de empresa es el considerado legalmente como más próximo y, por tanto, el privilegiado. Lo que ha llevado al Tribunal Supremo a abortar la prioridad aplicativa del convenio de ámbito inferior al de la empresa. En efecto, en virtud de las SSTS 22 de septiembre 2016 (rec. 248/2015)[29] y 9 de mayo 2017 (rec. 115/2016)[30], el Alto Tribunal ha dictaminado que "el legislador no ha optado por generalizar la prioridad de los convenios inferiores sobre los de ámbito superior", porque "la prioridad del convenio de empresa actúa como excepción

[29] Un comentario al respecto en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ (2016). «Convenio de ámbito inferior a la empresa no tiene prioridad aplicativa 'ex' art. 84.2 ET (STS 22/9/16)». *Blog del autor*. http://ignasibeltran.com/2016/10/25/convenio-de-ambito-inferior-a-la-empresa-no-tiene-prioridad-aplicativa-ex-art-84-2-et-sts-22916/ (última consulta 29/10/2017).

[30] Un comentario al respecto en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ (2017). «La prioridad aplicativa 'ex' art. 84.2 ET sólo se reconoce al convenio de empresa: ratificación (y complemento) de doctrina jurisprudencial». *Blog del autor*. http://ignasibeltran.com/2017/06/08/la-prioridad-aplicativa-ex-art-84-2-et-solo-se-reconoce-al-convenio-de-empresa-ratificacion-y-complemento-de-doctrina-jurisprudencial/ (última consulta 29/10/2017).

a la regla general del apartado 1 y, por ello, como tal excepción ha de ser interpretada en los propios términos utilizados por el legislador"[31].

En este sentido, la lectura de la STSJ Madrid 18 de mayo 2015 (rec. 197/2015) - cuyo criterio confirma la STS 22 de septiembre 2016 (rec. 248/2015) - resulta particularmente ilustrativa, especialmente, porque expone este argumento con especial detalle (y claridad), a partir de los siguientes elementos expositivos:

**Primero:** es importante advertir que, a la luz de la literalidad de la norma, "la unidad privilegiada de fijación de las condiciones de trabajo es la empresa, el grupo de empresas y la pluralidad de empresas vinculadas. Por tanto, el elemento que vertebra la prioridad aplicativa viene determinado por el elemento 'empresa', tratando con ello de garantizar la descentralización de la negociación colectiva para facilitar una negociación de las condiciones en un nivel más próximo y, por ello más adecuado, a la realidad de las empresas (E.M. RD-Ley 3/2012). Se trata de que el convenio de empresa opere de forma prevalente como 'convenio de proximidad'. El convenio de empresa es, por tanto, el convenio considerado legalmente como más próximo, por tanto, el privilegiado".

**Segundo:** y, derivado de lo anterior, "la prioridad aplicativa del convenio de empresa se nos ofrece como una regla de concurrencia de orden público pero materialmente limitada".

**Tercero:** asumiendo que la negociación colectiva está sujeta a la ley, "si la ley establece una preferencia aplicativa de la negociación colectiva en la que la unidad de fijación de las condiciones de trabajo es el concepto empresa (empresa, grupos de empresas, empresas vinculadas), esta unidad no puede, a su vez, ser desmembrada por la negociación colectiva empresarial en unidades privilegiadas inferiores de fijación de condiciones de trabajo (centro o centros de trabajo en una ciudad, provincia o provincias, Comunidad o Comunidades Autónomas…) con igual preferencia aplicativa". Especialmente, porque si se admitiera -prosigue el TSJ-, "ya no sería una empresa (grupo de empresa o pluralidad de empresas vinculadas) o el ámbito de la empresa, sino la parte de un todo. La ley no permite la sustitución de la parte por el todo y el todo,

[31] Y añade que "cuando el legislador quiso ampliar la referencia aplicativa más allá de los convenios de empresa lo hizo expresamente ampliándola a los convenios 'de grupo o grupo de empresas', no haciéndolo respecto de unidades de negociación de ámbito inferior a la empresa". Además "cuando el apartado 2 indica las materias sobre las que rige tal prioridad lo hace en referencia exclusiva a los convenios de empresa, sin mención alguna a ninguna otro ámbito inferior ni precisión si sobre éstos últimos tendrían repercusión las mismas materias. Ponemos de relieve que en algunas de esas materias se aprecia claramente que es la empresa – y no la unidad inferior- el término de referencia como ocurre con el salario (apartado a) art. 84.2 ET) o el sistema de clasificación profesional (apartado d) art. 84.2 ET)".

insistimos, es la empresa en sentido estricto o amplio (el grupo de empresas o la pluralidad de empresas vinculadas)".

**Cuarto:** si el legislador hubiera querido establecer la prioridad aplicativa de unidades de fijación de condiciones de trabajo inferiores a la empresa lo hubiera así establecido de forma específica.

**Quinto:** siguiendo el criterio del TJUE en el caso Rabal Cañas, el centro de trabajo y el lugar de trabajo son conceptualmente distintos a la empresa, pues "es aquella parte de la empresa a la que el trabajador se halla adscrito para desempeñar su cometido".

**Sexto:** si el art. 84.2 ET no fuera interpretado de este modo, podría suceder que a través del concepto "lugar de trabajo" se "hagan desvanecer las posibilidades de negociación colectiva integral entre trabajadores de la empresa".

**Séptimo:** empleando la empresa como unidad de fijación privilegiada, y no las inferiores, se protege el principio de igualdad entre todos los trabajadores de una misma organización. Pero, además, también se respeta el principio de unidad de empresa, a tenor del cual debe tenderse hacia un único convenio colectivo para la empresa siendo su finalidad, precisamente, la de evitar desigualdades para los trabajadores de una misma empresa.

y, **Octavo:** ante el argumento de que esta interpretación es excesivamente restrictiva y que es contraria al principio de proximidad que proclama la EM del RD-Ley 3/2012 (debiéndose emplear una interpretación lata, conforme a la *intentio legis* que expresa el art. 84.2 ET), el TSJ arguye una batería de argumentos que trato de sintetizar a continuación:

1) el concepto empresa se amplía o expande por la ley expresamente "hacia fuera" dando cabida a organizaciones productivas coordinadas estables o temporales pero relacionadas entre sí por motivos productivos;

2) la elección del convenio colectivo de empresa como convenio privilegiado está inspirado en la flexibilidad con el objeto de incrementar la competitividad (y no en la implantación de "medidas de ajuste/dificultades" – objetivo que se alcanza a través de los arts. 41 y 82 ET y que permiten descender al centro o punto afectado para separarse de las condiciones).

3) debe ser la empresa y no el centro la que tiene que lograr con sus trabajadores el equilibro de intereses hacia un nivel más bajo o distinto que la permita competir en mejores condiciones pero siempre de forma leal e igualitaria en términos de competencia mercantil con las otras empresas del sector en el mercado; y

4) si se permitiera la fragmentación a unidades inferiores privilegiadas estaríamos permitiendo la competencia mercantil sobre las condiciones laborales

a un nivel local lo que conllevaría el riesgo de degradar por completo los estándares laborales e, incluso, a la destrucción de otras empresas – competencia desleal y al dumping social.

En definitiva, a la luz de lo expuesto, puede entenderse que el criterio y argumentación esgrimidos para no dar prioridad aplicativa al convenio de ámbito inferior al de la empresa resultan plenamente ajustados.

## 7. VALORACIÓN FINAL: UN CONTRAPUNTO A LA REFORMA DE 2012 Y ALGUNAS "ALTERNATIVAS"

La interpretación que están manteniendo los tribunales en relación al principio de correspondencia y al concepto de prioridad aplicativa *ex* art. 84.2 ET, *de facto*, está impidiendo que el objetivo perseguido por el Legislador de 2012 (flexibilidad de la negociación colectiva a través de la prioridad de aplicación del convenio colectivo de empresa) se proyecte en toda su extensión. Especialmente, porque la negociación de un convenio colectivo de empresa en organizaciones con más de un centro de trabajo (esto es, "policéntricas") y en supuestos en los que alguno de sus centros no pueda elegir a un representante por tener menos de 6 trabajadores (*ex* art. 62.1 ET) no parece, *a priori*, a la luz de la citada doctrina (y por el momento) posible.

Si bien es cierto que, como apunta la SAN 12 de marzo 2015 (proc. 7/2015) – y que sigue la SAN 27 de enero 2016 (proc. 13/2016) -, la solución en estos supuestos pasaría por la atribución de legitimación al comité intercentros, el propio marco normativo lo impide porque "dicha opción solo es posible cuando se ha acordado así en convenio colectivo estatutario, tal y como dispone el art. 63.3 ET, lo cual es imposible cuando se negocia el primer convenio de empresa (…)". De modo que, si la empresa cuenta "con representantes en alguno o algunos de sus centros de trabajo, pero no en todos ellos, los representantes de alguno o alguno de los centros de trabajo no están legitimados para negociar un convenio de empresa, sin quebrar el principio de correspondencia". Lo que ciertamente restringe las opciones posibles.

Como alternativa (siguiendo las sugerencias de la SAN 13 de junio 2014, proc. 104/2014), podría articularse la negociación a través de las secciones sindicales *ex* art. 87.1 ET, siempre que acrediten la mayoría de los representantes unitarios[32]. Y, para el caso de esta opción tampoco sea posible (porque no exis-

[32] En este sentido, no obstante, debe tenerse en cuenta que (SAN 8 de septiembre 2015, proc. 175/2015): "el mero de hecho de su filiación sindical o por la mera designación de la federación sindical a la que se encuentren adscritos, les otorgue la condición de Delegados Sindicales, pues para ello es presupuesto necesario, con arreglo al art. 10.1 de la referida LOLS, que haya constituidas secciones sindicales en el seno de la empresa".

tan secciones sindicales), la SAN 27 de enero 2016 (proc. 13/2016), entiende que también debería admitirse "que la negociación colectiva (…) se desarrolle entre los representantes del empresario y las propias organizaciones sindicales, que son las titulares originarias del derecho a la negociación colectiva – arts. 37.1 CE y 2.2 de la LOLS"[33].

Sin negar que esta opción podría resultar hasta cierto punto razonable, es claro que literalidad del marco normativo estaría alejada de esta posible interpretación.

Finalmente, la posible extensión de esta doctrina a las contratas que comparten centro de trabajo con la principal, de confirmarse por parte de los Tribunales, podría llegar a tener un notable impacto en un ámbito nada despreciable de la subcontratación.

## 8. BIBLIOGRAFÍA CITADA


- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (2015). «Convenio colectivo aplicable a empresa multiservicios (TS 17.3.15)». *Blog del Autor*.

  http://ignasibeltran.com/2015/07/14/convenio-colectivo-aplicable-a-empresa-multiservicios-ts-17-3/ (última consulta 29/10/2017).

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (2016). «Convenio de ámbito inferior a la empresa no tiene prioridad aplicativa 'ex' art. 84.2 ET (STS 22/9/16)». *Blog del autor*.

  http://ignasibeltran.com/2016/10/25/convenio-de-ambito-inferior-a-la-empresa-no-tiene-prioridad-aplicativa-ex-art-84-2-et-sts-22916/ (última consulta 29/10/2017).

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (2017). «La prioridad aplicativa 'ex' art. 84.2 ET sólo se reconoce al convenio de empresa: ratificación (y complemento) de doctrina jurisprudencial». *Blog del autor*. http://ignasibeltran.com/2017/06/08/la-prioridad-aplicativa-ex-art-84-2-et-solo-se-recono-


[33] Opción que articula a partir de las afirmaciones siguientes: Primero: la aplicación del principio de correspondencia en estos términos expuestos "privaría a aquellas empresas que exploten más de un centro de trabajo – o que aun en el caso de que sean titulares de uno solo pretendan aperturar algún otro – y que no tengan secciones sindicales constituidas de negociar un convenio colectivo de empresa"; Segundo: la interpretación del principio de correspondencia "difícilmente casa con la intención del legislador que a través de las últimas reformas del ET (…) ha dado un trato especial al Convenio de empresa, configurándolo como un instrumento de flexibilidad interna (art. 84.2 y art. 89,1, párrafo 2º en relación con el art. 84.2 ET); y Tercero: las secciones sindicales no son sino instrumentos de funcionamiento interno del sindicato que representan al mismo en el seno de la empresa (STS 24 de julio 2008, rec. 144/2007).

ce-al-convenio-de-empresa-ratificacion-y-complemento-de-doctrina-jurisprudencial/ (última consulta 29/10/2017).

- PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo,* Tecnos. Madrid, 1975
- SAGARDOY DE SIMÓN (2008). «Comentario al artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Coordinación de actividades empresariales». En *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*. Aranzadi, versión digital (BIB 2008/3383).

# LA INCORPORACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

LUCÍA ARAGÜEZ VALENZUELA
*Personal Investigador en Formación*
Universidad de Málaga

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN
II. LA IMPORTANCIA DE INCORPORAR LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN (TIC) EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
III. ALGUNOS EJEMPLOS DE CONVENIOS COLECTIVOS, TANTO A NIVEL NACIONAL COMO AUTONÓMICO EN LA REGIÓN ANDALUZA, QUE REGULAN ASPECTOS TECNOLÓGICOS EN EL TRABAJO
IV. CONCLUSIONES

RESUMEN

Las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), pese a que hace varias décadas tuvieron origen, ha sido en los últimos tiempos cuando se ha experimentado un desarrollo generalizado y acelerado. Cada vez un número mayor de empresas utilizan con frecuencia estos instrumentos informáticos ante la pretendida búsqueda en reducir costes y mejorar la efectividad en la organización empresarial. Sin embargo, la normativa en materia tecnológica es escasa, por no decir ausente -y más concretamente en el ámbito laboral-.

En este estudio se analizará la necesidad de incorporar en el nuevo contexto laboral las tecnologías de la información y de la comunicación en la negociación colectiva, aportando -de forma ilustrativa- algunos convenios colectivos, tanto nacionales como autonómicos de la región andaluza, en los que se han regulado aspectos muy concretos de la utilización de las TIC por parte de los trabajadores en el desempeño de su actividad laboral. Lo interesante de este trabajo consiste en el análisis comparado de numerosos convenios colectivos que regulan diferentes aspectos de las TIC en el trabajo, desde la formación de los trabajadores en la materia -para mejorar la adaptabilidad del trabajador a su puesto de trabajo y evitar la posible aparición de riesgos psicosociales-, hasta las bases para la utilización adecuada en el trabajo de estas herramientas tecnológicas -como el uso de los ordenadores de la empresa para fines personales o la novedosa incorporación del derecho a desconectarse cuando finaliza la jornada laboral-.

Se concluirá señalando que resulta de suma importancia, en el contexto actual del mundo laboral, regular de una forma más extensa la utilización de las TIC en el trabajo mediante la potenciación de la negociación colectiva entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

ABSTRACT

Information and communication technologies (ICT), although they originated several decades ago, have only recently experienced widespread and accelerated development. An increasing number of companies are frequently using these IT tools in the face of the intended quest to reduce costs and improve the effectiveness of the enterprise organization. However, there is little, if not no, regulation in the field of technology - and more specifically, in the field of employment.

This study will analyse the need to incorporate information and communication technologies into collective bargaining in the new employment context, providing -in an illustrative manner- some collective agreements, both national and regional, of the Andalusian region, which have regulated very specific aspects of the use of ICT by workers in the performance of their work

activity. The interesting aspect of this work consists in the comparative analysis of numerous collective agreements that regulate different aspects of ICT at work, from the training of workers in the matter -to improve the adaptability of workers to their jobs and to avoid the possible appearance of psychosocial risks-, to the bases for the appropriate use of these technological tools in the workplace -such as the use of company computers for personal purposes or the novel incorporation of the right to disconnect when

It will conclude by pointing out that it is of the utmost importance, in today's world of work, to regulate more extensively the use of ICT at work by strengthening collective bargaining between employers and workers' representatives.

PALABRAS CLAVE: Tecnologías, trabajadores, negociación colectiva, convenio colectivo

KEY WORDS: Technologies, workers, collective bargaining, collective bargaining, collective agreements

## I. INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) se configuran como un elemento esencial de la vida en sociedad, formando parte de nuestras vidas cotidianas de manera irreversible[1]. La introducción del ámbito tecnológico ha llegado al mundo jurídico, de entre otros escenarios –economía, ciencia, cultura, etc.- como también al Derecho del Trabajo, donde cada vez un mayor número de trabajadores desarrollan su actividad laboral mediante equipos informáticos, redes sociales, plataformas virtuales, correo electrónico, teléfono móvil, etc.

En este contexto, y a pesar de la importancia que las TIC suponen en el mundo del trabajo, son escasas –por no decir insuficientes- los preceptos legales, es decir, la dimensión institucional, que aborda la materia, dotándoles de una gran importancia para decidir –y casi "regular"- a los jueces y tribunales de las posibles controversias que pudiesen surgir. Este vacío institucional ocasiona una gran inseguridad jurídica en los trabajadores que, en ocasiones, pueden encontrarse con intromisiones en su protección jurídico constitucional por parte del empresario[2].

[1] Aragüez Valenzuela, L.; "Nuevos modelos de economía compartida: *Uber Economy* como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales", Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, vol. 5, núm. 1, 2017, págs. 167-189.

[2] Las TIC originan un importante almacenamiento de datos acerca del cómo desarrolla el trabajador su actividad laboral. Dicha información (mediante el acceso del listado de conexio-

En el presente trabajo se analizan algunos convenios colectivos, a nivel nacional y autonómico de la región de Andalucía, donde se regulan, en mayor o menor medida, algunos aspectos concretos relacionados con las tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo, evidenciándose la escasa normativa existente en la materia –incluso en los propios convenios colectivos estudiados- y las lagunas existentes aún a pesar de su regulación, por ser la misma todavía muy "superficial" y no adaptarse a la realidad social y laboral actual.

## II. LA IMPORTANCIA DE INCORPORAR LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN (TIC) EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Potenciar la negociación colectiva como una vía flexible en la toma de decisiones se hace de suma importancia, puesto que, realmente, es "un cauce adecuado para proceder a normalizar los ajustes precisos, minimizando los conflictos sociales y reduciendo los efectos negativos, tanto desde un punto de vista social como estrictamente económico"[3]. Sin embargo, es preciso señalar que, en la actualidad, el mayor peso del contenido de los convenios colectivos se encuentra "en la fijación de los salarios y la jornada laboral, siendo todavía escaso el porcentaje de trabajadores afectados por otro tipo de cláusulas"[4], -si bien es cierto que se está fomentando paulatinamente la preocupación de garantizar un medio de trabajo más seguro y saludable[5]-, a pesar de la ampliación de las competencias de la negociación colectiva que supuso la reforma laboral de 1994 y, en menor medida, las reformas posteriores. El no aprovechamiento

nes del trabajador, acceso a su correo institucional, instalación de cámaras de videovigilancia o sistemas de escucha, acceso a las publicaciones en redes sociales, instalación de dispositivos de geolocalización, etc.) puede ser utilizada por parte del empresario para adoptar medidas disciplinarias en el supuesto caso de que el trabajador haya actuado de forma fraudulenta en el desempeño de su actividad.

[3] Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N.; "La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos", Temas Laborales, núm. 76/2004, págs. 255-285

[4] García Serrano, C., Malo Ocaña, M. A., Pérez Infante, J. I.; "Dos cuestiones claves de la reforma laboral: despidos y negociación colectiva", Temas Laborales, núm. 107/2010, págs. 53-85.

[5] "La despreocupación sobre esta materia, propia de etapas históricas anteriores en las que no había conciencia alguna de la necesidad de preservar la seguridad y salud de los trabajadores en su medio de trabajo, ha cedido para dar paso a una creciente preocupación por garantizar ambientes de trabajo seguros y saludables para los trabajadores. Este cambio en la concepción de la protección de los trabajadores se ha debido en gran medida a la actuación legislativa en los ámbitos comunitario, internacional y nacional". Meléndez Morillo-Velarde, L.; "Obligaciones de seguridad y salud y negociación colectiva", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, núm. 53, págs. 121 y ss.

de esta vía de negociación de las condiciones de trabajo al máximo de sus posibilidades, puede ser considerado un error, puesto que es una de las escasas vías posibles para adaptar la empresa a las nuevas necesidades de trabajo y dota, a su vez, a los trabajadores y al sistema de una mayor seguridad jurídica respecto a las condiciones laborales que se ven sometidos.

El conjunto de convenios debe valorarse desde dos perspectivas distintas. Por un lado, desde un punto de vista histórico, puesto que el convenio colectivo supone la influencia de abundante normativa, ocasionando, de alguna forma, la anticipación a la nueva realidad social y laboral, siendo con posterioridad incluidos o recogidos en disposiciones legales de aplicación más general y permanente[6]. Así, es considerado como un "campo de experimentación" jurídico-laboral. Por otro lado, desde la perspectiva actual, se tiene en cuenta las normas paccionadas, es decir, los convenios colectivos estatutarios (carácter normativo) en la estructura del Derecho del Trabajo vigente, ya que la legislación de los convenios es particularmente adecuada –por su adaptabilidad- para la regulación de las condiciones de trabajo de una empresa concreta de forma descentralizada.

Así, la legislación laboral es considerada un esqueleto que configura todo el conjunto de normas; mientras que los convenios, serían la encarnadura que cubre el armazón legal. En este sentido, goza de gran importancia añadir la contribución de las normas paccionadas sobre la disciplina de la empresa, es decir, aquellas disposiciones que tratan de controlar el comportamiento de los trabajadores (su reciprocidad) ante posibles actuaciones contrarias a la costumbre o la normativa empresarial. Sin embargo, a pesar de que estas disposiciones se encuentren incluidas en la mayoría –por no decir casi todos- los convenios colectivos, lo cierto es que son muy pocos los que tratan de incluir especificaciones del poder de vigilancia y control empresarial relativas a materia tecnológica como, por ejemplo, la posible utilización –o no- del correo corporativo para fines personales, la navegación por Internet en páginas ajenas a la actividad laboral y el posible acceso al listado de conexiones por parte del empresario, la posible vigilancia del trabajo mediante la instalación de cámaras de videovigilancia o dispositivos de escucha, etc., así como los posibles efectos disciplinarios en caso de vulneración.

De entre las posibilidades que la negociación colectiva ofrece a los empresarios y representante de los trabajadores, nos encontramos con la situación de que son escasas –por no decir casi ausentes- las negociaciones y consiguientes acuerdos referidos a la incorporación de las tecnologías de la información

[6] Como ha ocurrido con el periodo de prueba, las vacaciones anuales, los permisos y licencias por razones personales o familiares, el régimen de horas extraordinarias, las modalidades de contratación, etc.

y de la comunicación en el trabajo, a pesar de ser una de las herramientas fundamentales o principales a la hora de desarrollar la actividad laboral. Por ello, abordar esta cuestión no sólo es importante, sino necesaria para incentivar una cultura jurídica de las nuevas formas de trabajo en la era digitalizada.

En este contexto y, por otro lado, las tecnologías de la información y de la comunicación se están implantando en la vida en sociedad de forma irreversible, modificando el paradigma digital (cambio de cultura jurídica, pero sin olvidar el elemento humano[7]) e imponiendo transformaciones abruptas y disruptivas[8] en el mundo del trabajo.

Las TIC imponen conductas obligacionales, tanto de auto-exploración como de hetero-exploración y, en general, suponen más trabajo fuera del horario estrictamente laboral al diluir o flexibilizar los códigos de espacio-tiempo durante la jornada de trabajo, pues normalizan su uso durante las veinticuatro horas a escala planetaria; y, además, influyen en las fórmulas de "trabajo a proyecto", "*lavoro agile*", "trabajo a cliente", la "autonomización del empleo"[9] e incluso en la robotización del mismo[10]. Sin embargo, como veníamos adelantando, las vías de la negociación colectiva no se han utilizado para regular o normativizar la implicación de las TIC en las condiciones de trabajo, lo cual ha evidenciado una inseguridad jurídica respecto a los trabajadores acerca no sólo del cómo deben desarrollar su actividad laboral, sino de no ser informados de los posibles efectos disciplinarios que las utilizaciones de las herramientas informáticas pudieran ocasionarle.

El reforzamiento de las conductas empresariales puede ocasionar la vulneración de la protección jurídico-constitucional de los trabajadores ante el

[7] Spence P.: "Prólogo: La investigación en Humanidades Digitales en el mundo hispano", Ciencias Sociales y Humanidades Digitales. Técnicas, herramientas y experiencias de *e-Research* e investigación en colaboración, CAC, nº 61.

[8] Aragüez Valenzuela, L.; "El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés", e-Revista Internacional de la Protección Social. 2017, Vol. II, Nº 2. Disponible en el siguiente enlace: http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2017.i02.12.

[9] Alemán Páez, F.; "El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la LOU Travail nº 2016-1088". Ponencia del IV Congreso Iberoamericano y Europeo sobre Nuevas formas de trabajo y su regulación. Incidencia de las migraciones laborales en la seguridad social, Cuenca, 2016.

[10] Desde el punto de vista jurídico, han surgido problemas a raíz de la robotización o revolución robótica –la cual se caracteriza por el crecimiento significativo del número de robots y por el avance de la inteligencia artificial–, lo cual, ha ocasionado incidencias también en el mundo del trabajo. Sobre esta cuestión, se recomienda la siguiente lectura: Gómez Salado, M. Á.: "El impacto de la robotización en el empleo y el sostenimiento de los sistemas de seguridad social", en AA.VV., Protección Social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional, Murcia, Laborum, 2017.

excesivo control o vigilancia empresarial, tales como los artículos 4 (respecto a la intimidad y dignidad), 8.3 a) (datos del contrato de trabajo sin vulnerar la intimidad personal), 18 (inviolabilidad de la persona del trabajador), 20 (dirección y control de la actividad laboral), y 50 (respeto a la dignidad cuando se produzca la extinción del contrato de trabajo). Además, la Constitución Española señala otros como el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad de los trabajadores –y también el derecho al honor y a la propia imagen– así como a la protección de datos de carácter personal[11]. Además, el trabajador no sólo va ser titular de derechos fundamentales típicamente laborales, "sino que también es titular de los demás derechos humanos, aquellos esenciales a la persona humana simplemente en cuanto tal y de los que el trabajador no puede ser privado por la celebración de un contrato de trabajo o la incorporación a una unidad productiva"[12].

En este contexto, somos conscientes de que las tecnologías de la información y de la comunicación agilizan de alguna manera la forma en la que se realiza el trabajo, al servir –en la mayoría de los casos- como un soporte de ayuda para los trabajadores. Sin embargo, la instalación de dichos dispositivos informáticos en el lugar del trabajo –o fuera del mismo- también puede ocasionar un reforzamiento del poder de vigilancia y control[13] empresarial, puesto

[11] Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que supone una adaptación de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 2005.

[12] Hermida Uriarte, O.; "Prólogo a Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos, de S. Gamonal Contreras", Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2004, pág. 5; y también Sepúlveda Gómez, M.; "Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites". Temas Laborales, núm. 122/2013. Págs. 197-214.

[13] El art. 38 ET reconoce el derecho a la libertad de la empresa y el artículo 33 ET el derecho a la propiedad privada como soporte natural de las actividades empresariales. Así, la Constitución reconoce la libertad empresarial materializada en dos direcciones. La primera de las libertades como aquella libertad en la iniciativa de actividades económicas; mientras que la segunda en el desarrollo de las mismas, haciendo referencia a la forma en la que se efectúan las actividades mediante el recíproco comportamiento del empresario y de los trabajadores en la relación laboral. Por tanto, el poder de dirección del empresario surge combinando tanto la libertad en el desarrollo de las actividades económicas –concretamente organizando el trabajo– como también los recursos humanos de la empresa. En este sentido, destacar la STC 147/1986, de 25 de noviembre la cual señala en el FJ 4º lo siguiente: "(…) la amnistía laboral consiste en la implantación (…), de una serie de derechos y obligaciones entre las partes del contrato reconstituido, subsiguientes a la consolidación de la relación de trabajo. Pero, aun descartado este aspecto del problema, lo cierto es que, al imponer la reconstitución forzosa de los contratos de los trabajadores despedidos, incide notablemente sobre la libertad del empresario actual para seleccionar a sus trabajadores, y es ésta una libertad que puede reconducirse al art. 38 de la C.E. Esta libertad puede ser limitada (…), por lo que el problema que se plantea es también un problema de límites, de constitucionalidad de los límites que le han sido impuestos (…)"; y en este mismo sentido las sentencias del TC 99/1994, de 11 de abril, 6/1995, de 10 de enero FJ 2, 106/1996 de 12 de junio, FJ y 136/1996, de 23 de julio, FJ6; 99/1994, FJ 4, y 6/1995, de

que, no tienen un carácter absoluto, sino que deben ser compatible con una serie de restricciones ("límites de los límites"). Concretamente, con el desarrollo tecnológico nos encontramos con un progresivo almacenamiento de datos que dotan al empresario de un conocimiento sobre el cómo desarrolla el trabajador su actividad laboral, es decir, su comportamiento ante el campo dinámico de continuas prácticas en torno a las TIC. Por tanto, se hace de suma importancia preocuparse por mantener el equilibrio entre el mundo digitalizado –que refuerza el poder de vigilancia y control empresarial– y el carácter humano –desde una perspectiva de humanidad digital[14] donde prime el carácter humano con respecto al elemento tecnológico–, siendo estas dos vertientes (ámbito tecnológico y humano) fundamentales –y escasos- en las cláusulas de la negociación colectiva.

10 de enero, FJ 2). Igualmente, así se encuentra señalado en las siguientes referencias: Martín Valverde, A., Rodríguez Sañudo Gutiérrez, F., García Murcia, J., "Derecho del trabajo", op. cit. al decir: "La jurisprudencia constitucional sobre la vigencia de los derechos de la persona en el ámbito de la relación laboral precisado, por una parte, que del contrato de trabajo no surge un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, y por otra, que los derechos fundamentales no sirven incondicionalmente para imponer modificaciones contractuales, por lo que se hace necesaria una modulación de los mismos (TC 151/2004, de 20 de septiembre). La modulación a las exigencias de la buena fe del ejercicio de los derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo varía, como es lógico, según el contenido de los derechos involucrados y según las circunstancias concretas (…)", y también en Sanguineti Raymond, W., "Derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales, Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Nº 21-22, 2012, págs. 15-30.

[14] La implantación acelerada de la cultura digital resulta innegable en la actualidad, cada vez un mayor número de estudios tratan de adentrarse en la investigación mediante la utilización de medios tecnológicos. Concretamente, se ha avanzado bastante en el área de las humanidades digitales experimentando, mediante la utilización tecnológica –empleando bases de datos, sistemas de marcación digital, aplicaciones virtuales, etc.–, nuevas formas de innovación en distintas áreas de investigación. La idea consiste en profundizar en la materia e ir avanzando hacia una tecnologización jurídica, donde el vínculo o la proximidad relacional de entre partes no se vea sujeto a cambios por la cultura jurídica tendente a la digitalización (cambio de paradigma cultural motivado por la irrupción de las tecnologías digitales). Para ello, se requiere de una transformación sociocultural y política materializada en una vuelta a la esencia del humanismo. Así, y a pesar de que en la actualidad la dimensión tecnológica se ha implantado en el mundo con gran rapidez, generando conocimiento y transmitiendo información a nivel global, se generan nuevos problemas éticos que no pueden recibir una respuesta basada en el determinismo tecnológico. En este contexto, se requiere que definitivamente lo humano tome el control frente a enfoques predominantemente tecnológicos, es decir, intentando ir más allá de la pura dimensión digital. En este sentido, se recomienda la lectura de: Spence P.: "Prólogo: La investigación en Humanidades Digitales en el mundo hispano", Ciencias Sociales y Humanidades Digitales. Técnicas, herramientas y experiencias de *e-Research* e investigación en colaboración, CAC, nº 61.

Actualmente, nos encontramos con otra modalidad de empresa, denominada: "empresa red"[15] que refleja cambios en su modelo organizacional desde una perspectiva jurídica y económica, para adecuarse a las nuevas circunstancias caracterizadas por la incertidumbre de las transformaciones tecnológicas y del rápido cambio del contexto en que se mueven, en condiciones de máxima competitividad y globalización en la economía mundial. Esta (re)adaptación a la nueva realidad empresarial y competitiva, -por los nuevos paradigmas de producción ligados a la expansión tecnológica y al mercado globalizado- origina un sistema de empresa con estructuras menos rígidas y jerarquizadas para incrementar su capacidad de adaptación a los requerimientos de cada mercado y a las exigencias de productividad y competitividad al menor coste posible. Con ello aparecen también cambios en la esfera interna del derecho negocial, que podemos considerar que "se inscribe en el más amplio Derecho reflexivo que impulsa los procesos de autorregulación negocial, respondiendo a los retos «externos» de modo altamente flexible y adoptivo"[16]. De este modo, el Derecho de la negociación colectiva constituye "una expresión cualificada del «*derecho reflexivo*[17]», cuya finalidad esencial es fomentar la autonomía reguladora, permitiendo maximizar su racionalidad interna a través de procedimientos idóneos de formación del consenso interno sobre la toma de decisiones empresariales"[18]. Esta nueva negociación colectiva es considerada más dinámica puesto que trata de individualizar la toma de decisiones directivas de la empresa, extendiendo entre los sujetos implicados (empresario y representante de los trabajadores) un sentido de responsabilidad social.

Mediante la negociación colectiva se diseñan nuevos espacios en un ámbito concreto empresarial, dando lugar a que se genere un contexto institucional más favorable y apropiado para el desenvolvimiento de los trabajadores en la empresa a la hora de desarrollar su actividad laboral, puesto que tienen una serie de directrices o normativas específicas en la materia, no viéndose afectados en sus derechos –tales como: derecho a la intimidad, derecho a la protección de datos de carácter personal y derecho al secreto de las comunicaciones-. Sin

[15] Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N.; "La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos", op. cit.

[16] Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N.; "La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos", op. cit.

[17] "La racionalidad reflexiva que podríamos observar en ciertas áreas del derecho se apoya en lo que podríamos llamar una intervención mínima pero sustancial en las áreas reguladas, mediante normas procedimentales que regularían a su vez la forma de producción de las normas dentro de los distintos sistemas sociales", Bourdieu, P.F. y Teubner, G.; "La fuera del derecho", Estudio Preliminar de Carlos Morales de Satien Rabian. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2000, pág. 115 y ss.

[18] Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N.; "La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos", op. cit.

embargo, en la actual economía de mercado, continuamos afrontando grandes retos y desafíos como consecuencia de los cambios tecnológicos y la infrautilización de la negociación colectiva, por parte de los intervinientes legitimados, para regular la materia. Esta situación, también tiene repercusiones desde el punto de vista de la justicia social[19].

Sin embargo, a pesar de ello, los distintos contextos laborales ocasionan un nuevo desafío en el Derecho del Trabajo que venimos asumiendo por la incorporación de las nuevas –y no tan nuevas- tecnologías de la información y de la comunicación, ya que originan un mayor número de entornos cambiantes. Esta situación hace que sea difícil adaptar la legislación laboral en materia tecnológica, lo que contribuye a la idea de generar una potenciación en la capacidad de las empresas para adaptarse y reestructurarse a las fluctuaciones del ámbito tecnológico mediante la negociación colectiva, ya que no sólo han afectado a las formas en la que los trabajadores desarrollan su actividad laboral, sino también al propio Derecho del Trabajo, -creándose, por ejemplo, nuevas formas de empleo como la llamada: "economía colaborativa"[20]-.

Es por ello por lo que, en cuestiones de ámbito tecnológico respecto a la relación laboral, ha quedado en manos de los jueces y tribunales la responsabilidad de decidir y casi "regular" la materia por ser actualmente insuficiente, no sólo a nivel de negociación colectiva, sino también en otras disposiciones legales. En este contexto, han sido numerosos –y a su vez contradictorios- los pronunciamientos jurisprudenciales que abordan las TIC y el Derecho del Trabajo, donde se puede observar que prima el principio de proporcionalidad atendiendo a cada caso concreto analizado. Es preciso mencionar que los derechos fundamentales de los trabajadores no son derechos absolutos, sino que pueden encontrar una serie de límites, como es en el caso que nos ocupa el poder de vigilancia y control empresarial; pero, sin embargo, tampoco es admisible la cesión de este derecho ante cualquier injerencia por parte del empresario, ya

[19] Sin lugar a dudas, hace que la dimensión institucional se encuentre mermada, faltando un elemento esencial para velar por el cumplimiento de la justicia relacional. En este sentido, se recomienda la lectura de: Márquez Prieto, A.; "La relación laboral como relación social". Revista CEF 382 (2015): págs. 13-42. Para profundizar sobre este tema, se puede consultar entre otros: Márquez Prieto, A.; "Repensar la justicia social. Enfoque relacional, teoría de juegos y relaciones laborales en la empresa" Thomson-Aranzadi, 2008; y también en Márquez Prieto, A.: "Justicia relacional: economía y trabajo". Revista Acontecimiento: órgano de expresión del Instituto Emmanuel Mounier nº 104 (2012), págs. 31-34.

[20] Las nuevas formas de "economía colaborativa" están causando una gran polémica por no incluirse en ninguna modalidad contractual tradicional del Estatuto de los Trabajadores, haciendo que nos replanteemos conceptos y categorías clásicos del Derecho del Laboral. Para ello, se recomienda: Aragüez Valenzuela, L.; "Nuevos modelos de economía compartida: *Uber Economy* como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales", op. cit.

que ello puede dar lugar a la vulneración de la protección-jurídica del trabajador. Así, es necesario analizar cada caso concreto ante la falta de concreción legislativa o de normas paccionadas.

Esta insuficiente regulación no sólo perjudica a los trabajadores, sino también al empresario, ya que es acentuada la línea jurisprudencial que señala, atendiendo a cada caso, una "obligación empresarial" de poner en conocimiento previo al trabajador del posible control, con independencia del medio tecnológico utilizado; e, incluso, otras sentencias añaden que se les debe informar a los trabajadores de los posibles efectos disciplinarios que el incumplimiento de estas medidas puede ocasionarle. De esta forma, resulta no sólo importante, sino también necesario regular el ámbito de las tecnologías de la información y de la comunicación mediante la potenciación de la negociación colectiva en la materia, para así, evitar injerencias lesivas en la protección-jurídico constitucional de los trabajadores.

Por ello, en este trabajo se han analizado algunos convenios colectivos que han introducido, de alguna forma u otra, las TIC en el Derecho del Trabajo, haciendo una comparación con los convenios colectivos que existen en la actualidad a nivel nacional y también autonómico en la región de Andalucía.

## III. ALGUNOS EJEMPLOS DE CONVENIOS COLECTIVOS, TANTO A NIVEL NACIONAL COMO AUTONÓMICO EN LA REGIÓN ANDALUZA, QUE REGULAN ASPECTOS TECNOLÓGICOS EN EL TRABAJO

Este trabajo tiene como denominador común las menciones a las tecnologías de la información y de la comunicación en los distintos aspectos de las relaciones de trabajo, las cuales han sido concretadas en algunos convenios colectivos, a nivel estatal y autonómico de la región de Andalucía, debido a la escasa dimensión institucional existente en la materia. Sin embargo, como observaremos con posterioridad, la dimensión institucional se ha visto fortalecida tan sólo en aspectos muy concretos de ámbito tecnológico, no tratando de regular muchas otras cuestiones importantes en la materia.

Concretamente en la mayoría de los convenios colectivos, dependiendo indudablemente de la naturaleza de los mismos, se han acordado una serie de cláusulas relativas a las TIC, de las cuáles podemos destacar:

a) El uso de las TIC y las formas de organización del trabajo y producción en las empresas.

b) Las TIC y el régimen disciplinario.

c) Las TIC en materia formativa para los trabajadores.

d) Las TIC y prevención de riesgos laborales.

e) El uso de las TIC de la empresa para la canalización de la actividad sindical.

f) Otras medidas

En este sentido, resulta interesante aportar algunos ejemplos de convenios colectivos actualizados –y otros no[21]- donde se han concretado algunos ámbitos, como los relativos a: medidas organizativas para reducir la posible aparición de riesgos psicosociales (el tecnoestrés) en el trabajo, otras relativas a la utilización de instrumentos informáticos en el desempeño de la actividad laboral (utilización del correo electrónico), la posible desconexión de los trabajadores en el trabajo (derecho a desconectarse), la regulación de la jornada de trabajo para aquellos trabajadores que desarrollen su actividad fuera del lugar de trabajo (el teletrabajo).

**a) El uso de las TIC y las formas de organización del trabajo y producción en las empresas.**

La mayoría de los convenios colectivos, ya sean de ámbito nacional o autonómico de la región de Andalucía, tratan dos aspectos fundamentales relativos a la utilización de las TIC y las formas de organización y producción en la empresa:

- El teletrabajo o trabajo a distancia.

Las TIC han modificado las condiciones en la que se presta la actividad laboral por parte de los trabajadores, flexibilizando, en la mayoría de los casos, el lugar y el tiempo de trabajo. Esta situación ha ocasionado el origen de una nueva modalidad contractual: el teletrabajo o trabajo a distancia, que consiste en el desempeño del trabajo en cualquier lugar del mundo (que no sea el propio centro de trabajo) y a cualquier hora. El teletrabajador se había incorporado con anterioridad al Estatuto de los Trabajadores, pero no ha sido hasta los últimos años cuando realmente esta figura jurídica ha adquirido importancia.

Es una innovadora forma de trabajo –fuera de las instalaciones de la empresa- que tiene como causa la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación. Sin embargo, se exigen unos criterios mínimos que cualquier teletrabajador debe tener derecho u obligación de cumplir, tales como: "el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa; la igualdad de derechos, legales y convencionales de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las ins-

[21] La mayoría de los convenios colectivos analizados en el presente trabajo de investigación son actualizados; sin embargo, algunos otros, por su interés o impacto, no lo son, pero se considera también interesante citarlos.

talaciones de la empresa; la conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc."[22]. Además, se les exige, por las características inherentes a su puesto de trabajo, una flexibilidad y atención especial[23] a su jornada de trabajo y distribución horaria, respetando siempre la normativa laboral y los derechos básicos de los trabajadores[24].

Esta modalidad contractual es bastante habitual a nivel europeo; en España, a pesar de encontrarse aún por debajo de la media de Europa[25], las cifras van paulatinamente aumentando, ya que aporta a la empresa y a sus trabajadores

[22] Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (1 junio 2017): "Artículo 20: "Partiendo del reconocimiento del teletrabajo como una de las formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías, que permite la realización de la actividad laboral fuera de las instalaciones de la empresa, y sin perjuicio de la aplicación que corresponda de las previsiones contenidas en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores sobre trabajo a distancia, se considera que para la realización y puesta en práctica del teletrabajo en la empresa, resulta oportuno establecer los siguientes criterios: El carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa. La igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa. La conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc. En orden a la consideración y desarrollo de estos criterios, las partes coinciden en tener como referencia a estos efectos los contenidos que integran la «Declaración relativa al teletrabajo» suscrita por los interlocutores sociales europeos del sector seguros el 10 de febrero de 2015"

[23] Convenio colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal, suscrito por la Asociación de Empresarios del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM), UGT y CC OO, (BOE 2 de diciembre de 2015): "Artículo 220: "Comisión Interempresas de Ordenación del Tiempo de Trabajo (…) Información y seguimiento del Teletrabajo".

[24] Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (1 junio 2017): "Artículo 48: A través de los correspondientes cauces de negociación colectiva con la representación legal de los trabajadores, en aquellas empresas y actividades del sector tales como: empresas o ramos de asistencia en viaje, decesos, centros o dependencias sanitarias, servicios informáticos, personal de mantenimiento, vigilancia-seguridad, centros de atención telefónica, autorización de prestaciones sanitarias, y otros servicios análogos que por exigir especial atención, derivada de la naturaleza de la función, de la necesaria atención a canales de distribución y red comercial, o de la ubicación de la prestación del servicio, deben trabajar con distribuciones horarias especiales, se podrán establecer distribuciones de jornada diferentes de las establecidas con carácter general, o en turnos de hasta 24 horas, respetando en todo caso las condiciones y mínimos establecidos al respecto en la normativa laboral y en el presente convenio sobre jornadas especiales de trabajo, turnos, trabajo en festivos y nocturno".

[25] En España el 6,7% de empleados ejerce teletrabajo según el Periódico de la Vanguardia de febrero de 2017. Puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.lavanguardia.com/vida/20170215/4248004004/en-espana-el-67--de-empleados-ejerce-teletrabajo-por-debajo-de-media-de-ue.html

una notable mejora en la conciliación de la vida laboral y familiar, contribuyendo a la flexibilización de las condiciones de trabajo[26]. A ello, se le suma que se ha ido progresando en la dotación de las herramientas de comunicación y de medios para el teletrabajo[27], habiéndose obtenido una mejora en el compromiso

[26] Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21 enero 2016). Artículo 89: "Las Direcciones de las tres Empresas y la Representación de los Trabajadores valoran positivamente las ventajas que esta modalidad de prestación de la actividad laboral aporta a la empresa y a sus trabajadores, que ha permitido una notable mejora en la conciliación de la vida laboral y familiar, contribuyendo a la flexibilización de las condiciones de trabajo. Durante este tiempo, desde su implantación fruto de los acuerdos de negociación colectiva para su regulación en cada una de las tres Empresas, considerando la actividad y el perfil del empleado, hemos avanzado en la extensión de esta modalidad ampliando las actividades teletrabajables y el número de empleados que se han incorporado a esta modalidad. Además, se ha progresado en la dotación de las herramientas de comunicación y de medios para el teletrabajo, habiéndose obtenido una mejora del compromiso y la motivación con una mayor participación e implicación. Actualmente, la incorporación de las nuevas tecnologías es una realidad indudable que se ha ampliado con el desarrollo de las nuevas redes sociales que han permitido evolucionar el mundo de la información y comunicación. Con ello hemos construido una gestión basada en la confianza mediante una relación más ágil y directa, que ha reportado mayores ventajas tanto para la organización como para los teletrabajadores, con nuevas formas de hacer que están consolidando una cultura más innovadora. En este contexto, consideramos necesario seguir avanzando en línea con un compromiso mutuo de mejora en la calidad y la productividad que reporte ventajas para todos, así como en el incremento porcentual de número de trabajadores que disfruten de esta nueva modalidad de trabajo. Ambas partes, declaran que es su común interés continuar progresando en su implantación, y a tal efecto se acuerda incorporar como Anexo V una regulación común del teletrabajo para aplicar a los trabajadores incluidos en el ámbito del presente Convenio Colectivo. Los empleados que a la firma del presente convenio tengan suscritos acuerdos de teletrabajo con cada una de las empresas los mantendrán vigentes hasta su mes de vencimiento en el año 2016".

[27] Al amparo de lo previsto en la Cláusula 12.1 del Convenio Colectivo 2003-2005 de Telefónica de España se acordó con fecha 20-01-2005 entre la Empresa y la Representación de los Trabajadores el desarrollo de una prueba piloto de teletrabajo, diseñada con carácter experimental y una duración inicial de tres meses, a fin de ponderar las posibilidades para una implantación en el colectivo de empleados dentro de convenio, dentro de los principios recogidos en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002. Mediante posteriores acuerdos se acordó la prórroga del plan piloto hasta el 31-12-2005. En julio de 2006 se firmó el acuerdo de teletrabajo de Telefónica de España cuyas características principales fueron la voluntariedad, reversibilidad, que la actividad fuera susceptible de teletrabajo, consentimiento de su jefe inmediato y mantenimiento de las condiciones de empleo y de los derechos colectivos o de representación sindical. En el caso de Telefónica Móviles España, como desarrollo de los compromisos adquiridos en el V Convenio se suscribió en mayo de 2010 el correspondiente acuerdo de teletrabajo para regular su realización dentro de dicha compañía. En este mismo sentido: "Convenio colectivo de la empresa Ibermática S.A. (BOE 1 de abril de 2015): Artículo 19 c): "La implantación de nuevos sistemas y productos con los que se ha ido dotando la red informática de nuestra empresa, así como la posibilidad de conectarse a la misma desde el domicilio del empleado. Permite que, cuando el tipo de actividad lo requiera y a criterio del responsable, pueda proponerse a determinados empleados, desarrollar su trabajo desde se casa. Deberá pactarse y de común acuerdo por escrito entre la empresa y el empleado,

y la motivación con una mayor participación e implicación de los trabajadores en este ámbito.

Sin embargo, y a pesar de la incorporación de esta modalidad contractual en algunas empresas, lo cierto es que no terminan de adaptarse a la realidad social y a las necesidades coyunturales de la empresa, haciendo que, en la mayoría de las ocasiones, sean meras repeticiones del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, sin aportar nada nuevo[28], aunque podemos encontrarnos con algunas excepciones[29] que, aunque sea de forma algo superficial aún, adaptan esta modalidad de trabajo a la propia empresa. Sin embargo, hay muchas otras premisas que faltarían por señalarse, como, por ejemplo: las horas extras de los teletrabajadores fuera de su jornada laboral ordinaria –e incluso de los traba-

---

el tipo de tarea a realizar, la duración máxima de la misma, los niveles de control y seguimiento que sean necesarios, así como la disposición a presentarse en la oficina tantas veces como sea requerido durante la ejecución del proyecto o tareas encomendadas. La implantación de este sistema, permite una flexibilidad horaria total, con un menor volumen de desplazamientos y un mayor nivel de concertación".

[28] Convenio colectivo de la empresa Siemens Nixdorf (BOE 25 de noviembre de 1997): "Artículo 36: "Acorde con las necesidades de competitividad y los medios tecnológicos a disposición, a partir del presente años se irán definiendo áreas funcionales, colectivos y puestos que pudieran desempeñar sus funciones total o parcialmente en "teletrabajo". Esta definición y su reglamentación correspondiente se hará conjuntamente entre la empresa y los representantes de los trabajadores".

[29] Convenio colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal, suscrito por la Asociación de Empresarios del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM), UGT y CC OO, (BOE 2 de diciembre de 2015): "Anexo V: se regulan las condiciones del teletrabajo relativas a la efectividad, el carácter voluntario y reversible, la vigencia, el tiempo de teletrabajo (será entre 1 y cuatro días semanales. Su duración se determinará de común acuerdo por ambas partes, teletrabajador y responsable inmediato. Podrá realizarse también en tiempo de jornada equivalente que no debe suponer situaciones diferenciales entre los empleados que realicen teletrabajo), formación, confidencialidad de datos ("las empresas adoptarán las medidas oportunas para asegurar la protección de los datos utilizados y tratados por el teletrabajador para fines profesionales"), equipos ("los equipos que se empleen para la realización del teletrabajo podrán ser tanto propiedad del trabajador, en cuyo caso dicho equipo debe cumplir todos los requisitos de normalización y certificación exigidos por la legislación vigente, como de La Empresa, en tal caso no podrán ser utilizados para fines particulares"), jornada y horarios ("es preciso compaginar un control del teletrabajo, con la necesaria flexibilidad para realizar el trabajo igual que si se trabajase en la oficina, partiendo del principio de que el trabajo debe realizarse como si se estuviera en la oficina, de tal forma que el teletrabajo no puede suponer una limitación a la adecuada y eficaz organización del trabajo") y teletrabajo fuera del horario habitual ("será siempre a instancia del teletrabajador, y podrá admitirlo su Unidad con carácter excepcional si el tipo de trabajo desempeñado así lo permite y en tanto organizativamente sea posible. Estos cambios deberán constar por escrito, y anexarse al acuerdo inicial de teletrabajo, con respeto a la legislación y normativa interna sobre duración de jornada, descanso entre jornada, duración máxima de la jornada diaria, pausas de descanso y descanso semanal. En todo caso, no generarán compensación económica distinta de la que correspondiera al empleado por razón de su puesto de trabajo en forma presencial")".

jadores cuando fuera de su jornada siguen conectados a su trabajo-, posibles medidas preventivas por parte de los teletrabajadores, la posible intromisión empresarial en la actividad desarrollada por el teletrabajador, si están sujetos a algún tipo de horario, etc.

- La utilización de correo electrónico o medios informáticos de la empresa.

El correo electrónico es un instrumento de comunicación que se encuentra a la orden del día en el desempeño de la actividad laboral. El mismo, junto con el teléfono móvil, se han convertido en la red de comunicación e información por excelencia en el trabajo. Sin embargo, debido a la escasa normativa existente en la matera, han sido algunos convenios colectivos los que, a través de la correspondiente negociación, han acordado introducir o regular el correo electrónico y los instrumentos de comunicación de la empresa.

Lo cierto es que la utilización del correo electrónico ha sido bastante polémica a nivel jurisprudencial[30], principalmente debido a la posible vulneración de la protección jurídico-constitucional de los trabajadores ante intromisiones ilegítimas[31] por parte del empresario del correo o listado de conexiones del trabajador en el desempeño de su actividad laboral; lo cual ha ocasionado el fortalecimiento del poder de vigilancia y control regulado en el art. 38 de la Constitución Española y 1.1, 5c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores.

En este contexto, la mayoría de los convenios colectivos tratan de regular la utilización del correo electrónico como posibles acciones disciplinarias del empresario cuando se utilice de forma abusiva o fraudulenta el mismo, siendo pocos[32] los convenios los que aporten algunas ideas respecto al cómo se deben

[30] Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, 142/1993, 202/199, 241/2012. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 16 de enero de 2016, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1997 (Asunto Halford c. Reino Unido) y de 3 de abril de 2007 (Asunto Copland c. Reino Unido).

[31] También nos podemos encontrar contradictorias sentencias judiciales relativas al poder de vigilancia y control empresarial mediante cámaras de videovigilancia, sistemas de geolocalización o redes sociales, tales como: STS 7 de julio de 1998, Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 17 de enero de 1994, Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, del 10 de julio, Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero, Tribunal Constitucional de 39/2016, de 3 de marzo, STSJ de Castilla–La Mancha, de 23 de marzo de 2014, STSJ de País Vasco de 10 de mayo de 2010, STSJ de Castilla y León de 27 de diciembre de 2013, Sentencia 3636/2007 de 26 de mayo de 2007, *Caso Ortiz Vs. Hispanics United Of Buffalo, Inc*. (resolución nº 3 CA-27872) y caso *Lougheed Imports* Ltd. V. *United Food and Commercial Workers International Union,* entre otras

[32] El Convenio colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal, suscrito por la Asociación de Empresarios del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM), UGT y CC OO, (BOE 2 de diciembre de 2015), únicamente señala: Artículo 64: "La representación legal de los trabajadores y trabajadoras tendrá una cuenta de correo electrónico

utilizar estos medios de comunicación, durante qué tiempo en concreto (en la jornada ordinaria o también en la extra ordinaria), si se protegen los datos de los trabajadores, si empresario puede acceder al contenido de los mensajes, si se puede utilizar para fines estrictamente laborales o, también, de carácter personal, entre otros. A pesar de ello, podemos encontrarnos con algunas excepciones donde señalan la importancia de velar por el cumplimiento de la normativa de protección de datos a la hora de utilizar el correo electrónico[33]. Por ejemplo, el Convenio Colectivo del sector de la Banca (BOE 15 junio 2016), en su artículo 62.3 señala que: "Las comunicaciones, así como los correos electrónicos, deberán tener contenido estrictamente laboral y relacionado directamente con el ejercicio de las funciones de representación legal de la plantilla, sin que pueda utilizarse a otros fines, y estará sujeto a los mismos controles técnicos y, en su caso, de salvaguardia legales fijados por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, al igual que toda la información que se difunde a través de estos nuevos medios técnicos en las Empresas" o el Convenio colectivo de la empresa "Clínica Buchinger", SA, Helmut Wilhelmi (BOP 4 junio 2007), en su artículo 34 que "El uso de todos los medios materiales, equipamientos, medios electrónicos y cualquiera otros que existen en la empresa, incluyendo expresamente ordenadores, correo electrónico y accesos a Internet es exclusivamente para el trabajo de la empresa y para atender el cometido estrictamente laboral de los trabajadores, no para un uso particular. La empresa lleva un registro de conexiones a Internet y de correos enviados y recibidos". En estos dos ejemplos de convenios se puede observar cómo se indican dos conceptos muy importantes. De un lado, que la utilización del correo electrónico o de Internet únicamente se deberá efectuar con fines estrictamente laborales y, de otro lado, que el empresario tiene el derecho de acceder al registro de conexiones y correos electrónicos de los trabajadores, mediante una serie de controles técnicos para velar por el cumplimiento de estas premisas. Por tanto, en caso de control y vigilancia empresarial, cuando el trabajador actúe de forma fraudulenta, los posibles efectos disciplinarios de la medida empresarial ante el incumplimiento, deberán ser considerados, como regla general, procedentes atendiendo al juicio de proporcionalidad.

---

de la empresa con el fin de facilitar el ejercicio de sus funciones en la misma", sin decirse nada más respecto al poder de vigilancia empresarial o la posible vulneración de datos.

[33] Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (1 junio 2017): Artículo 80: "Utilización del correo electrónico. En empresas cuyos sistemas operativos lo permitan y constituyan el medio habitual de trabajo y comunicación en la misma, las organizaciones sindicales más representativas con presencia en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa podrán acceder en el ejercicio y ámbito de sus funciones representativas a la utilización del correo electrónico para transmitir información de naturaleza sindical y laboral, respetando, en todo caso, la normativa de protección de datos de carácter personal.

### b) Las TIC y el régimen disciplinario

La utilización de forma abusiva o fraudulenta de las tecnologías de la información y de la comunicación pueden ocasionar efectos disciplinarios en los trabajadores. Es más, en la mayoría de los convenios colectivos que regulan aspectos concretos del ámbito tecnológico suele ser fundamentalmente respecto al régimen disciplinario. En este apartado, lo que realmente se considera como falta grave o muy graves no es el uso, puesto que se considera inherente a la condición del trabajador el utilizar el correo electrónico, Internet, redes sociales, o plataformas virtuales en el desempeño de su trabajo, sino su abuso o utilización fraudulenta de estos medios telemáticos[34]. Además, y a tenor de lo mencionado con anterioridad, es posible que cuando en el convenio colectivo se acuerde que el correo electrónico o internet se deba utilizar únicamente para fines laborales[35], se adopten faltas graves o muy graves por parte de los trabajadores que usen dichos medios para fines distintos[36].

En este sentido, sólo en uno de los convenios estudiados, considera una medida disciplinaria por parte del empresario hacia los trabajadores, la utilización del ordenador de forma fraudulenta mediante la transgresión de las nor-

[34] Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (1 junio 2017): "Artículo 64.2 ñ): Falta grave: "El abuso en la utilización de los medios electrónicos o herramientas tecnológicas establecidas en la empresa". Y como falta muy grave: "La utilización fraudulenta de los medios electrónicos o herramientas tecnológicas establecidas en la empresa".

[35] Convenio colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal, suscrito por la Asociación de Empresarios del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM), UGT y CC OO, (BOE 2 de diciembre de 2015): "Artículo 55 d): La utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, internet, intranet, etcétera), para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, cuando del tiempo empleado en esta utilización pueda inferirse una dejación o abandono de funciones inherentes al trabajo. Las empresas establecerán mediante negociación con los representantes de los trabajadores, un protocolo de uso de dichos medios informáticos". Así como el Convenio colectivo de las industrias del frío industrial (BOE 18 mayo de 2016): "Artículo 37.12: como faltas graves el abuso en la utilización de medios informáticos dentro de la empresa y en la jornada laboral (correo electrónico, internet, intranet, ...) o soportes de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral" y el Convenio Colectivo de la empresa European Air Transport Leipzig GMBH, sucursal en España (BOE 26 febrero 2015): "Artículo 64.2: La utilización de los equipos informáticos de la compañía para uso particular (p. ej., correo electrónico, Internet, etc.); o bien su utilización / manipulación contraviniendo lo recogido en el Procedimiento de Utilización de Equipos Informáticos preparado por I.T. Si de cualquiera de estas actuaciones se dedujese riesgo del quebranto de confidencialidad de algún tipo de información, la falta se catalogará como muy grave".

[36] Convenio colectivo de la empresa Alstom T&D, Sociedad Anónima: "Artículo 43, como falta grave el entregarse a juegos durante la jornada de trabajo de manera reiterada y causando con ello un perjuicio al desarrollo laboral."

mas de seguridad informática o el quebrantamiento de la confidencialidad de los datos[37], lo cual directamente se relaciona con la nueva proyección europea del Reglamento de Protección de Datos de Carácter Personal que ve notablemente endurecido las posibles vulneraciones en los datos de los ciudadanos europeos por parte de las empresas.

**c) Las TIC en materia formativa para los trabajadores.**

Fuente: e-Revista Internacional de la Protección Social[38]

Las tecnologías de la información y de la comunicación se han implantado en la sociedad de forma acelerada, lo cual ha dado lugar a una adaptación respecto al cómo se deben utilizar las mismas de forma adecuada. Esta situación también ha llegado al mundo del trabajo, de entre otros muchos escenarios, donde los trabajadores tienen el deber de incorporar las TIC en el desarrollo de su actividad laboral si así es requerido por parte del empresario. Esta situación no tiene porqué ocasionar ningún problema si los trabajadores estuviesen acostumbrados a utilizar, en mayor o menos medida, las TIC en su vida cotidiana; sin embargo, algunos trabajadores pueden sentir un rechazo frontal a la incorporación del ámbito tecnológico por no sentirse capacitados para adaptarse a la nueva era digital (tecnofobia). De otra manera, nos podemos encontrar con trabajadores que de forma excesiva utilizan las TIC durante su jornada de trabajo e incluso fuera de la misma, estando constantemente conectados a su trabajo, los cuáles pueden no sufrir problemas de adaptación, pero si la aparición de otros riesgos psicosociales o problemas de conciliación entre su vida personal, familiar y laboral (tecnofilia).

En este contexto, algunas empresas han considerado importante introducir en sus respectivos convenios colectivos actividades formativas[39] para que los trabajadores se adapten y se familiaricen en la utilización de las tecnologías en su puesto de trabajo, entendiendo que la cualificación es una herramienta fundamental para la población activa y, por tanto, una verdadera inversión em-

[37] Convenio colectivo del sector de los grandes almacenes (BOE 22 abril 2013) en su artículo 54.17 lo señala como falta muy grave por parte del trabajador.

[38] Aragüez Valenzuela, L.; "El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés", op. cit.

[39] Convenio colectivo de trabajo para las industrias de la construcción, obras públicas y oficios auxiliares de Málaga y su provincia (BOP 27 noviembre 2013): "Artículo 76.4: "El empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo, ya sean con servicios propios, ya sean con la intervención de los Servicios Oficiales correspondientes o del aula de la Fundación Laboral de la Construcción".

presarial con frutos económicos[40]. Para ello, se requiere que los trabajadores tengan tiempo suficiente en formarse en estas novedosas técnicas[41] durante su jornada de trabajo, invirtiendo el empresario también en los cursos o actividades requeridas para que se lleven a cabo[42]. Además, esta formación debe ser constante[43] por parte de los trabajadores y no esporádica, para que, de este

[40] Convenio colectivo Interprovincial de Autoescuelas (BOE de 6 de mayo de 1997) Convenio colectivo Interprovincial de Hostelería (BOE de 3 de junio de 1997); Convenio colectivo Interprovincial de Distribución de Electricidad (BOE de 13 de junio de 1997) Convenio colectivo Interprovincial del Comercio (BOE de 20 de junio de 1997) Convenio colectivo de Industrias elaboradoras de Arroz (BOE de 9 de julio de 1997), Convenio colectivo Interprovincial de Fábricas de Pastas, Papel y Cartón (BOE de 29 de enero de 1998), Convenio colectivo Interprovincial de Empresas de jardinería (BOE de 27 de agosto de 1998) Convenio colectivo Interprovincial del Calzado (BOE de 16 de junio de 1999): "Todos estos convenios incluyen esta misma cláusula de estilo que establece: "La formación profesional continua constituye un valor estratégico ante los procesos de cambio económico, tecnológico y social en el que estamos inmersos. El futuro sistema español, va a depender, en gran medida de la cualificación de la población activa, tanto de los trabajadores como de los empresarios, especialmente de pequeñas y medianas empresas, constituyendo la formación profesional continua de calidad una verdadera inversión". En este mismo sentido, señalar el convenio colectivo del Instituto de Crédito Oficial: "Artículo 32.1 La formación profesional tiene como función principal la promoción del personal del Instituto y la cualificación o reciclaje para el puesto de trabajo. Igualmente, mediante ella, el Instituto podrá abordar cualquier otra acción formativa que posibilite el desarrollo cultural y la mejor consideración social de sus empleados y amplíe el campo de expectativas académicas hacia estudios especializados de mayor rango. De igual modo será actividad preferente la dirigida a la formación del personal en relación con las nuevas tecnologías aplicables en el área de actividades del Instituto, así como la adecuación de dicho personal a los nuevos requerimientos profesionales del sector".

[41] Convenio colectivo de la empresa Eurocontrol, Sociedad Anónima (BOE de 29 de noviembre de 2001): "Artículo 17.7: La empresa procurará que todos los trabajadores dispongan de tiempo necesario para su formación en las técnicas que realicen y para el conocimiento de los avances tecnológicos que se produzcan".

[42] Convenio colectivo Interprovincial de Prensa no Diaria (BOE 23 diciembre 2013): "Artículo 13: Deberá informarse de cualquier proyecto de introducción de nuevas tecnologías, que pueda modificar las condiciones de trabajo de las distintas profesiones, previamente a su introducción, a los representantes de los trabajadores o Secciones Sindicales. En el caso de que un puesto de trabajo se vea afectado por modificaciones tecnológicas, la Dirección de la Empresa ofrecerá a los trabajadores que lo ocupaban, un curso de formación por el tiempo indispensable para su adaptación a las nuevas tecnologías, que en ningún caso tendrá una duración mayor de seis meses. Esta formación se dará en horas de trabajo o en su defecto serán compensadas con descanso".

[43] Convenio colectivo de trabajo de Verificaciones Industriales de Andalucía, SA (BOJA de 24 abril 1992, núm. 34): "Artículo 41: La empresa continuará e incrementará la realización de cursos de formación profesional con la finalidad de atender tanto a las necesidades de preparación de su personal en las nuevas técnicas y sistemas de trabajo que exijan la evolución y desarrollo de la Compañía, como de facilitar la promoción individual. El planteamiento de esta formación se basa en los principios de participación e igualdad de oportunidades, concibiéndola como un medio de realización individual y mejora colectiva y en consecuencia como un derecho y un deber de colaboración activa en los programas de formación. Con el fin de promover la

modo, se invierta no sólo en una formación básica, sino en una cualificación real en el puesto de trabajo que vengan desempeñando[44].

Para velar por el cumplimiento de la actividad formativa por parte del empresario, algunos convenios colectivos han considerado importante crear un Comité de Formación[45] que vele, entre otras funciones, por la formación de los trabajadores en el ámbito tecnológico y digital. Además, an algunos otros convenios colectivos se han incorporado, de entre las diversas funciones de los representantes de los trabajadores –ya sean sindicales o no- por la cualificación en las TIC, introduciendo la obligación por parte el empresario de consultar a

---

preparación del personal en previsión de futuras vacantes, especialmente para aquellos puestos que sean frecuentes o hacia los cuales evolucionen las necesidades de la empresa. Sobre la base de lo expuesto se entiende como formación permanente aquellas acciones dirigidas a mantener el nivel adecuado de eficacia, al objeto de perfeccionar los conocimientos adquiridos en el desempeño de su trabajo y con el fin de asegurar los conocimientos y habilidades para cubrir adecuadamente las exigencias de una determinada función, bien por el cambio de la misma, o por la introducción de nuevas tecnologías o sistemas de trabajo. Esta formación tenderá a impartirse dentro de la jornada laboral. Si fuera necesario el trabajador deberá dedicar dos horas a formación, fuera de las horas de trabajo, por cada 4 que dedique la empresa dentro de la jornada".

[44] Acuerdo sobre condiciones de trabajo para 1996-1998: «Acuerdo sobre condiciones de trabajo en la Administración general de la Junta de Andalucía»; firmado el 26 de febrero de 1996 entre los representantes de la Administración y de las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa Sectorial de Administración general de la Junta de Andalucía) funcionarios y personal laboral de la Comunidad Autónoma. Formación, Acción Social y Salud Laboral: "Artículo 6.1: La Formación constituye una parte fundamental de la gestión estratégica de los recursos humanos de la Junta de Andalucía y es instrumento para alcanzar los objetivos de permanente adecuación y adaptación de los empleados públicos a las exigencias y requerimientos profesionales de la prestación de servicios públicos eficaces, constituyendo, asimismo, un medio para instrumentar la promoción y la carrera profesional. Para salvaguardar esa eficacia, es necesaria una formación permanente de los empleados públicos que busque la asimilación de las innovaciones en el marco jurídico-normativo, de nuevas tecnologías la asunción de técnicas de gestión avanzadas y, en general, los métodos de trabajo aplicables en las organizaciones modernas, así como la incentivación del interés de los empleados por la dimensión pública de su tarea profesional y el impulso de sus aptitudes para el servicio público. La formación, que ha de abordarse de forma sistemática y no coyuntural, debe constituir un proceso constante, orientado a la consecución de resultados, integrándose y complementándose con el resto de la política de personal. Las partes coinciden en manifestar que la coparticipación en la planificación, gestión e impartición de las políticas formativas de las Administraciones Públicas, debe suponer la efectiva implicación y colaboración de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los programas correspondientes, de forma que se procure el cumplimiento satisfactorio de sus objetivos (…)".

[45] Convenio colectivo de la empresa Servicios de Teledistribución, Sociedad Anónima (BOE de 15 de junio de 2001): "Artículo 47: A petición de cualquiera de las partes interesadas, podrá constituirse en el seno de la empresa un comité de formación, cuyo número y composición designará libremente la Dirección de la empresa y del que habrán de formar parte dos representantes designados por la representación legal de los trabajadores. La misión de este comité de Formación será la de asesorar y garantizar una visión global del conjunto de la formación dentro de la empresa, facilitando sobre todo la adaptación de los empleados a los cambios tecnológicos".

los representantes aquellas decisiones relativas a las tecnologías que puedan afectar a la organización del trabajo o a la salud de los trabajadores[46].

**d) Las TIC y la prevención en riesgos laborales.**

Fuente: e-Revista Internacional de la Protección Social[47]

Como hemos adelantado, las TIC pueden ocasionar la aparición de nuevos riesgos en la salud de los trabajadores, como puede ser el caso del tecnoestrés[48]. En este contexto, las empresas han mostrado su preocupación por evitar la aparición de los mismos, mostrando en algunos convenios colectivos su preocupación por la materia. Sin embargo, lo cierto es que la mayoría de los acuerdos adoptados, simplemente muestran los convenios su preocupación en que no aparezcan riesgos[49] en el trabajo, siendo pocos los convenios los que realmente tratan de aportar soluciones, salvo algunas escasas excepciones[50].

En la mayoría de las ocasiones, se asemeja la prevención de riesgos laborales con la formación de los trabajadores en la materia, entendiéndose que, si el trabajador tiene una formación teórica y práctica suficiente, posiblemente

[46] Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición (BOE 28 mayo 2014): "Artículo 7: (…) El sistema de racionalización, mecanización y dirección del trabajo que se adopte, nunca podrá perjudicar la formación profesional que el personal tiene derecho a completar y perfeccionar por la práctica, debiendo ser consultados los representantes legales de los trabajadores en todas aquellas decisiones relativas a tecnología, organización del trabajo y utilización de materias primas que tengan repercusión física y/o mental del trabajador". Así como el Convenio colectivo de la empresa Gallina Blanca, SA (BOE de 10 de octubre de 2001): "Artículo 20: para facilitar la adaptación a las mejoras tecnológicas y procedimientos organizativos, ambas representaciones están de acuerdo en promover la formación y el perfeccionamiento profesional del personal incluidos en el ámbito de aplicación de este Convenio".

[47] Aragüez Valenzuela, L.; "El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés", op. cit.

[48] Para ello analizar de forma pormenorizada el impacto del tecnoestrés en la salud de los trabajadores, se recomienda la lectura de: Aragüez Valenzuela, L.; "El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés", op. cit. y Aragüez Valenzuela, L.: "Análisis jurisprudencial de la incapacidad laboral por estrés tras la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo", Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación, Ediciones Laborum, 2017.

[49] Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (1 junio 2017): "Artículo 21 d): Principio generales: Adaptarse a los cambios motivados tanto por procesos de innovación tecnológica, como por nuevas formas de organización de trabajo".

[50] Convenio colectivo de la empresa DHL Internacional España S.A. (BOE de 10 de marzo de 1999): "Artículo 59. Todos aquellos trabajadores que utilicen de forma continuada pantallas de ordenador, tendrán derecho a un descanso de 10 minutos cada 3 horas de trabajo efectivo. Teniendo en cuenta la organización del trabajo los superiores funcionales distribuirán la forma en que hayan de disfrutarse estos descansos".

no aparezcan riesgos. Sin embargo, esta situación no siempre es así, porque las TIC constantemente están cambiando y esto da lugar a que los trabajadores tengan igualmente que adaptarse de nuevo a las mismas, requiriéndose una formación constante no sólo en las TIC, sino también en materia preventiva[51]. Para ello, además es necesario que el trabajador procure que las modificaciones relativas al puesto de trabajo, no generen nuevos riesgos[52], pudiendo constituir –como además se espera- un Comité de Seguridad e Higiene[53] que tenga, entre sus funciones, velar por la salud de los trabajadores en materia tecnológica, incluso para aquellos trabajadores más sensibles[54] a los cambios por su condición.

[51] Convenio colectivo de la empresa Hero España, Sociedad Anónima (BOE 15 febrero 2013). "Artículo 32: Cada trabajador/a recibirá una formación teórica y práctica suficiente, adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñen o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. Estará centrada específicamente en el puesto de trabajo y se repetirá periódicamente si fuera necesario".

[52] Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición (BOE 28 mayo 2014). "Artículo 43: (…) En toda modificación del proceso o tareas se procurará que la nueva tecnología o procesos productivos no generen nuevos riesgos. Cuando se implanten nuevas tecnologías, se añadirán todas las medidas preventivas para evitar los posibles riesgos que pudieran ocasionar las nuevas implantaciones. (…) Los miembros de los órganos de representación en materia de Seguridad y Salud que pudieran crearse en este convenio de acuerdo con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, deberán ser informados de todas aquellas decisiones relativas a las nuevas tecnologías, así como de los sistemas de implantación de organización del trabajo que pudieran tener repercusión sobre la salud física y mental del trabajador".

[53] Convenio colectivo de las industrias del frío industrial (BOE 18 mayo de 2016): "Anexo III: Los trabajadores, mediante el Comité de Seguridad e Higiene, tendrán derecho a la información necesaria sobre las materias empleadas, la tecnología y demás aspectos del proceso productivo que sea necesaria para el conocimiento de los riesgos que afecte a la salud física y mental. Asimismo, tendrán derecho a aquella información que obre en poder de la empresa sobre los riesgos reales o potenciales del proceso productivo y mecanismo de su prevención". En este sentido, es preciso destacar igualmente XVII Convenio colectivo de Zardoya Otis, SA y Ascensores Eguren, SA (BOE 13 febrero 2012): "Artículo 30: Son competencias de los Delegados de Prevención: "Nuevas tecnologías y organización del trabajo que tengan repercusión sobre la seguridad de los trabajadores" y el artículo 31 a) que indica que: "El Comité de Seguridad y Salud tendrá las siguientes competencias (…): Participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la Empresa. A tal efecto, en su seno se debatirán, antes de su puesta en práctica y en lo referente a su incidencia en la prevención de riesgos, los proyectos en materia de planificación, organización del trabajo e introducción de nuevas tecnologías, organización y desarrollo de las actividades de protección y prevención y proyecto y organización de la formación en materia preventiva".

[54] Convenio colectivo del personal laboral de los consorcios de las unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Andalucía (BOJA 10 enero 2008): "Artículo 32.4: La evaluación de riesgos será revisada cuando las siguientes circunstancias lo aconsejen: accidente de trabajo, adquisición de nueva tecnología, cambios en los procedimientos de trabajo, cuando se den indicios de que las medidas adoptadas provocan daños para la salud, para la

Una vez analizado algunos convenios colectivos que regulan aspectos concretos en materia de prevención, debemos decir que la mayoría de ellos no señalan realmente las medidas preventivas que acuerdan el empresario y los representantes de los trabajadores, mostrando meras preocupaciones de evitar riesgos o daños en la salud de los trabajadores, pero no señalando verdaderas acciones tendentes a evitar la aparición de los mismos. A pesar de esta mayoritaria situación, es cierto que podemos encontrarnos con algunas excepciones como el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (1 junio 2017), el cual señala en su artículo 73.2 lo siguiente: "En lo que se refiere a las nuevas tecnologías informáticas, las empresas, oído el Comité de Seguridad y Salud o la representación legal de los trabajadores que desempeñen tales funciones, observarán aquellas medidas preventivas necesarias para que las condiciones y medios de trabajo no alteren la salud del trabajador, facilitando las medidas ergonómicas suficientes para que las condiciones de trabajo del personal que de forma preferente maneje aparatos informáticos, no incida especialmente por este motivo en la salud del trabajador, tales como: luminosidad ambiental, eliminación de reflejos luminosos, mobiliario anatómico y funcional, etc. Por parte de las empresas se prestará especial atención para garantizar que de la utilización de los equipos que incluyen pantallas de visualización por los trabajadores no se deriven riesgos para la seguridad y salud de los mismos".

**e) El uso de las TIC de la empresa para la canalización de la actividad sindical.**

La representación de los trabajadores en la empresa se hace de suma importancia y en su propia condición de representantes también se han incorporado los medios informáticos mediante sistemas electrónicos, como por ejemplo el Convenio Colectivo del sector de la Banca (BOE 15 junio 2016) que indica en su artículo 63 lo siguiente: "Con la finalidad de facilitar la labor inherente a su función, las Empresas entregarán a la Representación Sindical, información del personal, de su ámbito de representación, en formato informático, con las previsiones de la LOPD y del artículo 65.2 del E.T".

Las comunicaciones con los representantes son necesarias en la empresa, tanto por parte del empresario como de los propios trabajadores. Estas comunicaciones suelen efectuarse en la actualidad por medios informáticos, como por ejemplo el correo electrónico; por tanto, han sido algunos los convenios colectivos los que han tratado de limitar de cierta manera estas comunicaciones. Así, por ejemplo, el Convenio colectivo, de ámbito estatal, de Mapfre Grupo

adaptación de los trabajadores y las trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, embarazadas y personal de nueva incorporación a la empresa. En todo caso será revisada bianualmente".

Asegurador (BOE 21 agosto 2014) señala en su artículo 43.6 que "Cada Sección Sindical Estatal legalmente constituida dispondrá de una cuenta de correo electrónico mediante la cual podrá dirigirse a los trabajadores de forma que no se perturbe la actividad normal de la Empresa, y, respetando en todo caso el límite establecido por la misma con carácter general para el envío de correos electrónicos a grupos de empleados, así como los siguientes requisitos:

a) Dichas Secciones Sindicales tendrán la capacidad de dirigirse a los trabajadores dentro de su ámbito territorial de actuación.

b) El número máximo de estos envíos se establece en 7 correos al mes, que podrá alcanzarse conforme a la siguiente escala, en función de la representatividad que ostentan en el GRUPO MAPFRE el 1 de enero de cada año:

– Hasta el 1% de representatividad: 1 al trimestre

– Desde el 1,01 hasta el 10% de representatividad: 1 al mes

– Desde el 10,01 hasta el 30% de representatividad: 3 al mes

– Desde el 30,01 hasta el 50% de representatividad: 4 al mes

– Desde el 50,01 hasta el 70% de representatividad: 5 al mes

– Desde el 70,01 hasta el 80% de representatividad: 6 al mes

– Desde el 80,01 hasta el 100% de representatividad: 7 al mes."

Además, el citado Convenio señala que las Secciones Sindicales deberán igualmente cumplir la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

Por otro lado, y debido a la cada vez mayor seguridad que el mundo digital aporta a la sociedad, se permite en algunos convenios colectivos, como el del sector de la banca, adoptarse acuerdos por parte de los representantes sindicales mediante el uso del voto electrónico[55].

**f) Otras medidas**

En este apartado, se mencionarán otros acuerdos en materia tecnológica que se han incluido en convenios colectivos los cuales, por sus características, se han considerado importantes destacar:

[55] Convenio Colectivo del sector de la Banca (BOE 15 junio 2016): "Artículo 65: Con ocasión de la promoción de elecciones a representantes unitarios de los trabajadores que insten a nivel sectorial, podrán adoptarse acuerdos entre la AEB y las representaciones sindicales para determinar, dentro de las posibilidades legales vigentes, las modalidades más adecuadas de agrupación de centros que puedan favorecer la participación generalizada de los trabajadores en el proceso electoral, así como la consideración del uso del voto electrónico".

a) Funciones del Comité de Empresa: Algunas empresas se han adaptado con mayor facilidad al mundo digital, por lo que podemos encontrarnos con algunos convenios[56] que señalan de entre las funciones del Comité de Empresa, el asesoramiento y la racionalización del trabajo con una atención especial en los ámbitos referidos a las nuevas tecnologías. Además, el Convenio colectivo del personal laboral de los consorcios de las unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Andalucía (BOJA 10 enero 2008), en su artículo 53 señala que, de entre las garantías de los representantes de los trabajadores, nos encontramos con una "prioridad de permanencia en el centro de trabajo respecto a los demás trabajadores y trabajadoras en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas".

b) Portal del Empleado: El convenio colectivo de la empresa Hero España, Sociedad Anónima (BOE 15 febrero 2013), ha creado el denominado "Portal del Empleado", que permite, mediante esta herramienta informática, la gestión de algunos aspectos de las relaciones laborales con sus trabajadores, mediante la gestión de "permisos, peticiones, consulta de saldos de vacaciones, campañas de prevención, etc. Con el fin de hacer accesible dicho portal a toda la plantilla, se han instalado puestos móviles donde el trabajador/a puede acceder al portal sin ningún inconveniente. Para el acceso desde el Dpto. de RRHH ha entregado de forma individual a cada trabajador/a un ID_usuario/a y una contraseña, la cual debe ser cambiada en el primer acceso que realiza el empleado asegurándose de esta manera que sólo el trabajador conoce la misma. Con el Portal del Empleado se quiere también cambiar algunos procesos de trabajo que hasta ahora resultaban costosos, y lentos donde la compañía tenía que realizar un esfuerzo desmedido con el fin comunicar a la plantilla cualquier cambio y no asegurando que dichos cambios llegaban a toda la plantilla. Desde el portal del Empleado, Hero España, S.A., podrá realizar comunicados de Políticas de empresa, Prevención, Calidad, Medioambiente, Privacidad y otras, Normas internas, Códigos Éticos y Conducta, Compromiso de confidencialidad, Protección de Datos, etc. Con el fin de que la plantilla esté informada continuamente a través del portal del empleado, cada vez que se genere un documento nuevo o exista algún cambio en los ya existentes, el trabajador/a tendrá que leer y aceptar dicho documento. Para ello siempre será

[56] IV Convenio colectivo estatal de prensa diaria (BOE Jueves 3 de octubre de 2013): "Artículo 8.4: Sin merma de la autoridad conferida a las Direcciones de las Empresas, los Comités de Empresa tienen atribuidas funciones de asesoramiento, orientación y propuesta en los temas relacionados con la organización y racionalización del trabajo, teniendo derecho a presentar informe con carácter previo a la ejecución de las decisiones que aquéllas adopten en los casos de implantación o revisión de los sistemas de organización y control del trabajo, especialmente aquellos referidos a las nuevas tecnologías, todo ello sin perjuicio de las normas legales que sean de aplicación, y de las facultades expresamente otorgadas en este Convenio Colectivo a la Comisión Mixta de interpretación".

necesario la aceptación del documento, quedando registrado un log de dicha aceptación, sustituyéndose de esta manera la firma manuscrita por parte de la plantilla de cualquier documento generado".

c) El salario por correo electrónico: Además, concretamente en la disposición adicional duodécima del citado Convenio, se permite recibir el salario de los trabajadores mediante correo electrónico[57], siendo un claro ejemplo de la adaptación de la empresa a la nueva realidad social. En este mismo sentido, se pronuncia el I Convenio colectivo de ámbito autonómico de Andalucía para el sector de aparcamientos y garajes 2011-2014 (BOJA 31 octubre 2011), al indicar en su artículo 33 que: "El personal podrá recibir anticipos a cuenta del salario devengado por el trabajo realizado antes de que llegue el día indicado para el abono. En ningún caso el anticipo podrá ser de importe superior al del salario neto a recibir cuando corresponda. El salario irá necesariamente documentado en un recibo de salario o percepciones que se entregará al trabajador individualmente y como justificante del pago realizado. El modelo que se utilice, que podrá ser en formato electrónico y distinto del oficial del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, incluirá con suficiente claridad y separación los diferentes conceptos retributivos y las deducciones que correspondan (…)".

d) Difusión a través de medios electrónicos: De otro lado, se ha permitido en el IV Convenio colectivo del personal laboral de las universidades públicas de Andalucía (BOJA 23 febrero 2004), en su artículo 21.2, que: "Las convocatorias a las que se dará la máxima publicidad con la suficiente antelación a través de los tablones de anuncios de Centros y Servicios y, en su caso, medios electrónicos, se sujetarán a las Bases aprobadas por la Universidad previo acuerdo con el Comité de Empresa (…)".

## IV. CONCLUSIONES

Con respecto al tratamiento de las TIC en la negociación colectiva, no tenemos resultados demasiado positivos, ya que existe todavía en la actualidad una minoría de convenios que se ocupan del ámbito tecnológico y, mientras que, en la mayoría de los casos, se regula únicamente la previsión de sanciones por su uso inadecuado[58]. Así, cuestiones como el teletrabajo es prácticamente

[57] "Debido a que hoy en día cada vez es mayor el uso de nuevas tecnologías de la información y dado a que este entorno adquiere más importancia en nuestra sociedad y siendo coherente con las políticas que esta empresa lleva sobre el medioambiente, es por lo que desde el Dpto. de RRHH da la posibilidad al trabajador/a de poder recibir su recibo de salarios vía correo electrónico, pudiendo manifestar su decisión por escrito o verbalmente".

[58] Rodríguez-Piñero Royo, M.; "Las nuevas tecnologías en la empresa", Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, págs. 47-52.

una figura inexistente en nuestra negociación, aunque lo cierto es que paulatinamente se están introduciendo algunas cláusulas que lo contemplan. Además, son pocos los convenios que regulan derechos de acceso de los representantes de los trabajadores; y en prácticamente ninguno se incluye el acceso de los trabajadores individuales para fines privados.

Por otro lado, con respecto a la prevención de riesgos laborales, cada vez un mayor número de convenios asientan las cláusulas relativas a la formación y el uso adecuado de las TIC en el puesto de trabajo, para evitar de esta forma la aparición de nuevos riesgos psicosociales –como el tecnoestrés-, pero continúan siendo insuficientes, salvo las referencias al "trabajo en pantallas", que sí comienzan a aparecer de forma recurrente en nuestros convenios. Con respecto a la cualificación y formación de los trabajadores, continúa siendo muy escaso el tratamiento de las cuestiones relacionadas con las nuevas tecnologías, ya que, generalmente, esta cuestión se trata no en el propio texto del convenio, sino en acuerdos específicos complementarios, generalmente a nivel de empresa, con independencia del ámbito del convenio que resulte de aplicación.

Ante este breve estudio de algunos convenios colectivos (a nivel nacional y andaluz), se concluye que se hace de suma importancia potenciar, en la dimensión institucional, la incorporación en los convenios colectivos de una serie de cláusulas que regulen aspectos concretos en materia tecnológica ante el nuevo contexto laboral actual caracterizado por la digitalización. Para ello, se debe efectuar un cambio de mentalidad, de cultura o de socialidad jurídica de los intervinientes en la negociación colectiva (empresario y representantes de los trabajadores); con el objetivo de que, de esta forma, no se deje únicamente de forma solitaria a los jueces y tribunales –y a su exclusiva responsabilidad y dificultad- el estudio de los comportamientos recíprocos de las partes mediante resoluciones de posibles conflictos que pudieran surgir en una determinada empresa o institución por la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo. Además, de esta forma muchos conflictos e inseguridades dentro de un sector podrían quedar solventados y se garantizaría la protección jurídico-constitucional de los trabajadores ante las posibles injerencias empresariales.

# JORNADA Y TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y EXTINCIÓN DE INCENDIOS. EL CASO DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

LUIS OCAÑA ESCOLAR

*Abogado laboralista y profesor asociado*

Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN A LAS NORMAS REGULADORAS DE LA MATERIA
2. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO
   - 2.1 LA TRASCENDENCIA DE LA DIRECTIVA 2003/88/CE
   - 2.2 LA CONEXIÓN DIRECTA ENTRE TIEMPO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL
   - 2.3. EL OBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2003/88/CE
   - 2.4. LAS MATERIAS REGULADAS
   - 2.5. LAS EXCEPCIONES PREVISTAS
   - 2.6. LOS REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES
3. EL CASO DEL SPEIS DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA
4. CONCLUSIONES

RESUMEN. El tiempo de trabajo es un derecho fundamental consagrado tanto por la legislación europea e internacional como por la normativa interna. El tiempo de trabajo es una condición de trabajo, pero simultáneamente hay que señalarlo como una de las instituciones cuya regulación contribuye a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo. De hecho, este carácter bifronte de la ordenación del tiempo de trabajo ha sido ampliamente reflejado en la doctrina científica que es unánime al respecto, así como la jurisprudencia comunitaria.

ABSTRACT. Working time is a fundamental right enshrined both by European and international legislation and by national legislation. Working time is a working condition, but at the same time it must be pointed out as one of the institutions whose regulation contributes to the protection of safety and health at work. In fact, this twofold character of working time has been broadly reflected in the scientific doctrine which is unanimous in this regard, as well as European Union case-law.

PALABRAS CLAVE Tiempo de trabajo / Directiva / Seguridad y salud

KEYWORDS Working time / Directive / Safety and health

## 1. APROXIMACIÓN A LAS NORMAS REGULADORAS DE LA MATERIA

La centralidad de la regulación del tiempo de trabajo es una constante desde la aparición de las primeras leyes obreras. En un escenario sociolaboral caracterizado por la atención cada vez mayor a las exigencias productivas de flexibilidad y el progresivo desmantelamiento de los servicios públicos se trata de una materia que cobra aún más relevancia.

Por una parte, la fijación del tiempo de trabajo constituye un elemento organizativo básico para la planificación de la producción en la empresa. De hecho, el tiempo es un factor determinante de la subordinación o dependencia del trabajo a la esfera de dominio del empresario. Ese tiempo es la demarcación donde se ejerce específicamente el dominio social en la producción. Y funciona como factor delimitador del dominio del empresario sobre la vida del trabajador a la vez que supone un criterio limitador de ese sometimiento y sirve como criterio de medida para el intercambio.

De otro lado, la articulación de los tiempos de vida del trabajador presenta un carácter binario: tiempo de trabajo (o de subordinación) y por exclusión del anterior, el tiempo libre (o de ocio o inactividad). Tiempo de trabajo y tiempo libre resultan ser variables asociadas por una relación de inversa proporcionalidad. Las obligaciones empresariales para el establecimiento de la duración

máxima del tiempo de trabajo y mínima del tiempo de descanso así como la protección de la salud de quienes emplean su tiempo para trabajar se justifica en consideraciones de índole tuitiva.

El artículo 40.2 de la Constitución prevé que "los poderes públicos (…) garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral". Esta declaración constitucional es un principio programático del ordenamiento jurídico que informa la legislación positiva y se trata, sin lugar a dudas, de un concepto jurídico indeterminado. De esta indeterminación traen causa las construcciones legislativas y doctrinales en torno a la ordenación del tiempo de trabajo.

Y existe también una importante vertiente comunitaria en la configuración de tales categorías jurídicas por cuanto que en la Unión Europea, hay proclamaciones recogidas tanto en la Carta de Derechos Fundamentales como en los Tratados y en la Carta Social Europea.

La Carta de Derechos Fundamentales -con carácter jurídico vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa- trata en su artículo 31 de las *"condiciones de trabajo justas y equitativas"*, especificando que *"todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad"*. Dicho artículo establece asimismo que *"todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas"*.

Por su parte, el Tratado de la UE ha especificado que la Unión Europea y los Estados miembros deben incluir entre sus objetivos *"el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso"* (artículo 151). Esta disposición debe interpretarse igualmente como la obligación de reducir progresivamente las jornadas de trabajo largas, preservando al mismo tiempo las mejoras adquiridas.

Y la Carta Social Europea del Consejo de Europa de 1961 (así como la Carta revisada en Turín en 1996) establece en su artículo 2 el objetivo de reducir las horas de trabajo, exigiendo a los Estados miembros que garanticen una *"razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo"* y reduzcan progresivamente la duración de la semana laboral.

Pero no solo la Unión Europea se ha encargado de regular esta materia. En los Tratados internacionales podemos encontrar la alusión al reposo laboral que se establece el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 así como el artículo 7.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.

Y más concretamente, debemos atender a la regulación de la Organización Internacional del Trabajo. La Constitución de la OIT, por la que se creó en 1919 dicha Organización Internacional del Trabajo, menciona en su preámbulo las normas internacionales en materia de reglamentación del tiempo de trabajo. El preámbulo hace referencia a la *"reglamentación de las horas de trabajo, incluyendo la fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo"*, esto es, ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales. En total, son treinta y nueve las normas de la OIT que influyen en la ordenación del tiempo de trabajo, abarcando los periodos de descanso diarios y semanales (ocho horas al día y cuarenta horas por semana), los periodos de descanso semanal de 24 horas como mínimo, el derecho a un periodo mínimo de tres semanas de vacaciones por año, un derecho mínimo a tres semanas de vacaciones anuales, así como disposiciones relativas al trabajo nocturno, el trabajo a tiempo parcial y los trabajadores con responsabilidades familiares. Entre ellas, es de especial relevancia el artículo 2 del Convenio 30 de la OIT que define las horas de trabajo como "el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a disposición del empleador".

## 2. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

### 2.3 La trascendencia de la Directiva 2003/88/CE

La Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo comienza diciendo que: "La Directiva sobre el tiempo de trabajo es un elemento fundamental del acervo de la Unión Europea (UE). Se ha convertido en uno de los pilares básicos de la dimensión social de Europa". A la fecha de su emisión, el 24 de mayo de 2017, reconocía que más de cincuenta sentencias y autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea habían abordado la Directiva e interpretado sus disposiciones, incluidos el alcance y las limitaciones de la flexibilidad que ofrece. Se trata, sin lugar a dudas, de una Directiva central en materia social pues contiene la regulación esencial sobre la materia y de ahí que merezca un estudio pormenorizado.

En el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE encontramos la definición del tiempo de trabajo como *"todo periodo durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales"*. Y el periodo de descanso, por exclusión, se define como todo periodo que

no sea tiempo de trabajo. En la Directiva no existe ninguna categoría intermedia, por lo que un periodo determinado sólo puede ser considerado tiempo de trabajo o tiempo de descanso. Es esta la más clara manifestación de ese carácter binario y alternativo al que hacíamos referencia.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en la interpretación que éste hace de la norma comunitaria, tiempo de trabajo es todo periodo durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, matizando que dicho concepto se concibe en contraposición al de periodo de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos: o es tiempo de trabajo o lo es de descanso. No permite de hecho el TJUE que cada Estado determine el alcance de dichas definiciones (regulando condiciones o señalando ciertas restricciones al concepto comunitario) sino que exige que se definan siguiendo características objetivas y comunes, que son las que ofrece la Directiva comunitaria. Todo trabajador debe poder disfrutar de los tiempos mínimos de descanso que en ella se contemplan y no superar la duración de su jornada los tiempos máximos de trabajo en el sentido en que aparecen regulados por aquella normativa; los Estados Miembros están obligados a respetarla con la finalidad de la protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores.

La Sala Cuarta del TJUE en la Sentencia de 9 de julio de 2015 que resuelve el asunto C-87/14 declara en sus apartados 20 y 21 que según reiterada jurisprudencia se considera tiempo de trabajo "el período que el trabajador permanece en el centro de trabajo…en función de la obligación que tiene dicho trabajador de mantenerse a disposición de su empleador" siendo "el factor determinante el hecho de que el trabajador está obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad".

Para llegar a tal conclusión el TJUE analiza los tres elementos constitutivos del concepto de tiempo de trabajo según se define en el artículo 2.1 de la Directiva de referencia, el elemento de la funcionalidad también denominado criterio profesional, el elemento de la disponibilidad también conocido como el criterio de autoridad y el elemento de la permanencia también calificado por la doctrina como criterio espacial. La concurrencia de estos tres elementos permite calificar el lapso temporal estudiado como tiempo de trabajo o en caso de no mediar tal concurrencia como tiempo de descanso.

Y es que el artículo 1.1 de la Directiva 2003/88/CE determina como objetivo de la misma establecer "las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo", aplicándose según el artículo

1.2 a los períodos mínimos de descanso diario, semanal, vacaciones anuales, pausas y duración máxima del trabajo semanal, trabajo nocturno, por turnos y ritmo de trabajo. Se trata de una Directiva cuyo ámbito de aplicación es sumamente amplio y utiliza como referente, con la que guarda sistematicidad, a la denominada Directiva Marco en materia de seguridad y salud laboral, la Directiva 89/391/CEE (se puede ver a este respecto los apartados 21 y 26 de la Sentencia del TJUE, Sala Segunda, de 14 de octubre de 2010, asunto C-428/09).

### 2.2 La conexión directa entre tiempo de trabajo y la seguridad y salud laboral

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-84/94, de 12 de noviembre, ya había declarado la mencionada adecuación de la normativa comunitaria del tiempo de trabajo a la previsión de la salud laboral. El descanso es una garantía instrumental y concreta de la seguridad y salud del trabajador.

En este sentido, hay que atender a que el colectivo de bomberos ha sido reconocido dentro de las profesiones que implican riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes a través del Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos. La exposición de motivos de la referida norma dispone: "En relación con el colectivo de bomberos, de los estudios llevados a cabo se desprende que existen índices de peligrosidad y penosidad en el desarrollo de su actividad y que los requerimientos psicofísicos que se exigen para su ingreso en el colectivo y el desarrollo de la actividad no pueden hacerse a partir de unas determinadas edades, cumpliéndose de esta forma los requerimientos exigidos en la legislación para la reducción de la edad de acceso a la jubilación, como consecuencia de la realización de trabajos de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre."

Que la Directiva europea es plenamente aplicable y en su integridad al supuesto de los bomberos que presan servicios para la Administración Pública está fuera de toda duda. Son varias las razones jurídicas que avalan esta afirmación. De un lado es así conforme a lo dispuesto por el artículo 1.2.3 de la Directiva, así como del Auto dictado por el TJUE en el asunto C-519/09 cuyos apartados 25 y 26 establecen que los empleados de una entidad de derecho público se consideran "trabajadores" con independencia del estatuto de funcionarios. Y de otro lado, de acuerdo a las sentencias de 22 junio 1989, caso Costanzo y 11 enero 2007, caso ITC que establecen de forma meridianamente clara que se deberá interpretar primeramente la normativa estatal de conformidad con las exigencias del Derecho comunitario. Y cuando no resulte posible interpretar y aplicar la normativa nacional conforme con esas exigencias, los órganos

jurisdiccionales nacionales y los órganos de la Administración están obligados a aplicar íntegramente la normativa europea y tutelar los derechos que ésta concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del derecho interno. Siempre que las disposiciones de una Directiva resulten, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, incluso cuando actúa en su condición de empleador, sobre todo cuando no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva comunitaria dentro del plazo señalado o cuando se haya producido una adaptación incorrecta, tal y como señalan las sentencias del TJUE de 26 febrero 1986, caso Marshall, y de 23 abril 2009, caso Angelidaki. Y, de hecho, la propia jurisprudencia comunitaria ha declarado en su sentencia de 14 octubre 2010 caso Günter FuB, que la Directiva 2003/88/CE es una norma incondicionada, no pendiente del cumplimiento de una condición para su entrada en vigor y eficacia "erga omnes", dentro de la Unión Europea.

La única excepción a contemplar es, y ello siguiendo el Auto dictado por el TJUE en el asuntos C-52/04, apartado 53 y la Sentencia en el asunto C-132/04, para el caso de "acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse".

### 2.3. El objetivo de la Directiva 2003/88/CE

El principal objetivo de la Directiva es proteger a los trabajadores contra el exceso de horas de trabajo y el incumplimiento de los periodos de descanso. Ello es un objetivo expresamente declarado en la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de diciembre de 2010.

La base jurídica para proceder a la regulación comunitaria del tiempo de trabajo se encuentra en el actual artículo 137.2 del Tratado de la UE (antes artículo 118 del TCE). En virtud de aquella disposición se adoptó la Directiva 2000/34/CE relativa a la ordenación del tiempo de trabajo; ambas directivas hoy están codificadas en la Directiva 88/2003/CE.

### 2.4. Las materias reguladas

La Directiva europea que regula, por tanto el tiempo de trabajo resulta ser únicamente la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Esta es, a día de hoy, la norma comunitaria vigente en

materia de tiempo de trabajo. La regulación anterior se encuentra superada y no está ya vigente.

Esta Directiva de la Unión Europea establece disposiciones mínimas de salud y seguridad en materia de ordenación del tiempo de trabajo. La primera Directiva 93/104/CE, aprobada en 1993, fue enmendada en 2000 por la Directiva 2000/34/CE. Y ambas Directivas han sido refundidas en la Directiva 2003/88/CE.

La Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo establece en su preámbulo que *"la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no podrá subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico"*.

La Directiva contempla:

- Una duración máxima semanal del trabajo de 48 horas incluidas las horas extraordinarias;
- Un periodo de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas;
- Una pausa de descanso para un trabajo diario superior a seis horas;
- Un periodo mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada periodo de 24 horas;
- Un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario;
- Un máximo de ocho horas como media por cada periodo de 24 horas de trabajo nocturno.

Las disposiciones mínimas de la Directiva sobre el tiempo de trabajo son vinculantes para todos los Estados miembros de la UE, y su importancia estriba en el hecho de que las mismas evitan que los empleadores obtengan ventajas competitivas presionando a los trabajadores para que acepten horarios de trabajo largos e irregulares. La Directiva actual ya es de por sí bastante flexible. Establece que la duración máxima del tiempo de trabajo semanal debe ser de 48 horas, si bien permite que el tiempo de trabajo se calcule en función de un periodo de referencia de cuatro meses, consiguiendo con ello que las semanas de más de 48 horas de trabajo se vean compensadas por semanas de trabajo más cortas.

### 2.5. Las excepciones previstas

En lo que respecta al cálculo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (por lo general 48 horas), en el apartado 2 del artículo 16 se establece un periodo de referencia que no exceda de cuatro meses. Sin embargo, caben

excepciones al artículo 16, de modo que es posible alargar los periodos de referencia, en los casos previstos en los apartados del artículo 17. Esta posibilidad de introducir exclusiones está limitada por el apartado 4 del artículo 17 de la Directiva, que señala que:

*La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en el punto 2 del artículo 16, (...), no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un periodo de referencia superior a seis meses. No obstante los Estados miembros podrán permitir que, siempre que se respeten los principios generales de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales establezcan periodos de referencia que, en ningún caso, deberán ser superiores a doce meses.*

Por lo tanto, de conformidad con el contenido vigente de la Directiva, el periodo de referencia para el cálculo de las 48 horas está fijado en cuatro meses, si bien podrá fijarse en seis meses en los casos en los que sean posibles excepciones al artículo 16 y mediante convenio o acuerdo colectivo podrá ampliarse hasta el año. Este es el supuesto que entendemos de aplicación al colectivo de funcionarios que prestan servicios en el SPEIS del Ayuntamiento de Sevilla, y puesto que su calendario laboral se confecciona con carácter anual (superior por tanto a los seis meses) y la excepción está expresamente prevista en el artículo 14.3.c.iii) de la Directiva, que permite excepcionar el cumplimiento de los artículos 3, 4, 5, 8 y 16 siempre que medie el acuerdo expreso previsto en el artículo 17.2.

Como antes hemos adelantado, desde la Directiva 2003/88/CE se prevén excepciones a las reglas generales para determinadas tareas, de manera que se permite superar los periodos de referencia fijados en la mencionada Directiva para la determinación de la duración máxima de trabajo semanal, los descansos semanales o el trabajo nocturno. Se trata de "vías de escape" que matizan las reglas generales y obligatorias sobre la jornada laboral otorgando un importante margen de maniobra. Entre dichas excepciones se encuentra el ya mencionado artículo 17.3, letra c), precepto que recoge las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio. El caso del Servicio de Prevención y Extinción de Incendios y Salvamento es paradigmático a este respecto.

Ahora bien, aun permitiendo las excepciones apuntadas, si se produce una alteración de las reglas determinadas con carácter general, aquella modificación ha de ser necesariamente compensada con periodos de descanso alternativos. La no concesión de descansos alternativos tendrá que fundarse en razones objetivas que justifiquen la imposibilidad –según las exigencias del artículo 17.2 in fine de la Directiva 2003/88/CE- y, en todo caso, al personal que no pudiera disfrutar de su derecho al descanso se le deberá otorgar una protección

equivalente. Entendemos que en el caso de bomberos es perfectamente posible compensar la alteración de las reglas generales y ordinarias sobre tiempo de trabajo con tiempo de descanso. El medio más habitual a este respecto es el establecimiento de un índice reductor o coeficiente de compensación, si bien es cierto que existen otras instituciones tales como las posibles reducciones de jornada o ampliaciones de los descansos o cualquiera otra fórmula alternativa que permita mantener, en términos equiparables, la protección de la salud y seguridad del trabajador en cuanto al cómputo de su tiempo de trabajo. Conviene también destacar que en ningún caso se admitirá una opción legislativa que permita la compensación económica de aquellos descansos no disfrutados, ya que esa plasmación alternativa se alejaría de los fines perseguidos por la directiva comunitaria, que son, recordemos, el mantenimiento de la salud y seguridad en el trabajo.

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal (STJUE en los casos C-151/02 y C-428/09), "el descanso compensatorio equivalente debe caracterizarse por el hecho de que, durante estos períodos, el trabajador no esté sujeto, frente a su empresario, a ninguna obligación que pueda impedirle dedicarse libre e ininterrumpidamente, a sus propios intereses con objeto de contrarrestar los efectos del trabajo sobre la seguridad y salud del interesado".

Es precisamente por ello por lo que la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo en su comunicación a los miembros de 19 de octubre de 2007 con motivo de la petición 0005/2007 presentada por Verena de Vries, de nacionalidad alemana, en nombre de Die Frauen der Feurwehrbeamten, acompañada de tres firmas, sobre las condiciones de trabajo de los bomberos de Hamburgo expresó: "los turnos de 24 horas deben satisfacer las condiciones recogidas en el artículo 17, apartado 2, incluida la concesión de períodos de descanso compensatorio y el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva en relación con el promedio de duración del tiempo de trabajo semanal."

### 2.6. Los requisitos para la aplicación de las excepciones

Las excepciones contempladas en la Directiva impuestas por la naturaleza objetiva de la actividad profesional desarrollada son admisibles únicamente en aquellos supuestos que puedan alcanzarse en virtud de procedimientos legales o reglamentarios mediante convenios o acuerdos entre los interesados, y exigen la concesión de una protección o periodos de descanso equivalentes. Como no podría ser de otro modo, la jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de acotar tales excepciones al régimen común. Y en todo caso, tales excepciones deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que justifican su existencia.

Ahora bien, mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlo-

cutores sociales y siempre que se concedan periodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate, o siempre que, en casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales periodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a los trabajadores de que se trate, podrán establecerse las excepciones previstas en los apartados 3 (descanso diario de 11 horas en el curso de cada 24 horas), 4 (pausa para seis horas continuadas de trabajo), 5 (descanso semanal de 24 horas cada 7 días a las que hay que añadir las 11 del descanso diario, 8 (el trabajo nocturno de riesgo no puede superar ocho horas de cada veinticuatro) y 16 (periodos de referencia). Es decir, que para estos supuestos excepcionales se prevé expresamente el establecimiento de descanso compensatorio asociado a las circunstancias causantes del mismo o el establecimiento de protección equivalente.

Resulta meridianamente clarificador a este respecto que la Comisión Europea se haya dirigido al Reino de España, de conformidad con el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Dictamen Motivado 2014/4169 por no incorporar correctamente en el ordenamiento jurídico nacional el artículo 8 de la Directiva 2003/88/CE, al no considerarse traspuesto el límite absoluto de ocho horas para el trabajo nocturno que implique riesgos especiales o tensiones importantes.

Y en idéntico sentido el Dictamen 523/2016, de 14 de julio, modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo en materia de trabajo nocturno e incorpora el derecho de la Unión Europea reforzando la práctica de la negociación colectiva para reducir y consensuar los supuestos en que se sobrepasen las previsiones máximas.

A este respecto y sobre la consideración o no de los bomberos como trabajadores nocturnos ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo. Su respuesta es del todo concluyente. En su sentencia número 292/2016, de 14 de abril de 2016, dictada por la Sala IV de lo Social, el Supremo confirmó la Sentencia de instancia (Sentencia del TSJ de Asturias de fecha 13 de febrero de 2015) que estimó la pretensión de la parte actora (Corriente Sindical de Izquierda) de que se declarase el carácter de trabajador nocturno a todos los que realizaban turno continuado de trabajo de 24 horas y a su vez se declarase la no conformidad a derecho de la encomienda a estos trabajadores de realizar horas extraordinarias de naturaleza estructural. Queda por tanto establecido en la doctrina del Alto Tribunal que los empleados de los SPEIS han de ser considerados trabajadores nocturnos.

Por consiguiente, podemos afirmar que:

- La Directiva 2003/88 es de aplicación a los bomberos que prestan servicios para la Administración Pública. El tiempo de trabajo no solo es una con-

dición de trabajo, sino que se trata de materia que afecta a la seguridad y salud laboral

- Solo mediante reglamentación específica o acuerdo puede alterarse la organización ordinaria del tiempo de trabajo y necesariamente debe, de un lado, respetarse los periodos equivalentes de descanso compensatorio y de otro lado, establecerse una necesaria compensación con periodos de descanso alternativos

- Se pueden negociar y establecer de común acuerdo entre empleador y empleados reglas que alteren la jornada ordinaria atendiendo al:

- Descanso diario
- Pausa en la jornada cada seis horas
- Descanso semanal
- Descanso por trabajo nocturno
- Coeficiente de compensación de descanso por alteración de la jornada ordinaria

Cada uno de estos conceptos debe ser compensado de manera equivalente a su disfrute efectivo. Tienen que ser medidas análogas y sustitutivas, como puede ser más descanso en otro momento (al igual que la retribución en tiempo de las horas extraordinarias). Y no se debe permitir la compensación económica.

Para establecer unilateralmente una jornada excepcional, el supuesto debería estar contemplado expresamente en la normativa interna y justificarse que tal medida se destina a proteger directamente la finalidad perseguida por la actividad laboral. No existe en nuestro Derecho interno ninguna norma en tal sentido y difícilmente casaría con la regulación internacional, de mayor rango en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

La existencia de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, pone muy en duda el ajuste a Derecho de ciertas costumbres organizativas que han venido manteniéndose dentro de las relaciones laborales españolas, dentro y fuera de la Administración pública y de hecho, existen sentencias favorables a las posiciones de los trabajadores de sectores públicos de otros ámbitos y estados miembros (sanitarios fundamentalmente –caso SIMAP con Sentencia de 3 de octubre de 2000, caso Jaeger con Sentencia de 9 de septiembre de 2003, y caso Dellas con Sentencia de 1 de diciembre de 2005).

En fin, las legislaciones laborales nacionales pueden establecer disposiciones más favorables que las comunitarias pero no traspasar los umbrales marcados por ellas, porque están obligados a garantizar todos y cada uno de los derechos reconocidos en aquéllas. Otra interpretación que permitiese el es-

pigueo o el respeto parcial de la norma comunitaria no sería conciliable con el llamado efecto útil de la Directiva que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, ni respetaría su objetivo de proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores.

Así se refleja en la ya mencionada Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2015, caso Della y otros, donde el legislador francés mediante un complejo mecanismo de ponderación de las horas de guardia finalmente no tomaba en cuenta todas las horas de presencia física de las guardias sino sólo parcialmente algunas de ellas, siguiendo una ponderación por coeficientes. Por ello el Tribunal considera que se incumple la Directiva comunitaria porque las horas de presencia física debían ser tomadas en consideración íntegramente como tiempo de trabajo, e independientemente de que fueran o no horas de trabajo efectivo.

## 3. EL CASO DEL SPEIS DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

El vigente calendario laboral del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento (entonces SEIS y actualmente SPEIS, tras añadir la dicción "Prevención") se estableció por acuerdo de la Corporación Municipal con las centrales sindicales (UGT, CC.OO., CSI-CSIF, SPPME y SPB) de fecha 5 de abril de 2004. Es significativo recordar que la entrada en vigor de la Directiva 2003/88/CE se produjo con posterioridad a esta fecha, esto es el 2 de agosto de 2004. Y también conviene recordar que el calendario anual supone la plasmación material y documental definitiva de la jornada laboral pactada. Así, fija el horario de trabajo y determina la ordenación del tiempo de trabajo anticipando el devenir de la jornada laboral programada. En ese sentido el Real Decreto legislativo 5/205, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) dispone en su artículo 47 que las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos, debiendo, a tenor del artículo 37.1.m) someter a negociación colectiva las materias referidas al calendario laboral, horario y jornada. Los bomberos del SPEIS del Ayuntamiento de Sevilla son, de hecho, funcionarios públicos de acuerdo a la previsión contenida en el artículo 40 de la ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía.

En el caso que nos ocupa, el calendario no contiene ninguna previsión referida a esta circunstancia –la aplicación de la ya entonces conocida Directiva- pese a que el acuerdo inicial extendió su vigencia temporal hasta 2008. Posteriormente ha venido siendo prorrogado por períodos anuales y apenas ha sufrido cambios (que han afectado casi exclusivamente a otras materias reguladas: programa de productividad transitorio y asignación de refuerzos) hasta la actualidad. Nos encontramos ante una norma previa a la Directiva y que no

tuvo en cuenta las previsiones contenidas en la misma. Tampoco se ha adaptado con posterioridad el acuerdo a las previsiones contenidas en la Directiva.

A tal efecto resulta clarificador atender a otros procesos seguidos en otros Ayuntamientos andaluces, como es el caso de la capital de la provincia vecina, Huelva. Concretamente por acuerdo de la Mesa de Negociación del Personal Funcionario de 24 de junio de 2016 se acordó aprobar la "Propuesta de aplicación de la Directiva Europea 2003/88 al Servicio de Extinción de Incendios", siendo el contenido concreto del acuerdo el siguiente:

*1. Aplicación de la Directiva Europea 2003/88, por la que se establecen descansos compensatorios para aquellos trabajadores pertenecientes al Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Excmo. Ayuntamiento de Huelva, por el especial sistema de turnos de trabajo de guardias de 24 horas, cubriendo todos los días del año.*

*2. Establecer ese descanso compensatorio en un total de 150 horas/año, que se acumularán en una bolsa de horas para su disfrute por el funcionario, siempre y cuando las necesidades del Servicio así lo permitan.*

*3. Establecer un período máximo para el disfrute de las horas de dos años, de tal forma que aquellas horas que una vez finalizado ese plazo de dos años no se hayan disfrutado se amortizarán.*

El caso del SPEIS del Ayuntamiento de Sevilla se encuentra todavía en una fase ciertamente anterior al caso onubense. Es cierto que existe un acuerdo plenario de fecha 25 de septiembre de 2015, por el que se acordó iniciar las actuaciones procedentes por parte del gobierno municipal con objeto de asumir los compromisos adquiridos por el Ayuntamiento con el personal del Servicio de Prevención y Extinción de Incendios mediante el preacuerdo de modificación del calendario laboral suscrito el 15 de abril de 2015. Este acuerdo recibió 26 votos favorables, ningún voto en contra y 5 abstenciones.

Entre dichos compromisos, suscritos por el anterior Gobierno Municipal y por el Sindicato Andaluz de Bomberos, se identifica como primer objetivo fundamental la definición de la jornada laboral del personal de este servicio, con objeto de la adaptación de ésta a la Directiva Europea 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, cuyas disposiciones mínimas sobre el tiempo de trabajo son vinculantes para todos los estados miembros, y que afecta a la regulación del trabajo nocturno, el período de descanso entre jornadas y el descanso diario del personal del Servicio de Prevención y Extinción de Incendios.

Sin embargo, hasta la fecha no se ha concretado ninguna medida ni que defina la jornada laboral del SPEIS ni que ordene su tiempo de trabajo, pese a

reconocerse expresamente por el Pleno Municipal que la realización de dicha tarea de adaptación normativa se encuentra aún pendiente.

## 4. CONCLUSIONES

Sin carácter de exhaustividad, nos permitimos ofrecer tras lo expuesto algunas recomendaciones técnico-jurídicas a la hora de abordar la definición y ordenación de la jornada y tiempo de trabajo de los bomberos cuyas funciones se encuadran dentro del Servicio de Prevención y Extinción de Incendios del Ayuntamiento de Sevilla:

- Es ineludible alcanzar acuerdo entre las partes a fin de poder establecer jornada excepcional ex artículo 17 de la Directiva. Se trata de un supuesto expresamente contemplado por la norma (17.3.c.iii) para aplicar tales excepciones siguiendo el procedimiento establecido que exige del consentimiento de ambas partes
- El acuerdo que se adopte no puede tener una vigencia superior a los doce meses, que es el plazo máximo establecido por la Directiva para las excepciones establecidas a causa de las características especiales de la actividad realizada
- El acuerdo no debería establecer compensaciones económicas puesto que se vulneraría así la finalidad de mejorar la seguridad y salud laboral de los bomberos y se estaría mejorando el aspecto económico en lugar de atender al fin perseguido por la norma
- El acuerdo debería incluir expresamente las compensaciones en descanso que se deriven de las alteraciones de la jornada ordinaria. A tal fin entendemos que pudiera ser oportuna la fijación de un índice corrector o coeficiente de compensación que contemple dos tramos diferenciados: uno inferior referido al descanso diario (art. 3), pausa en la jornada (art. 4), descanso semanal (art. 5) y otro superior que atienda al trabajo nocturno (art. 8). Los precedentes existentes a estos efectos –referidos a servicios sanitarios y a otros cuerpos de seguridad- pueden servir con carácter orientativo a fin de facilitar el proceso de negociación. En este sentido puede ser indicativo lo dispuesto por el Apartado Séptimo de la Resolución de 24 de febrero de 1995, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de febrero de 1995, por el que se aprueba el Acuerdo Ministerio de Justicia e Interior-Organizaciones Sindicales sobre determinadas condiciones de trabajo y carrera del Cuerpo Nacional de Policía, que regula: “Jornada de trabajo.-Se fijarán los índices correctores de 1,50 y 1,25 para las jornadas festivas y nocturnas, respectivamente, así como la reestructuración de

los diferentes servicios. A tal efecto, Administración y Sindicatos abrirán una Mesa de Trabajo, para la ejecución inmediata de este punto, en la que se determinará la forma de compensación del exceso de jornada resultante."

- Es recomendable para las partes conocer la profusa documentación producida por las instancias europeas a propósito de la Directiva 2003/88/CE (http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=7706&langId=en&intPageId=205)
- Cabría estudiar las fórmulas de resolución planteadas en otros casos donde se pueden identificar notas comunes con el actual. Puede ser de interés estudiar aplicar al caso las bolsas de horas por exceso de calendario o los pactos sobre horarios especiales, pese a constituir un mecanismo no previsto por la regulación legal pero que no está vedado a la negociación colectiva
- Sería recomendable que el acuerdo que se alcance no suponga en ningún caso la superación de la jornada máxima ordinaria de 1826 horas y 27 minutos (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2011), máxime si atendemos a las circunstancias de efectiva prestación del servicio de los bomberos integrantes del SPEIS donde habitualmente concurren las notas de turnicidad estática y dinámica, peligrosidad, penosidad, toxicidad, insalubridad, nocividad y exposición a riesgos ambientales
- Estimando una media de 63 guardias efectivas de 24 horas de duración, un bombero del SPEIS de Sevilla realizaría aproximadamente unas 360 horas nocturnas en días laborales y 144 horas nocturnas en festivos, que hacen un total de 504 horas, todo ello en cómputo anual. La composición mínima de los componentes de la guardia asciende a 59, por lo que existe una situación de hecho –la prestación de servicio efectivo en horario nocturno durante al menos 29736 horas al año por los efectivos del SPEIS del Ayuntamiento de Sevilla- a la que, a día de hoy, no se le está aplicando una norma de obligado cumplimiento como resulta ser la Directiva 2003/88/CE

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Alarcón Caracuel, M. R.: La ordenación del tiempo de trabajo, Ed. Tecnos, Madrid, (1988).

Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J. (coords.): Tiempo de trabajo, Ed. Bomarzo, Albacete, (2007).

Arroyo Yanes, L. M.: La ordenación del tiempo de trabajo en la Administración Pública, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, (2000).

Ezquerra Escudero, L.: Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución, Ed. Atelier, Barcelona, (2001).

Gómez Muñoz, J. M.: Las jornadas especiales de trabajo, Ed. Aranzadi, Pamplona, (1999).

López Ahumada, J. E.: Evolución normativa de los descansos laborales, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (2004).

Monereo Pérez, J. L. y Gorelli Hernández, J.: Tiempo de trabajo y ciclos vitales: estudio crítico del modelo normativo, Ed. Comares, Granada, (2009).

Monreal Bringsvaerd, E.: La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, (2005).

Perán Quesada, S. (coord.): La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: retos, oportunidades y riesgos emergentes, Ed. Comares, Granada, (2014).

Trillo Párraga, F.: Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones, Ed. Bomarzo, Albacete, (2016).

**OTROS MATERIALES UTILIZADOS**

Botía Nortés, J. M.: Nota técnica de Prevención de Riesgos Laborales 1: RD 311/2016 sobre jornadas especiales en trabajadores nocturnos con riesgos especiales o tensiones importantes. Excepción en bomberos, Coordinadora Unitaria de Bomberos Profesionales, Huesca (2016).

Botía Nortés, J. M.: Nota técnica de Prevención de Riesgos Laborales 2: coeficientes compensatorios de nocturnidad y pausas de descanso. Excepciones de la Directiva 2003/88/CE aplicable a bomberos, Coordinadora Unitaria de Bomberos Profesionales, Huesca (2016).

De Santos Sánchez, V.: La aplicación de la normativa de tiempo de trabajo: el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Tercera Ponencia de las XXIX Jornadas de Estudio Sobre Negociación Colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, (2016).

Gorelli Hernández, J.: Tiempo de Trabajo y Jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva, Primera Ponencia de las XXIX Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, (2016).

Nogareda Cuixart, C. y Nogareda Cuixart, S.: Nota Técnica de Prevención 455 del INSHT, Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos, INSHT, Madrid, (1997).

Parrilla Orta, C.: La ordenación del tiempo de trabajo en las intervenciones en el cuerpo de bomberos, USO-Bomberos, Alcalá de Guadaira, Sevilla, (2012).

# LA ESTRUCTURA SALARIAL EN EL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DEPORTIVOS

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

*Profesor Titular Acreditado en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN
II. LA PRESTACIÓN SALARIAL
2.1. TERMINOLOGÍA
2.2. DEFINICIÓN
2.3. FUNCIÓN
2.4. NORMATIVA APLICABLE
2.5. LA PRESTACIÓN SALARIAL EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS ANDALUCES
III. LA COMPOSICIÓN DEL SALARIO
3.1. SALARIO BASE
3.2. COMPLEMENTOS SALARIALES
IV. CONCLUSIONES
V. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio tiene por objeto analizar la estructura salarial en el contenido de los convenios colectivos deportivos andaluces, con el propósito de determinar cómo los agentes sociales estructuran la retribución en dichos instrumentos. Una vez estudiado los mismos se ofrecerán las conclusiones más relevantes de los resultados obtenidos, así como las referencias bibliográficas consultadas.

Para ello se ha consultado la base de datos de convenios colectivos de UGT Andalucía. Se ha colocado en el buscador la palabra «deporte» y ha arrogado doce convenios colectivos que son los que se han analizado en esta investigación. El esquema de estudio se estructura en dos pilares, básicamente, que se componen cada uno por un bloque teórico y por un bloque práctico. El teórico hace referencia a lo que señala la legislación española, doctrina y jurisprudencia; y el práctico, que es trabajo de campo, se refiere al análisis de los convenios colectivos andaluces. Los pilares, por tanto, son «la prestación laboral» y «la composición del salario». En el primero, se estudia la terminología, la definición, la función, la normativa aplicable y, por último, la prestación salarial en los convenios colectivos andaluces.

En el segundo, se analiza el salario base, los complementos salariales, los complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, los complementos salariales fijados en función al trabajo realizado, los complementos salariales fijados en función al trabajo realizado a la situación y resultados de la empresa y, por último, la composición del salario en los convenios colectivos andaluces. Finalmente, se presentan, respectivamente, las conclusiones y la bibliografía.

## II. LA PRESTACIÓN SALARIAL

### 2.1. Terminología

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)[1] contiene una amplia terminología para referirse a la institución del salario, en el que

[1] Este artículo queda enmarcado dentro de los trabajos de investigación desarrollados por el autor en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-68205-P - Los salarios mínimos: regulación comparada y tendencias -; y en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-64752-P - Sostenibilidad y responsabilidad en el ámbito deportivo: análisis jurídico y propuestas de reforma normativa ante los retos fiscales y laborales de los deportistas -.

BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

aparecen las siguientes denominaciones: «crédito salarial», «haber», «obligaciones de naturaleza salarial», «remuneración» y «retribución». La duda que se suscita es determinar si el legislador español hace referencia a aquellas como sinónimos o no. Al recorrer la norma se evidencia que hay términos que se repiten en un mismo precepto. Ejemplo de ello se localiza en el que hace referencia a la validez del contrato[2] y en el de igualdad de remuneración por razón de sexo[3], al utilizar las palabras «remuneración» y «retribución», que tras su lectura se entiende que son sinónimos al «salario». De igual manera, se aprecia en lo referente a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo[4] al entrecruzar los términos «remuneración» y «salario».

La disyuntiva planteada se resuelve, a su vez, en el propio precepto que hace referencia a la institución del salario; es decir, el artículo 26, en el que se evidencia claramente que el legislador español utiliza aquellos términos con una misma significación. Por tanto, su uso se justifica por una cuestión de estilo, pero con ciertos matices según la redacción del precepto de que se trate. No obstante, sin duda, la palabra «salario» es la más utilizada en todo el contenido del ET.

Para una mejor comprensión en la siguiente tabla pueden observarse las diferentes denominaciones que el legislador le ha dado en el ET:

| **TERMINOLOGÍA SALARIAL** | | |
|---|---|---|
| **Denominación** | **Artículos** | **Título del precepto** |
| Crédito salarial | 32.4 | Garantías del salario |
| Haber | 58.3 | Faltas y sanciones de los trabajadores |
| Obligaciones de naturaleza salarial | 42.2 | Subcontratación de obras y servicios |
| Remuneración | 4.2 f)<br>9.2<br>26.1<br>28<br>37.3<br>41.1 d)<br>68<br>82 | Derechos laborales<br>Validez del contrato<br>Del salario<br>Igualdad de remuneración por razón de sexo<br>Descanso semanal, fiestas y permisos<br>Modificaciones sustanciales de trabajo<br>Garantías<br>Concepto y eficacia de los convenios colectivos |

[2] Artículo 9 del ET.

[3] Artículo 28 del ET.

[4] Artículo 41 del ET.

| | | |
|---|---|---|
| Retribución | 8.1<br>9.1<br>11.1 e), g)<br>12<br>13<br>17.1<br>26.3<br>28<br>29.1<br>35.5<br>36.2<br>39.3<br>53.2<br>82.3<br>84.2 a)<br>Disp. Adic. 5ª | Forma del contrato<br>Validez del contrato<br>Contratos formativos<br>Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo<br>Trabajo a distancia<br>No discriminación en las relaciones laborales<br>Del salario<br>Igualdad de remuneración por razón de sexo<br>Liquidación y pago<br>Horas extraordinarias<br>Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo<br>Movilidad funcional<br>Forma y efectos de la extinción por causas objetivas<br>Concepto y eficacia<br>Concurrencia<br>Personal de alta dirección |
| Salario | 11<br>12<br>26.1, 2, 3, 5<br>27<br>29<br>30<br>32,1,3,4<br>33<br>36.2<br>37. 3, 5, 6, 8<br>40.1, 6<br>41.3<br>47.1<br>49.1<br>50.1 b)<br>52 b)<br>53.4 c)<br>55. 2, 6, 7<br>56,1, 2, 4, 5<br>84.2<br>Disp. Adic. 4ª<br>Disp. Adic. 5ª<br>Disp.Adic.19ª<br>Disp.Tran. 8ª<br>Disp.Tran.11ª<br>Disp.Tran.12ª | Contratos formativos<br>Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo<br>Del salario<br>Salario mínimo interprofesional<br>Liquidación y pago<br>Imposibilidad de la prestación<br>Garantías del salario<br>El Fondo de Garantía Salarial<br>Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo<br>Descanso semanal, fiestas y permisos<br>Movilidad geográfica<br>Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo<br>Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor<br>Extinción del contrato<br>Extinción por voluntad del trabajador<br>Extinción del contrato por causas objetivas<br>Forma y efectos de la extinción por causas objetivas<br>Forma y efectos del despido disciplinario<br>Concurrencia<br>Conceptos retributivos<br>Personal de alta dirección<br>Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida<br>Indemnización por finalización de contrato temporal<br>Indemnizaciones por despido improcedente<br>Salarios de tramitación |

Fuente: Elaboración propia.

Para poder entender la figura del salario se señala a continuación el contenido del artículo 26 del ET:

«1. Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2, el salario en especie podrá superar el treinta por ciento de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.

2. No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

3. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

4. Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario.

5. Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia».

### 2.2. Definición

La Real Academia Española define el salario en cuatro acepciones[5]:

a) Salario: Paga o remuneración regular; en especial, cantidad de dinero con que se retribuye a los trabajadores por cuenta ajena.

[5] www.rae.es

b) Salario mínimo: Salario que establece la ley como retribución mínima para cualquier trabajador.

c) Salario de tramitación: Salarios dejados de percibir por el trabajador durante el proceso de despido y que le son restituidos si obtiene sentencia favorable.

d) Salario social: Salario que concede el Estado a personas sin ingresos para atender a sus necesidades primarias.

En el ámbito jurídico, por una parte, el Convenio núm. 95 de la OIT, relativo a la protección del salario[6], en el artículo 1, entiende por salario como la remuneración o ganancia, independientemente de su denominación o método de cálculo, que sea evaluada en efectivo, debida por un empleador a un trabajador nacida por un contrato de trabajo por los servicios que haya prestado o deba prestar este último.

Por otra, el artículo 26.1 del ET define el salario como «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo».

Como se desprende de esta última definición el salario es toda percepción económica del trabajador que provenga del empresario como contraprestación por el trabajo realizado, en el que se incluye las percepciones dinerarias y en especie[7]. Por consiguiente, no se considerará salario a aquellas percepciones que reciba el trabajador que no provengan del propio empresario, como, por ejemplo, las propinas recibidas en el trabajo por terceros[8].

En cambio, sí hay retribución salarial en los supuestos en los que no se desarrolle de manera efectiva la prestación laboral del trabajador por causas imputables al empleador, una vez vigente el contrato de trabajo. Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo[9].

---

[6] Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (1 de julio de 1949).

[7] GARCÍA NINET, J. y GARCÍA VIÑA, J.: "El salario (art. 26 ET)", en AA.VV. (Dirs. GARCÍA NINET, J. y VICENTE PALACIO, A.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. De 1980 a 2005. Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil*, CEF, Madrid, 2005.

[8] SSTS de 1 de marzo de 1986, 8 de junio de 1987 y 23 de mayo de 1991.

[9] DE LA VILLA GIL, L.: "Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura", en AA.VV., *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre Negociación Colectiva*, IES, Madrid, 1980.

Asimismo, el precepto hace referencia, de manera inapropiada, la calificación de la prestación de trabajo como «profesional» en el que la práctica no se refiere exclusivamente a aquella prestación de servicio laboral, dado que si se cumple con las exigencias del artículo 1 del ET[10], la prestación de servicios es viable, sea profesional o no. De igual manera, considera salario a la retribución de vacaciones anuales, descansos semanales, días festivos y cualquier otra interrupción remunerada.

La jurisprudencia, entiende que se presume *iuris tantum* que es salario cuanto el trabajador recibe del empresario. Dicho en otras palabras, en el ET existe tal presunción, en el sentido que todas las cantidades que percibe el trabajador por su empleador son salario y quien alegue el carácter extrasalarial de una percepción tiene la carga de la prueba[11].

### 2.3. Función

El carácter esencial de la retribución salarial en el contrato de trabajo se establece en los artículos 1 y 8 del ET. El primero, señala los requisitos necesarios, enmarcados en el Derecho del Trabajo, para configurar una relación de trabajo; es decir, trabajadores que de manera voluntaria presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador[12]. El segundo, de manera reiterativa dispone que se presumirá existente el contrato de trabajo en aquellos supuestos en que una persona preste un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un empleador, que recibe a cambio una retribución. Dicho en otros términos, no hay derecho al salario sin prestación de servicios[13].

El salario es un elemento central dentro del desarrollo del mercado de trabajo, por ser el precio de la disponibilidad del esfuerzo laboral ajeno. En este sentido, adquiere una doble dimensión funcional. Por una parte, como renta de un sector de la población activa, que se vincula con la demanda del grupo social, en el que incide en la situación económica general. Por otra, como coste de la empresa con virtualidad para influir en la orientación de la productividad; es decir, es una fuente de renta como un coste en la economía[14].

Desde la perspectiva empresarial el salario viene hacer un coste de la empresa y un medio económico fundamental hacia el trabajador para satisfacer

---

[10] Art. 1.1 del ET: «La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

[11] SSTS de 12 de febrero de 1985, 9 de febrero de 1987 y 25 de octubre de 1988.

[12] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.: *Configuración jur*ídica del salario, Editorial Comares, Granada, 2001.

[13] STS de 13 de diciembre de 1990.

[14] *Vid*. TODOLÍ SIGNES, A.: *Salario y productividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

sus necesidades y las de su familia. El aspecto dualista del salario, se refleja en ser una percepción económica que permite la reproducción en la supervivencia y condiciones de existencia general del trabajador; y, a su vez, es un instrumento de gestión de servicios laborales tanto en calidad y cantidad. Esta perspectiva se representa subjetivamente del valor propio de trabajo en la empresa y se relaciona por si con la motivación del trabajador.

En suma, la función jurídica del salario es la de compensar la prestación realizada por el trabajador por cuenta ajena, que por protección constitucional tiene derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, como bien lo señala el artículo 35.1 de la Constitución Española (CE)[15]. A tal efecto, el ordenamiento jurídico protege la institución de salario a través de diferentes mecanismos, tales como inembargabilidad, determinación de salario mínimo y carácter de crédito privilegiado, entre otros[16].

### 2.4. Normativa aplicable

La institución del salario viene regulada, con carácter general, bajo los siguientes instrumentos jurídicos:

a) Constitución Española[17]. El artículo 35.1 reconoce el derecho a los trabajadores a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

b) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[18]. El artículo 157 hace referencia a retribución, en vez de salario, al señalar que es el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, de forma directa o indirecta, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

c) Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos[19].

---

[15] BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Artículo 35 de la CE: «1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores».

[16] PRADAS MONTILLA, R.: "Reflexiones generales sobre la ordenación jurídica del salario en el ordenamiento laboral español", en AA.VV. (Coord. DE LA VILLA GIL, L.), *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993.

[17] BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

[18] Diario Oficial de la Unión Europea núm. C 326, de 26 de octubre de 2012.

[19] Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L 45719, de 19 de febrero de 1975.

d) Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación[20].

e) Convenio núm. 95 de la OIT, relativo a la protección del salario[21].

f) Convenio núm. 99 de la OIT, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura)[22].

g) Convenio núm. 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración[23].

h) Convenio núm. 117 de la OIT, sobre política social[24].

i) Convenio núm. 131 de la OIT, sobre la fijación de salarios mínimos[25].

j) Convenio núm. 173 de la OIT, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador[26].

k) Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961[27]. El artículo 4 hace referencia al derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa.

l) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El salario se regula en la Sección 4 «Salarios y garantías salariales», del Capítulo II «Contenido del contrato de trabajo», inserto en el Título I «De la relación individual del trabajo» bajo los artículos 26 a 33 del ET.

m) Orden de 27 de diciembre de 1994 por la que se aprueba el Modelo de Recibo Individual de Salarios[28].

### 2.5. La prestación salarial en los convenios colectivos andaluces

En los apartados anteriores se ha analizado la parte teórica del estudio. Ahora se pasará a estudiar cómo regulan la prestación salarial los convenios colectivos andaluces de deporte. Es decir, se estudiará el trabajo de campo.

Algún convenio colectivo define salario como la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación

[20] Diario Oficial de la Unión Europea núm. 204, de 26 de julio de 2006.
[21] Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (1 de julio de 1949).
[22] Ginebra, 34ª reunión CIT (28 junio 1951).
[23] Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951).
[24] Ginebra, 46ª reunión CIT (22 junio 1962).
[25] Ginebra, 54ª reunión CIT (22 junio 1970).
[26] Ginebra, 79ª reunión CIT (23 junio 1992).
[27] BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.
[28] BOE núm. 11, de 13 de enero de 1995.

profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, ya los períodos de descanso computables como de trabajo[29].

No obstante, no tendrán la consideración de salario las percepciones extrasalariales, que son cantidades de carácter indemnizatorio de gastos originados al trabajador como consecuencia de la prestación de su trabajo, por lo cual no formarán parte en ningún caso de las bases de cotizaciones de la Seguridad Social. Se establece así, dentro de este concepto un plus de transporte[30].

Asimismo, define sueldo como la parte de retribución del trabajador fijada por unidad de tiempo que se percibe en doce mensualidades y cuya cuantía aparece determinada para cada uno de los grupos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE)[31]. Por tanto, dependerá del Subgrupo o Grupo al que pertenezca el trabajador, en el que su cuantía será fijada de manera anual por la LPGE para los funcionarios[32].

Otro convenio colectivo, sin embargo, define salario base como la parte de la retribución del trabajador, fijada para la jornada completa de trabajo, en función del grupo y categoría profesional en que esté encuadrado[33]. En este mismo sentido, se indica que aquel será el que corresponda a cada uno de los cinco grupos en los que se clasifican los trabajadores de su organismo. Empero, la cantidad correspondiente a cada uno de los grupos será el que se determine por la LPGE para los funcionarios de las Corporaciones Locales, o, en su caso, norma que los sustituya tal y como se refleja en las tablas salariales adjuntas en su convenio[34]. Es decir, el salario base es el establecido para cada categoría dentro del grupo profesional correspondiente[35].

De manera más específica, se define salario base como la retribución asignada a cada trabajador por la realización de la jornada ordinaria de trabajo, incluidos los períodos de descanso computables como de trabajo, en función del grupo profesional en que se halle encuadrado[36]. Así como aquel que corres-

[29] Se actualizará anualmente con efectos de 1 de enero en el porcentaje de incremento general de retribuciones que se fije para todos los empleados públicos por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio. Art. 22 CC Ayuntamiento de San Juan Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes.

[30] Art. 21 CC Palacio de Deportes Málaga, S.A.M.

[31] Ídem.

[32] Art. 14 CC Patronato de Deportes del Ayuntamiento de Aljaraque.

[33] Art. 29.1 CC Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A.

[34] Art. 53 CC Organismo Autónomo Local de la Juventud y Deportes de Écija.

[35] Art. 21 CC Palacio de Deportes Málaga, S.A.M.

[36] Art. 39 CC Ucodeporte, S.L.

ponde al nivel de titulación exigido para cada plaza, al igual que una prestación de trabajo conforme a un rendimiento normal durante la jornada convenida[37].

La estructura retributiva se define como el sistema que fija las percepciones económicas de los trabajadores por su prestación profesional, retribuyendo el tiempo de trabajo efectivo y los periodos de descanso computables como de trabajo[38].

## III. LA COMPOSICIÓN DEL SALARIO

El ET, de manera general, regula la estructura salarial en el artículo 26.3 al señalar que el salario estará compuesto por el salario base, y, en su caso, por complementos salariales que se determinarán por la negociación colectiva o, en su defecto, por el contrato individual[39]. Asimismo, de manera escueta la norma dispone de algunos conceptos que forman parte del salario, por ejemplo, entre otros, las gratificaciones extraordinarias[40] y los incrementos por horas extraordinarias[41].

Independientemente, que la nueva regulación simplifique el régimen jurídico del salario, esta institución presenta un conjunto de problemas provenientes de la convergencia de diferentes niveles de fijación de salario, ya sea legal, convencional y contractual. Al no estar definido el papel que le corresponde a cada uno de ellos constituye una tarea ardua determinar el salario que le concierne a un concreto trabajador.

### 3.1. Salario base

La retribución del trabajador fijada por unidad de tiempo o de obra es el que se entiende legalmente por salario base[42]. Los convenios colectivos sustituyen la expresión de salario base por salario garantizado o salario fijo. La percepción salarial no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional a que se refiere el artículo 27 del ET, que tendrá, por ende, la consideración de salario base en el caso de que no exista uno superior para la categoría profesional del trabajador. Por consiguiente, la negociación colectiva y, en su defecto, el contrato individual son los instrumentos que fijarán el salario base.

---

[37] Art. 12 CC Servicios Técnicos del Instituto Municipal del Deporte para el Deporte y del Club para la Salud.

[38] Art. 34 CC Instituto Municipal de Deportes.

[39] QUINTERO LIMA, M.: "Artículo 26. Del salario", en AA.VV. (Dir. DE LA VILLA, L.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, Madrid, 2010.

[40] Artículo 31 del ET.

[41] Artículo 35 del ET.

[42] Artículo 26.3 del ET.

La determinación del salario tiene mucha importancia, por una parte, es la percepción salarial que otorga uniformidad a la categoría profesional. Por otra, sobre aquella base se calcula el valor de diferentes complementos salariales. El ET solo hace referencia a esta parte de la composición del salario a la fijada por unidad de tiempo o de obra. Este último hace alusión al salario a destajo; es decir, la cuantía de su importe se materializará en función a los resultados, mediciones, piezas, conjuntos o trozos determinados, que son independientes al tiempo que se invierta para tal fin. Ejemplo de ello se presenta, entre otros, en las actividades de construcción o agrícola.

El salario por unidad de tiempo se determina en función de la duración de la prestación del servicio, independientemente de la cantidad o resultado de obra efectuada. Asimismo, integra las gratificaciones extraordinarias a que hace referencia el artículo 31 del ET, que no tienen cabida en alguno de los conceptos que conforman los diferentes tipos de complementos salariales. Por tanto, el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones al año, así como a otras adicionales que se establezcan en el contrato de trabajo o convenio colectivo[43]. En relación a las primeras, el trabajador percibirá una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. El convenio colectivo, no obstante, podrá establecer el prorrateo de estas cantidades en doce mensualidades.

### 3.2. Complementos salariales

Las percepciones económicas que se adicionan al salario base son consideradas complementos salariales, siempre que no se hayan tenido en cuenta en el momento de fijar la percepción básica. La negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, al igual que en el salario base, determinarán el carácter consolidable o no de los complementos salariales. El ET, a estos efectos, dispone que no tendrán el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, aquellos que se encuentren vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa[44]. Bajo este contexto, el ET dispone una triple categoría al efecto:

#### *3.2.1. Complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador*

Este tipo de complemento salarial corresponde a la cantidad que remunera las circunstancias personales del trabajador, no tomadas en consideración al

[43] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 68, 2007.

[44] Artículo 26.3 el ET.

determinar el salario base. Ejemplo de ello deviene por el conocimiento de un idioma, la posesión de un título, conocimientos especiales o complemento de antigüedad[45]. Generalmente, estos conceptos pueden pactar su carácter consolidable.

*3.2.2. Complementos salariales fijados en función al trabajo realizado*

Este grupo engloba a aquellas cantidades que retribuyen, por una parte, la mayor productividad; y, por otra, las condiciones especiales del puesto de trabajo. Prototipo de estos complementos son los pluses de peligrosidad, toxicidad, penosidad, responsabilidad, nocturnidad, entre otros. Estos complementos, en principio, no pueden ser consolidables; sin embargo, puede haber excepciones[46].

[45] Artículo 25 del ET. Las disposiciones en materia retributiva, en tanto en cuanto no se promulgue un nuevo convenio, se encuentran contractualizadas. Ello, no obstante, no puede suponer la aplicación, más allá del periodo para el que fueron dictadas, de normas temporales como las que regulan los incrementos salariales para un año en relación a los salarios previstos para el anterior. En cambio, si deben reconocerse las bonificaciones por antigüedad que puedan devengarse con posterioridad a la expiración del convenio, ya que el complemento de antigüedad retribuye condiciones inherentes a la persona del trabajador. Tales condiciones, evidenciadas en el tiempo de servicios prestado, objetivamente, han de implicar una mayor experiencia, una mayor calidad en el trabajo desempeñado y un mayor grado de vinculación personal del empleado con la empresa, lo que hace al mismo merecedor de una mayor retribución, apareciendo desvinculada la efectividad de su devengo de que se produzca en lapso temporal alguno. SAN de 4 de mayo de 2015.

[46] Puede configurarse como un complemento personal por el conocimiento de idiomas o como un complemento funcional por el empleo de idiomas en el trabajo, debiendo estarse, en todo caso, a la opción del convenio o del contrato. En el supuesto de Telefónica de España, SAU, de su normativa laboral se desprende la configuración como un complemento funcional, en tanto que el plus solo se devenga cuando se desempeña un puesto de trabajo que implica la utilización de los conocimientos de idiomas, no retribuyendo, por tanto, el conocimiento de idiomas como cualidad personal. STS de 11 de noviembre de 2014. En este mismo sentido, el complemento por idiomas puede configurarse como un complemento personal por el conocimiento de idiomas o como un complemento funcional por el empleo de idiomas en el trabajo, debiendo estarse a la opción del convenio o, en su caso, del contrato. En el caso analizado, se trata de una gratificación por función, de acuerdo con el artículo 81 b) de la Normativa Laboral de Telefónica. STS de 18 de diciembre de 2013. Trabajador que reclama seguir percibiendo el plus de idiomas después de cambiar de puesto de trabajo. El plus de idiomas en modo alguno se trata de un complemento de naturaleza personal consolidable, sino de un complemento funcional que solo se devenga cuando se desempeña un puesto de trabajo que implica la utilización de los conocimientos de idiomas. Así pues, el complemento no se abona a los trabajadores por su conocimiento de los idiomas sino por su destino a un puesto de trabajo que requiere ese conocimiento. En este caso, consta acreditado que en el puesto de trabajo desempeñado por el actor la utilización de idiomas es esporádica y circunstancial por lo que carece del derecho a lucrar el complemento reclamado. STSJ de Andalucía, de 26 de septiembre de 2012.

*3.2.3. Complementos salariales fijados en función al trabajo realizado a la situación y resultados de la empresa*

Este concepto agrupa las cantidades que devienen de la participación de los beneficios de la empresa, así como de las gratificaciones que provengan, por ejemplo, en función de la facturación o las ventas, primas, incentivos. Al igual que el anterior complemento, no pueden ser consolidables, en principio, pero pueden pactarse.

En cuanto a las dos gratificaciones extraordinarias o pagas extraordinarias no hay que confundirlas con los beneficios de la empresa, ya que son consideradas como salario por unidad de tiempo que conforma, por ende, parte del salario base.

### 3.3. La composición del salario en los convenios colectivos andaluces

En los apartados anteriores se ha analizado la parte teórica del estudio. Ahora se pasará a estudiar cómo regulan la composición salarial de los convenios colectivos andaluces de deporte. Dicho en otras palabras, se estudiará el trabajo de campo.

Los convenios colectivos analizados estructuran el salario por tres tipos de retribuciones[47]:

a) Retribuciones básicas: lo componen el Sueldo y las Pagas extraordinarias.

b) Retribuciones complementarias: se conforman por el Complemento de destino y el Complemento específico.

c) Retribuciones de carácter personal: se componen por Trienios y Complementos personales (Complemento de permanencia).

Los Trienios se definen como un complemento que estará constituido por una cantidad fija que será devengada a partir del primer día del mes siguiente en que se cumplan tres, o múltiplo de tres, años de servicios. Empero, el importe por trienio, vendrá determinado por lo establecido en la LPGE para cada uno de los Grupos[48].

Sin embargo, para el perfeccionamiento del trienio, se computará el tiempo correspondiente a la totalidad de los servicios efectivos, indistintamente prestados en cualquiera de las Administraciones Publicas, tanto en calidad de funcionario de carrera como de contratado en régimen de derecho administrativo y laboral, con independencia al estado en que se encuentre la tramitación

[47] Art. 23 CC Ayuntamiento de San Juan Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes.

[48] Art. 25.1 a) CC Ayuntamiento de San Juan Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes.

y/o formalización[49]. Se abonarán por la cuantía correspondiente a la última categoría profesional en que esté el trabajador, salvo la antigüedad consolidada que se abonará al mismo importe que se viene percibiendo[50].

Se entiende por Complemento de permanencia como la cantidad fija que, como consecuencia de la modificación de la estructura retributiva tras la «funcionarización» de la nómina del personal laboral, perciben los trabajadores, por la diferencia con el Complemento de Antigüedad que cada uno de ellos venía percibiendo[51].

Las Pagas extraordinarias, no obstante, serán dos al año, por un importe, cada una de ellas de una mensualidad del Sueldo, Trienios y Complemento de destino, más una paga adicional que se percibirá en las mensualidades en que se satisfagan dichas pagas extraordinaria, que comprende el porcentaje del Complemento específico según se determine para el personal funcionario en la LPGE de cada año[52]. También se señala que aquellas se fijan en dos al año (una en el mes de junio y otra con ocasión de las fiestas de la Navidad), por importe cada una de ellas igual al salario estipulado según categoría. Dichas pagas extraordinarias podrán ser prorrateadas mensualmente, previo acuerdo[53].

Asimismo, las Pagas extraordinarias serán dos al año, de devengo semestral y por el importe cada una de ellas de los siguientes conceptos retributivos mensuales: Salario base, complemento de puesto, complemento personal

[49] En términos similares lo dispone el art. 54.2 CC Organismo Autónomo Local de la Juventud y Deportes de Écija.

[50] Art. 8.2 CC O.A.L. de Deportes Rincón de la Victoria.

[51] Art. 25.1 b) CC Ayuntamiento de San Juan Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes.

[52] Art. 26 CC Ayuntamiento de San Juan Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes: Se devengarán los días 30 de los meses de junio y de noviembre, con referencia a la situación y derechos del trabajador en dichas fechas, salvo en los siguientes casos:

a) Cuando el tiempo de servicios efectivamente prestados hasta el día en que se devengue la paga extraordinaria sea inferior a una anualidad, el importe de cada una de las pagas extraordinarias se reducirá proporcionalmente en función de los días trabajados hasta ese momento, fuese cual fuese el número de tales días y sin completar la semana o el mes.

b) Los trabajadores en servicio activo con licencia sin derecho a retribución devengarán pagas extraordinarias en las fechas indicadas, pero su cuantía experimentará la correspondiente reducción proporcional, de acuerdo con el tiempo de servicios efectivamente prestados.

c) En el caso de cese en el servicio activo, la última paga extraordinaria se devengará el día del cese y con referencia a la situación y derechos del trabajador en dicha fecha, pero en cuantía proporcional al tiempo de servicios efectivamente prestados. El tiempo de duración de licencias sin derecho a retribución no tendrá la consideración de servicios efectivamente prestados. Si el cese del servicio activo se produce durante el mes de diciembre, la liquidación de la parte proporcional de la paga extraordinaria correspondiente a los días transcurridos de dicho mes se realizará de acuerdo con las cuantías de las retribuciones vigentes en el mismo.

[53] Art. 21 CC Deportes Cary, S.L.

cuando corresponda, y la antigüedad. Se abonarán los días 30 de junio y 10 de diciembre de cada año. Cuando el tiempo de servicio efectivo prestado, hasta el día de abono de cada una de dichas pagas, no comprenda la totalidad de los seis meses anteriores a la respectiva fecha de abono, su importe se reducirá proporcionalmente[54]. Algunos convenios colectivos indican los meses en que se abonaran dichas pagas: junio y diciembre[55], como en el convenio colectivo anterior, cuando el periodo de trabajo efectivo sea inferior al semestre natural, se abonarán en la misma proporción al tiempo de trabajo[56]; o bien, del día 1 de enero al 30 de junio de cada año a pagar hasta el 31 de julio, y la correspondiente del 1 de julio al 31 de diciembre, a pagar antes del 31 de diciembre de cada año[57].

Algún otro convenio señala que las Pagas extraordinarias serán, de igual manera, dos al año, por un importe igual a la suma de las retribuciones básicas, complemento de destino, complemento específico y antigüedad, cada una de ellas, y se devengarán con referencia a la situación y derecho del trabajador en los días primero de junio y diciembre, salvo en los siguientes casos[58]:

a) Cuando los servicios prestado en su mensualidad en el tiempo, fuera inferior a una paga esta se abonará en la parte proporcional que corresponda según el número de días de prestación de servicio.

b) Los trabajadores en servicio activo con permiso y sin derecho a retribución, devengarán pagas extraordinarias en las fechas indicadas, pero su cuantía experimentará la correspondiente reducción proporcional.

c) En el caso de cese en el servicio activo, la última paga se devengará el día del cese y con referencia a la situación, derecho del trabajador en dichas fechas, pero en cuantía proporcional al tiempo de servicio efectivamente prestado.

El importe del Complemento personal será en cada caso el necesario para compensar a aquellos trabajadores que, por aplicación del nuevo sistema de clasificación profesional, sus retribuciones a percibir por la categoría a la que quedan adscritos fueran inferiores a las que hasta ahora tuvieren reconocidas, de manera que no sufran pérdida o congelación retributiva alguna. Este complemento retributivo será cotizable, y se abonará distribuido en las catorce pagas, ordinarias y extraordinarias. Los trabajadores contratados a tiempo parcial percibirán las retribuciones que les correspondan por salario base, antigüedad,

[54] Art. 29.4 CC Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A.

[55] Art. 8.2 CC O.A.L. de Deportes Rincón de la Victoria.

[56] Art. 16 CC Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Ubrique.

[57] Art. 26 CC Art. 21 CC Palacio de Deportes Málaga, S.A.M.

[58] Art. 60.1 CC Organismo Autónomo Local de la Juventud y Deportes de Écija.

complemento de puesto y pluses, en su caso, en proporción a su jornada efectiva de trabajo[59].

El Complemento de destino será el correspondiente al nivel del puesto de trabajo que se desempeñe[60]. El Complemento específico retribuirá las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. La cuantía del complemento específico se incrementará anualmente según el porcentaje, que al efecto se apruebe, en la LPGE. En ningún caso, podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo, aunque al fijarlo podrán tomarse en consideración dos o más de las condiciones particulares mencionadas que puedan concurrir en el puesto de trabajo[61].

De igual manera, otro convenio colectivo dispone que el Complemento específico retribuye las condiciones particulares de los distintos puestos de trabajo, en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad, penosidad, turnicidad, nocturnidad y festivo. En ningún caso, podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo, aunque al fijarse podrán tomarse en consideración conjuntamente dos o más de las condiciones mencionadas en el apartado anterior que puedan concurrir en el puesto de trabajo[62]. Sin embargo, aquel se regulará o modificará a través de una Valoración de Puestos de Trabajo, y cualquier negociación para su modificación será mediante la negociación colectiva a través de la Comisión Paritaria[63]. Lo trascendente para determinar un nivel u otro es el puesto de trabajo que desempeña, no el Cuerpo o Escala del trabajador[64].

En cuanto a las horas extraordinarias, en aras de una mayor productividad por hora y del fomento de empleo, no se considera la posibilidad de realizarlas dentro del calendario laboral, y solo se autorizarán excepcionalmente para compensar un exceso de horas de trabajo en el cómputo anual, o por circunstancias extraordinarias de la producción, siempre que el saldo de la bolsa de horas de trabajo no efectivas no sea favorable a la empresa. Su importe será equivalente al coste hora del salario comprendiendo todos los conceptos cotizables. La compensación de horas de exceso de jornada efectiva, festivos y nocturnos en por horas acumuladas a favor de la empresa en horas no efectivas,

[59] Art. 29.5 CC Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A.

[60] Art. 27.1 CC Ayuntamiento de San Juan Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes. En términos similares, lo señala el art. 55 CC Organismo Autónomo Local de la Juventud y Deportes de Écija.

[61] Art. 28 CC Ayuntamiento de San Juan Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes.

[62] Art. 56.1 y 2 CC Organismo Autónomo Local de la Juventud y Deportes de Écija.

[63] Art. 12 CC Patronato de Deportes del Ayuntamiento de Aljaraque.

[64] Art. 17 CC Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Ubrique.

se compensaran a razón de 2 horas por cada hora nocturna de prestación y 1,5 horas por cada una prestada en festivos[65]. Sin embargo, se define como toda aquella que se realice sobre la jornada establecida en el calendario laboral[66].

Por último, se hará referencia al Complemento de productividad, que son todos aquellos complementos que se perciben en función de la dedicación, el rendimiento en el desempeño de los puestos de trabajo y/o por la consecución de ciertos objetivos o resultados, a determinar por los respectivos departamentos. Este complemento que no tendrá la consideración de consolidable, se percibirá hasta la consecución de los objetivos marcados. En todo caso las cantidades que perciba cada trabajador por este concepto serán de conocimiento público de los demás trabajadores[67].

El complemento de productividad, según otro convenio colectivo, en términos similares, retribuirá el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con la que el trabajador desempeñe su trabajo. La aplicación de este complemento se determinará con la aprobación de los programas correspondientes. La apreciación de la productividad deberá realizarse en función de las circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo. En ningún caso, las cuantías asignadas por complementos de productividad durante un periodo de tiempo asignarán ningún tipo de derecho individual respecto a las valoraciones o apreciaciones correspondientes a periodos sucesivos[68]. Los eventos municipales que anualmente se repiten serán retribuidos conforme a lo establecido para este concepto retributivo, previa negociación con el representante de los trabajadores[69].

Empero, los órganos de representación tendrán acceso trimestralmente a las relaciones de coeficientes asignados a los distintos sistemas de control horario y cantidades abonadas a cada sujeto empleado público por este concepto. Cualquier trabajador podrá manifestar, siempre por escrito, su disconformidad con el número de horas computadas, coeficientes asignados y/o cantidad resultante, estando obligado el Organismo a su contestación por escrito, en un plazo no superior a treinta días naturales. Los convenios colectivos determinarán los criterios objetivos técnicos para la valoración de este complemento[70].

Otro convenio colectivo, dispone que se retribuirá la asistencia a cursos especializados para el reciclaje profesional que fuera del horario de trabajo

[65] Art. 21 CC Palacio de Deportes Málaga, S.A.M.

[66] Art. 20 CC Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Ubrique.

[67] Art. 30.1.3 Ayuntamiento de San Juan Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes.

[68] Art. 9 CC O.A.L. de Deportes Rincón de la Victoria.

[69] Art. 19 CC Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Ubrique.

[70] Art. 59 CC Organismo Autónomo Local de la Juventud y Deportes de Écija.

realice el trabajador como Complemento de productividad. Los trabajadores que realicen trabajos de superior categoría percibirán desde el primer día en el Complemento de productividad durante la prestación de tales servicios la diferencia del total de las retribuciones existente entre el catálogo de puesto de trabajo al cual pertenece y del puesto de trabajo que esté realizando siempre que no venga percibiendo en su complemento específico cantidades en concepto de sustitución del inmediato superior. Todo siempre que esté acordado o autorizado por la autoridad competente[71].

Asimismo, para fomentar el no absentismo se crea su complemento[72]. Bajo este contexto, se acuerda crear una Bolsa de Productividad, cuyo objetivo será premiar la asistencia al puesto de trabajo previniendo el absentismo. Esta paga retribuirá dos conceptos, en primer lugar, el denominado absentismo histórico y, por otro lado, el absentismo reciente, que afectará al del ejercicio inmediatamente anterior a la fecha de satisfacción de la referida paga. Dicha Bolsa se repartirá en el mes de enero y con carácter previo a la festividad de Reyes.

En cuanto al primer componente de la paga de absentismo, el absentismo histórico, comprenderá el 30% de la cantidad anual que se destine a retribuir la misma, y participarán en ella, con carácter directamente proporcional a los días efectivamente trabajados, aquellos trabajadores que reúnan los siguientes requisitos:

a) Que durante los cuatro ejercicios inmediatamente anteriores a la fecha de satisfacción de la paga, el trabajador en cuestión no haya presentado doce o más situaciones de Incapacidad Temporal y/o ausencias injustificadas al puesto de trabajo, quedando excluidos los procesos de incapacidad temporal derivado de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, así como las situaciones derivadas de procesos oncológicos.

b) Que durante el ejercicio en cuestión el porcentaje de días en situación de Incapacidad Temporal y/o ausencias injustificadas al puesto de trabajo no supere el 10% de los días naturales de dichos ejercicio.

El período de cómputo para generar dicho complemento será el comprendido entre el 1 de diciembre del cuarto ejercicio anterior a la fecha de generación de la referida paga y el 30 de noviembre del ejercicio inmediatamente anterior.

En cuanto al segundo componente de la paga de absentismo, el absentismo reciente, comprenderá el 70% de la cantidad anual que se destine a retribuir

[71] Art. 12 CC Patronato de Deportes del Ayuntamiento de Aljaraque.

[72] Art. 30.1.4 Ayuntamiento de San Juan Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes.

la misma, y participarán en ella, con carácter directamente proporcional a los días efectivamente trabajados, aquellos trabajadores que reúnan los siguientes requisitos:

a) Que durante el ejercicio en cuestión el trabajador no haya presentado tres o más situaciones de Incapacidad Temporal y/o ausencias injustificadas al puesto de trabajo, quedando excluidos los procesos de incapacidad temporal derivado de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, así como las situaciones derivadas de procesos oncológicos.

b) Que durante el ejercicio en cuestión el porcentaje de días en situación de Incapacidad Temporal y/o ausencias injustificadas al puesto de trabajo no supere el 10% de los días naturales de dicho ejercicio.

El período de cómputo para generar dicho complemento será el día 1 de diciembre del ejercicio inmediatamente anterior al 30 de noviembre del ejercicio en cuestión.

Los requisitos para poder percibir la paga absentismo serán los siguientes:

- Encontrase prestando servicios a 31 de diciembre del ejercicio inmediatamente anterior al mes de enero en que se procederá a satisfacer la referida paga.
- Tener, al menos 180 días de cotización a 31 de diciembre del ejercicio inmediatamente anterior al mes de enero en que se procederá a satisfacer la referida paga. En cuanto al personal que presta servicios durante los fines de semana, únicamente se requiere disponer de 60 días de cotización.

Se asignará inicialmente a esta paga absentismo la cantidad de noventa y cuatro mil cuatrocientos dieciocho euros anuales. Asimismo se creará, una Comisión de Estudio que aborde la dotación en el futuro de dicha Bolsa de Productividad.

En términos similares, otro convenio señala que dicho complemento por tal circunstancia consistirá en una cantidad que se distribuirá de la siguiente forma[73]:

a) El 60% de su valor se devengará a todos los trabajadores que cumplan tres años o múltiplos de tres años de estancia y/o permanencia en la empresa.

b) El 40% restante se devengará a todos los trabajadores que cumplan tres años o múltiplos de tres años y se consolidará, en su caso, por anualidades en función del cumplimiento del de los siguientes apartados:

[73] Art. 40 CC Ucodeporte, S.L.

b.1) Por cumplir con el cuadro horario de sus responsabilidades contabilizado por jornadas efectivas de trabajo. No se considerará absentismo los siguientes supuestos:

- Ausencias por hospitalización superiores a tres días o enfermedades muy graves acreditadas. Licencias por maternidad y riesgo en el embarazo debidamente acreditado. Ausencias de las víctimas de malos tratos familiares debidamente acreditadas.
- Accidente de trabajo o enfermedad profesional. Ejercicio del derecho a la huelga. Ejercicio de la función de representación dentro de los límites pactados.

b.2) Por consecuciones de los planes de mejora de la calidad del Servicio, para lo cual la empresa previo acuerdo con los delegados de personal determinará para cada área de trabajo la concreción de estos planes.

## IV. CONCLUSIONES

En cuanto a la prestación salarial, el artículo 26.1 del ET define el salario como «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo».

Los agentes sociales andaluces, bajo este contexto, definen, por una parte, el salario como toda percepción económica del trabajador que provenga del empresario como contraprestación por el trabajo realizado, en el que se incluye las percepciones dinerarias y en especie. En el que no se considerará salario a aquellas percepciones que reciba el trabajador que no provengan del propio empresario, como, por ejemplo, las propinas recibidas en el trabajo por terceros.

Por otra, como la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, ya los períodos de descanso computables como de trabajo. No obstante, no tendrán la consideración de salario las percepciones extrasalariales, que son cantidades de carácter indemnizatorio de gastos originados al trabajador como consecuencia de la prestación de su trabajo, por lo cual no formarán parte en ningún caso de las bases de cotizaciones de la Seguridad Social. Como puede observarse los agentes sociales andaluces mantienen una definición similar a la del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a la composición del salario, el ET, de manera general, regula la estructura salarial en el artículo 26.3 al señalar que el salario estará compuesto por el salario base, y, en su caso, por complementos salariales que se determinarán por la negociación colectiva o, en su defecto, por el contrato individual. De manera escueta, no obstante, la norma dispone de algunos conceptos que forman parte del salario, por ejemplo, entre otros, las gratificaciones extraordinarias y los incrementos por horas extraordinarias.

Bajo este contexto, una gran parte de los convenios colectivos analizados estructuran el salario por tres tipos de retribuciones:

a) Retribuciones básicas: lo componen el Sueldo y las Pagas extraordinarias.

b) Retribuciones complementarias: se conforman por el Complemento de destino y el Complemento específico.

c) Retribuciones de carácter personal: se componen por Trienios y Complementos personales (Complemento de permanencia).

Por lo que se destaca que cada convenio contiene una regulación, en algunos casos, similares entre otros convenios. Y, en otras, muy diferentes. Empero, lo cierto es, los agentes sociales cumplen con lo señalado en el ET y señalan, a mayores, tanto retribuciones complementarias como retribuciones de carácter personal. Se resaltan, entre otras, el plus de jornadas a rotación, el plus por jornada especial, el plus de secretaría de dirección, plus por conducción de vehículos[74], dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad, personal transitorio[75]. El Complemento de personal transitorio se otorga en el supuesto de que a un puesto de trabajo le correspondiese percibir una cantidad global anual de los conceptos complementarios, inferior a los que tuviere con anterioridad a la valoración de dicho puesto de trabajo, al trabajador que lo viniere ocupando se le crearía un complemento personal y transitorio[76]. Asimismo, los agentes sociales han dejado patente los complementos que no son salariales, tales como, entre otros, quebranto de moneda, dietas, viajes y locomoción[77].

Asimismo, se resalta la iniciativa para fomentar el no absentismo al crear un complemento de no absentismo, al crear una Bolsa de Productividad, cuyo objetivo será premiar la asistencia al puesto de trabajo previniendo el absentismo. Esta paga retribuirá dos conceptos, en primer lugar, el denominado ab-

[74] Art. 30 CC Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A.

[75] Art. 52 CC Organismo Autónomo Local de la Juventud y Deportes de Écija.

[76] Art. 58 CC Organismo Autónomo Local de la Juventud y Deportes de Écija.

[77] Art. 38 CC Instituto Municipal de Deporte.

sentismo histórico y, por otro lado, el absentismo reciente, que afectará al del ejercicio inmediatamente anterior a la fecha de satisfacción de la referida paga.

Finalmente, se destaca la cláusula que los agentes sociales incorporan a los convenios colectivos en cuanto al «recibo del salario o nómina»[78]. En este sentido, señala que la liquidación o pago del salario se efectuará puntual y documentalmente antes de la finalización del mes. El personal y, con su autorización, sus representantes legales, tendrá derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago. Anticipos a cuenta del trabajo ya realizado, de hasta el 50 % de la liquidez de su nómina mensual, garantizando 300 €.

La documentación del salario se realizara mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y Justificativo del pago del mismo. El recibo de salarios deberá reflejar claramente:

- Nombre, DNI, cuerpo y empleo, relación Jurídica, grado consolidado, fecha de alta, número de trienios reconocidos, número de la SS., grupo de cotización y número de registro.
- Nombre de la Corporación, nombre del centro de trabajo y domicilio, número de la Seguridad Social de la empresa y número y nombre del puesto de trabajo que se desempeña.
- Fecha, período de abono y total de días retribuidos.
- Todos y cada uno de los conceptos por lo que se percibe la retribución y cuantía.
- Todos y cada uno de los conceptos por los que (y sobre los que) se efectúe una retención o deducción de haberes, porcentajes y cuantía.
- Total del salario bruto, total de retenciones y total del salario neto.
- Lugar de pago o, en su caso, datos de la domiciliación bancaria. El modelo de recibo y sus posibles modificaciones deberá ser considerado en la Mesa General de Negociación.

Conviene recordar que el salario en metálico o en dinero es aquel que se da al trabajador en moneda de curso legal en el territorio español[79]. El ET

[78] Art. 17 CC Patronato de Deportes del Ayuntamiento de Aljaraque.

[79] Art. 1 del Convenio núm. 95 de la OIT, relativo a la protección del salario: «Los salarios que deban pagarse en efectivo se pagarán exclusivamente en moneda de curso legal, y deberá prohibirse el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal».

Artículo 1170 del Código Civil (Gaceta de 25 de Julio de 1889): «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando

prevé, además de la moneda, el pago mediante talón u otra modalidad similar a través de las entidades de crédito[80]. En el mismo sentido, la Orden de 27 de diciembre de 1994 por la que se aprueba el Modelo de Recibo Individual de Salarios, dispone que el salario deba abonarse en moneda de curso legal o mediante cheque o talón bancario[81]. Por consiguiente, el método de pago queda al libre albedrío del empresario con la única exigencia de solicitar previamente el informe al comité de empresa o delegados de personal. Para una mejor ilustración se presenta el modelo de recibo individual justificativo del pago de salarios que señala el Anexo de dicha Orden[82].

## V. BIBLIOGRAFÍA

CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 68, 2007.

DE LA VILLA GIL, L.: "Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura", en AA.VV., *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre Negociación Colectiva*, IES, Madrid, 1980.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.: *Configuración jurídica del salario*, Editorial Comares, Granada, 2001.

hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

[80] Artículo 29.4 del ET: «El salario, así como el pago delegado de las prestaciones de la Seguridad Social, podrá efectuarlo el empresario en moneda de curso legal o mediante cheque u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe al comité de empresa o delegados de personal».

[81] Artículo 2 de la Orden de 27 de diciembre de 1994 por la que se aprueba el modelo de recibo individual de salarios: «1. El recibo de salarios será firmado por el trabajador al hacerle entrega del duplicado del mismo y abonarle, en moneda de curso legal o mediante cheque o talón bancario, las cantidades resultantes de la liquidación. La firma del recibo dará fe de la percepción por el trabajador de dichas cantidades, sin que suponga su conformidad con las mismas.

2. Cuando el abono se realice mediante transferencia bancaria, el empresario entregará al trabajador el duplicado del recibo sin recabar su firma, que se entenderá sustituida, a los efectos previstos en el apartado anterior, por el comprobante del abono expedido por la entidad bancaria».

[82] RODRÍGUEZ, P.: "Algunos problemas jurisprudenciales sobre el recibo de salarios", *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 21, 2009. URESTE GARCÍA, C.: "El salario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002.

GARCÍA NINET, J. y GARCÍA VIÑA, J.: "El salario (art. 26 ET)", en AA.VV. (Dirs. GARCÍA NINET, J. y VICENTE PALACIO, A.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. De 1980 a 2005. Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil*, CEF, Madrid, 2005.

PRADAS MONTILLA, R.: "Reflexiones generales sobre la ordenación jurídica del salario en el ordenamiento laboral español", en AA.VV. (Coord. DE LA VILLA GIL, L.), *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993.

QUINTERO LIMA, M.: "Artículo 26. Del salario", en AA.VV. (Dir. DE LA VILLA, L.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ, P.: "Algunos problemas jurisprudenciales sobre el recibo de salarios", *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 21, 2009.

TODOLÍ SIGNES, A.: *Salario y productividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

URESTE GARCÍA, C.: "El salario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002.

# SOLUCIÓN JUDICAL ANTE LA INEFICAZ RESOLUCIÓN ARBITRAL EN LA ORDENACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES DEL PERSONAL LABORAL DE LA ASAE

Mª ARACELI VALLECILLO ORELLANA

*Profa. Asociada*

Dpto. Derecho del Trabajo y Seguridad Social UCO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I. LA AGENCIA DE RÉGIMEN ESPECIAL "SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO". PARTE EMPLEADORA (ASAE)

II. ORDENACIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE LA ASAE. MANDATO LEGAL Y CAPACIDAD DIRECTIVA Y ORGANIZATIVA DEL EMPLEADOR.

III. REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN LA ASAE. CONVIVENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS.

IV. ELECCIONES REPRESENTATIVAS DETERMINANTES DE LA CONFORMACIÓN NEGOCIADORA DE RELACIONES LABORALES EN LA ASAE

IV.A) CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL EN LA ASAE

IV.A).I. UNIDAD ELECTORAL DESDE EL ÁMBITO EMPLEADOR.

IV.A).II. UNIDAD ELECTORAL DESDE EL ÁMBITO DEL EMPLEADO

IV.B) VIGENCIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EXISTENTES

V. RECLAMACIÓN ELECTORAL

VI. CONCLUSIONES

## INTRODUCCIÓN

El pasado 9 de marzo de 2017, fue preavisado en todas las provincias andaluzas, el proceso electoral sindical para elecciones, en unas provincias con tipología parcial y, en otras, total, en la empresa "AGENCIA SAE (PERSONAL LABORAL PROPIO DE CATÁLOGO DE PUESTOS)". El preaviso de elecciones parciales fue anulado posteriormente, "*por no corresponderse al ámbito de la Unidad Electoral en cuestión*" en las provincias andaluzas donde de este modo fue preavisado, promoviéndose, de nuevo, con carácter total.

Con la promoción efectuada, se pretende "*renovar*" un comité de empresa del personal laboral de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo (ASAE), actualmente aún no existente, al haberse incrementado la plantilla de personal laboral en dicha Agencia que acoge, en su cómputo regional, a un total de trece colectivos de personal laboral, cada uno con su convenio colectivo vigente así como con su respectivo comité de empresa representativo, en situación activa en su vigencia temporal, o prorrogado, sin que se haya pactado un comité intercentros (art. 63.3 ET), derivado de pacto en convenio colectivo y que tenga que ser renovado en su integridad.

Dicha convivencia, provoca en la empleadora la consideración de que la reunificación de las condiciones laborales de todo el personal laboral en el seno de la Agencia regional SAE se realice mediante la regulación homogénea de derechos y deberes laborales a través de un "*único convenio que regule a todo el personal laboral de un modo único y no diferenciador según sus propios derechos adquiridos*", no obstante no manifestar expresamente el reconocimiento de la legitimidad negocial de la representación de cada convenio colectivo actualmente vigente aplicable a cada tipología de personal laboral de la ASAE.

Impugnada la pretensión electoral promovida por una organización sindical representativa a nivel regional, las restantes organizaciones sindicales presentes en los órganos de representación unitaria de cada colectivo integrado, así como algunos trabajadores en calidad de legítimos interesados, impugnan la promoción electoral indicada, así como el procedimiento electoral en su integridad, alegando, entre otros motivos que analizamos, que, tanto en la Resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaría General para la Administración Pública (BOJA Núm. 84, de 30 de abril de 2011), por la que se aprueba el Protocolo de Integración del Personal en el Servicio Andaluz Empleo, regla cuarta, como en el apartado e) de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, s*e* especifica de manera literal que, en cuanto normativa aplicable, "*se mantendrán vigentes los respectivos convenios colectivos en tanto se apruebe un nuevo convenio aplicable*".

Por su parte, el personal laboral Asesores y Promotores de Empleo, también impugnantes, alegan pertenecer al personal laboral de la Administración General de la junta de Andalucía por lo que, consideran, deben de quedar fuera del censo electoral de las elecciones promovidas para "*personal de Catálogo de la Agencia SAE*", puesto que el Convenio Colectivo que les asiste es el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía.

Cuestionada, además, la circunscripción electoral para el específico desarrollo de elecciones representativas en la Administración Pública, se presenta conflicto a resolución extrajudicial arbitral, según viene siendo práctica habitual desde el año 2012 en la Agencia SAE, que está concluyendo con pronunciamientos arbitrales no del todo homogéneos en las varias circunscripciones provinciales que se han tomado de referencia para desarrollar los procesos electorales estando pendientes, en la mayoría de las provincias, de resolución judicial, en ocasiones a instancia de la propia organización sindical promotora, en otras, por las partes impugnantes.

Con ello, consideramos conveniente analizar a fondo la trayectoria y situación actual de este proceso "*reordenador*" de las condiciones laborales del personal laboral de la Agencia de Régimen Especial SAE con el ánimo, nada pretencioso, de intentar arrojar luz homogénea sobre el mismo.

## I. LA AGENCIA DE RÉGIMEN ESPECIAL "SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO". PARTE EMPLEADORA (ASAE)

La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece, en el artículo 63, que dentro de la competencias ejecutivas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se encuentran: las políticas activas de empleo, la gestión de subvenciones correspondientes, la intermediación laboral y el fomento del empleo. Del mismo modo, el artículo 169 de la norma citada establece la referencia a las Políticas de Empleo en relación a la Agencia Servicio Andaluz de Empleo.

El Servicio Andaluz de Empleo, creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre como un organismo autónomo, se transforma en Agencia de Régimen Especial, ente instrumental[1], a partir de la Ley 9/2007, de 22 de octubre de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), con objeto de realizar actividades administrativas y demás funciones y competencias atribuidas en su Ley de creación así como, cualquier otra actividad, competencia o función que

[1] La expresión "*Administración instrumental o institucional*" surge para diferenciar su existencia y funcionalidad de la Administración territorial, estando integrada por entes públicos ejecutivos de carácter no territorial pero sí dotados de personalidad jurídica.

especialmente se le atribuya, teniendo como objetivos específicos, el ejercicio de las competencias en materia de empleo y cualificación profesional y, en particular, el fomento del empleo, orientación e información, prospección, registro de demanda e intermediación en el Mercado de trabajo, si bien, la mayoría de sus funciones no implican ejercicio de autoridad.

Como Agencia de Régimen Especial, está adscrita a la Consejería competente en materia de Empleo, quedando establecida su estructura organizativa, por el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, así como por el Decreto 201/2015, de 14 de Julio por el que se regula la estructura orgánica de la actual Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, basándose sus funciones, separadas de las de decisión política y de dirección, en las de cumplimiento y prestación de servicios con objeto de conseguir el desempeño de objetivos y rendimientos propios de los entes instrumentales, reservándose la "Administración matriz", las funciones de creación de políticas y de dirección.

Como estructura organizativa cuenta con una ordenación central, formada por la Presidencia, la Dirección Gerencia, la Secretaría General, la Dirección General de Políticas Activas de Empleo y la Dirección General de Evaluación, Control y Calidad, así como una ordenación periférica conformada por las Direcciones y Secretarías Provinciales, las Áreas Territoriales de Empleo y las Oficinas de la Agencia.

Corresponde a la Dirección Gerencia de la ASAE, entre otras funciones, "*ejercer la jefatura superior del personal adscrito al Servicio Andaluz de Empleo, en los términos establecidos en la legislación vigente y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine*" (art. 9.2.b), de la Ley 4/2002), compartiendo con la Secretaría General la competencia en material de recursos humanos aunque, en este caso y en particular, sin perjuicio de las funciones que en materia de gestión de personal le correspondan a la Dirección Gerencia.

Por su parte, la Resolución de 28 de noviembre de 2012, del Servicio Andaluz de Empleo, delega competencias en los órganos directivos de la agencia en materia de personal, de gestión económico- financiera, de contratación y de gestión administrativa, habiendo sido la Resolución de 6 de octubre de 2011, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, la norma que delegó competencias en material de personal y de gestión de gasto a los Secretarios Provinciales, designando competente a la persona titular de la correspondiente Dirección Provincial a fin de re ubicar al personal laboral destinado a la Agencia , así como asignarlo a los puestos propios de esta tipología de personal.

Entre el personal profesional, la ASAE dispone en sus plantillas de personal funcionario y laboral. El personal funcionario procede de los cuerpos

y especialidades dotadas de potestades de autoridad para la Administración General de la Junta de Andalucía, mientras que, el personal laboral, procede de las categorías vinculadas al actual Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía- VI Convenio- proveniente de los programas de fomento del empleo (personal Asesores y Promotores de Empleo), estando dotada, además, de personal laboral proveniente de entidades instrumentales integradas en el SAE en virtud del proceso de reordenación legalmente realizado en el año 2011 (personal procedente de los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico- UTEDLT- y personal procedente de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo- FAFFE-), así como personal integrado en los Consorcios Escuelas, actualmente asumidos por la ASAE, en virtud del Decreto-Ley 5/2015, de 15 de septiembre, por el que se modifican el objeto y los fines de las Agencias Públicas Servicio Andaluz de empleo y Agencia Pública Andaluza de educación y Formación, estableciendo el procedimiento para culminar la integración de la red de consorcio escuela de Formación para el empleo (BOJA nº. 187, de 24/09/2015).

A su vez, entidades públicas -Ayuntamientos, Mancomunidades, Diputaciones Provinciales- o bien agencias, públicas o privadas de colocación, actúan como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, en los términos que establecen los correspondiente contratos administrativos de colaboración, si bien a través de su propio personal laboral ajeno al empleo público territorial e institucional.

## II. ORDENACIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE LA ASAE. MANDATO LEGAL Y CAPACIDAD DIRECTIVA Y ORGANIZATIVA DEL EMPLEADOR

Con el objetivo de "*mejorar la gestión, la calidad en la prestación de los distintos servicios públicos y el desarrollo de las funciones que les son propias a las Consejerías* (...) *desarrollando el máximo posible de las potestades administrativas con sus propios recursos*"[2], la Junta de Andalucía llevó a cabo, en el año 2011, una serie de medidas que tomaban en consideración a sus propios medios personales y materiales disponibles y que surgían

[2] Exposición de Motivos de la Ley 1/2011, de 17 de febrero de reordenación del Sector Público de Andalucía (BOJA núm. 36, de 21 de febrero de 2011). En su art. 1.2, apartado 3.1, se establece la obligatoriedad de crear agencias a través de una Ley, debiendo de procederse para la aprobación de los Estatutos mediante decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente por razón de la materia y previo informe de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda.

provocadas por la necesidad de "*acomodar el sector público andaluz a las nuevas circunstancias económicas y financieras*"[3]

Iniciadas las medidas en junio del año 2010, con la aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía del Plan de Reordenación de su Sector Público que debía de provocar la supresión de centros directivos de las diversas Consejerías, así como la extinción de entidades instrumentales en las que fuese mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía, la situación en la que se podía encontrar el personal laboral instrumental de las agencias públicas empresariales o de régimen especial se presentaba halagüeño en la medida en que se consideró necesario elaborar un protocolo de actuación con la propia Consejería competente en materia de Administración Pública a fin de llevar a cabo la integración de todo el personal, en el caso de resultar aprobada la continuidad del objeto y fines del servicio público al que estaban destinados, aplicando, con ello, una serie de reglas en función del tipo de profesional de que se tratase.

En materia de empleo quedó afectado el, hasta entonces, órgano autónomo, Servicio Andaluz de Empleo (SAE) que quedó transformado en Agencia de Régimen Especial, con la consiguiente absorción de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo (en adelante FA FFE), en todos sus derechos y obligaciones, así como la propuesta de extinción de los Consorcios UTEDLT por una comisión liquidadora[4], al final de cuyo proceso el personal consorciado pasaría, igualmente, a formar parte de la Agencia SAE.

Dicho Plan quedó posteriormente plasmado en el RDL. 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público (BOJA nº. 147, de 28 de julio de 2010), de gran repercusión en todo el ámbito institucional. "*Dada la especial repercusión de sus medidas, el Gobierno andaluz consideró que la configuración del citado Decreto-Ley podía ser adecuadamente complementada en una serie de aspectos, de forma que su aplicación fuera expresiva de un elevado grado de consenso, y en ejercicio de las competencias que el artículo 47.1.1. ª del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma sobre la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos y de sus entidades instrumentales, por una parte, así como del artículo 26.2 del mismo, que garantiza a los sindicatos más representativos la participación*

[3] Ibídem. Exposición de Motivos.

[4] Las respectivas Comisiones Liquidadoras no resultan competentes para extinguir cada una de las citadas estructuras consorciales, debiendo de ser cada uno de los órganos de gobierno- Consejos Rectores- los que decidan, como así fue y continúa aun siendo, sobre su liquidación y extinción.

*institucional en la Junta de Andalucía para el desempeño de sus funciones propias*".

En virtud, también, de lo dispuesto en el art. 45.1c) de la Ley 6/2006, del Gobierno de Andalucía, el 29 de octubre de 2.01 0, se firma, el Acuerdo interno entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y los dos sindicatos más representativos a nivel regional-CCOO y UGT, por el que se pretende reforzar el carácter público de las entidades instrumentales de la administración andaluza, sometiéndolas al derecho administrativo- mediante un pretendido proceso de estabilidad y de consolidación de empleo que afectase a todo el personal de la Administración, perteneciente al sector público- pero, sobre todo, imprimiéndole un carácter de *"transparencia, consenso y diálogo con las organizaciones sindicales más representativas de Andalucía",* por lo que, a través de dicho Acuerdo de 29 de octubre, entre otras medidas, se consensuó el desarrollo reglamentario de las contenidas en el DL. 5/2010, en particular, mediante la adopción de unos Estatutos, un Plan Inicial de Actuación y un Protocolo de Integración, así como cualquier medida de reordenación, adaptación y modificación de la Administración instrumental que se plantease como necesaria, todo ello mediante la negociación y posterior traslado a las mesas correspondientes en el ámbito de la ordenación de personal de la Junta de Andalucía, siguiendo los preceptos establecidos en el EBEP.

Fruto del acuerdo, se aprueba el Decreto Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias al Decreto Ley 5/2010, de 27 de julio (BOJA nº. 232, de 26 de noviembre de 2010), que, entre otras novedades, modifica el borrador de Estatutos de la Agencia SAE añadiendo la subrogación al SAE del personal de los Consorcios UTEDLT ausente en la redacción inicial del RDL 5/2010 (art. 8.5) que sólo contempló la subrogación del personal subvencionado FAFFE. La tramitación parlamentaria culminó a mediados de febrero del año 2011, con la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero en los mismos términos que el Decreto Ley 6/2010 y quedando configurado el, hasta entonces organismo autónomo SAE, como una agencia de régimen especial, de las previstas en el art. 54.2.c de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la administración de la Junta de Andalucía[5], como indicamos supra.

Dos meses después de la aprobación legal, en abril de 2011, se aprueba el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que aprueban los Estatutos del

[5] A tenor del artículo 54, las agencias son entidades con personalidad jurídica pública dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional. 2. Las agencias se clasifican en los siguientes tipos: a) Agencias administrativas; b) Agencias públicas empresariales; e) Agencias de régimen especial.

Servicio Andaluz de Empleo (BOJA nº 83, de 29 de abril de 2.011), así como, el Protocolo de Integración del personal en la, ya formalmente creada Agencia SAE (ASAE) mediante la Resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaría General para la Administración Pública (BOJA nº 84, de 30 de abril de 2.011), en cuya regla Cuarta se recoge la incorporación del personal laboral de los Consorcios UTEDLT y de la Fundación FAFFE.

En el mismo ámbito legal se encuentra la integración del personal laboral asesor y promotor de empleo (MEMTAS y Promotores). Con el mandato establecido por el Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica (BOE Núm. 97, de 22 de abril de 2008), el Servicio Público de Empleo estatal y los Servicios Públicos regionales reciben el mandato de gestión de unos créditos extraordinarios para incrementar la contratación laboral y el reforzamiento de la estabilidad profesional tanto de las personas desempleadas como de las expuestas a su exclusión del mercado laboral mediante la implantación de una serie de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral que conllevó la contratación de mil quinientos técnicos asesores de empleo, según acordó el Consejo de Ministros el 18 de abril de 2008, correspondiéndole a Andalucía un total de cuatrocientos trece que fueron contratados laboralmente por años naturales, formalizándose varias prórrogas de un año de duración, dentro del marco establecido en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010) y el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE núm. 293, de 03 de diciembre de 2010).

La contratación se realizó mediante la modalidad de contrato laboral temporal con sujeción a prórrogas con cargo a Capítulo I del entonces SAE pero para desempeñar funciones no incluidas en la RPT del Capítulo I. Estableciéndose por las normativas referidas, así como por la Ley 2/20 12, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2012) la finalización del proyecto extraordinario y, con ello, la finalización de la relación laboral de los promotores y asesores laboralmente contratados[6].

No obstante, habiendo demandado los trabajadores afectados por despido nulo, las sentencias declarativas de nulidad fueron, en ocasiones recurridas por la empleadora ASAE y en ocasiones no, habiendo sido reincorporados a la ASAE aquellos trabajadores a los que dicha agencia no les recurrió la

[6] Doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en STS 1234/14, de 28 de abril de 2015 (Roj 2835/2015).

decisión judicial de instancia, en el sentido de nulidad, y no obtuvieron, en consecuencia, pronunciamiento de procedencia extintiva en el Alto Tribunal[7].

Desde el punto de vista directivo y organizativo del empleador, el Decreto-Ley 5/2015, de 15 de septiembre, por el que se modifican el objeto y los fines de las Agencias Públicas Servicio Andaluz de Empleo y Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, estableciendo el procedimiento para culminar la integración de la red de consorcio Escuela de Formación para el Empleo (BOJA núm. 187, de 24 de septiembre de 2015), regula la asunción por la ASAE del personal procedente de los Consorcios Escuelas de formación de Andalucía. Bajo la premisa de sostenibilidad en el tiempo del sector público y garantía de eficiencia en la gestión de los recursos públicos, que, tanto la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2014), como la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2013) habían establecido con carácter general por la necesidad de adecuar las administraciones institucionales a la situación deficitaria en la que se encontraba la totalidad de la Administración en nuestro país, el proceso reestructurador continuado por decisión propia por la Junta de Andalucía mediante el Acuerdo de 21 de octubre de 2014 del Consejo de Gobierno, facultó al consejero de educación, cultura y Deporte a instar la disolución de los consorcios que componen la red de consorcios escuela de Formación para el empleo, aprobando el Decreto-ley 13/2014, de 21 de octubre (BOJA núm. 209, de 27 de octubre de 2014), encaminado a ceder la totalidad de los activos y pasivos de los Consorcios de Formación para el empleo al Servicio Andaluz de Empleo, "*con la finalidad de mantener la continuidad de la actividad y alcanzar los objetivos de dichos centros formativos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.5 de la Ley 15/2014, de racionalización del Sector Público*".

Con este mandato estatal reestructurador de la totalidad de Administraciones regionales y estatal, el Gobierno Andaluz decide disolver los Consorcios que formaban parte de la Red de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo, considerando que sea la ASAE la entidad "*jurídicamente adecuada para llevar a cabo la cesión global de activos y pasivos de los consorcios de Formación para el empleo, con la finalidad de mantener la continuidad de la actividad y alcanzar los objetivos de dichos*

[7] A título de ejemplo de sentencia recurrida al Tribunal Supremo, STS 2835/2015, de 28 de abril de 2015 (Rco: 1234/2014).

*centros formativos*"[8], asumiendo esta entidad la totalidad de los diez centros de formación existentes en toda Andalucía.

## III. REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN LA ASAE. CONVIVENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

En la Agencia SAE conviven, actualmente, como sabemos, personal funcionario, eventual, interino y laboral, acogido a la regulación establecida en la Ley 6/1 985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 112, de 28 de noviembre de 1985[9]), así como, a la del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 110, de 8 de junio de 2005) para el personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, además de cuatro tipologías de personal laboral propio- denominado por la empleadora como "*personal laboral propio de catálogo*", no pertenecientes estructuralmente a la Administración General de la Junta de Andalucía pero sí a la institucional, resultantes de actuaciones gubernamentales en materia de Políticas Activas de Empleo, fruto del traspaso nacional de actuaciones en materia de empleo a las Comunidades Autónomas, en este caso, a la Comunidad Autónoma de Andalucía[10].

Las cuatro tipologías de personal laboral destinadas a gestionar Políticas Activas de Empleo, regulan sus relaciones laborales mediante su respectiva ordenación normativa conveniada de ámbito regional y, subsidiariamente, mediante los preceptos establecidos en la regulación laboral privada a través del Estatuto Básico del Empleado Público y, en su defecto, Estatuto de los Trabajadores, contando para ello con sus concernientes Comités de Empresa representativos de ámbito provincial, con mandato vigente o prorrogado, sin que se haya pactado en ninguna provincia, un comité inter-centros de los establecidos en el art. 63.3 del ET, derivado de pacto en convenio colectivo por no existir en la actualidad un Convenio Colectivo único.

Bajo la motivación de concurrencia excesiva de volumen de personal laboral institucional con derechos y deberes diversos pero con naturalezas jurídicas contractuales iguales, procedentes de la inserción laboral en la ASAE por cumplimiento de sentencias judiciales o por la reordenación voluntaria de

[8] Exposición de Motivos, apartado I, de Decreto-Ley 5/2015, de 15 de septiembre.

[9] Modificada por la Ley 2/2016, de 11 de mayo, en materia de valoración de la antigüedad a efectos de méritos (BOJA núm. 93, de 18 de mayo de 2016).

[10] Mediante el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2003 y BOJA núm.89, de 13 de mayo de 2003).

la parte empleadora, el 9 de marzo de 2017, como sabemos, la organización sindical UGT presenta preaviso para la convocatoria de elecciones, en unas provincias de carácter parcial y en otras total- aunque finalmente todas se preavisan con ámbito total-, al considerar necesario, junto con la empleadora[11], realizar un Catálogo de Puestos de Trabajo que defina las características de los puestos, la cantidad de plantilla necesaria para el desarrollo de funciones competencia de la ASAE que no necesiten de la realización de potestades administrativas y que, por tanto, puedan desempeñar todos los efectivos laborales institucionales, así como, la cuantificación salarial de las funciones y puestos que conduzcan hacia una ordenación racional y eficaz de las condiciones laborales de todo el personal laboral institucional que desemboque en la regulación de un único Convenio Colectivo.

## IV. ELECCIONES REPRESENTATIVAS DETERMINANTES DE LA CONFORMACIÓN NEGOCIADORA DE RELACIONES LABORALES EN LA ASAE

Secundada por la empleadora[12] la promoción sindical de celebración de elecciones totales en cada ASAE provincial, argumentada en el hecho de que "*los diferentes convenios que en su día regulaban a los colectivos ahora integrados fueron redactados en un momento y circunstancias determinadas conforme a los respectivos mandatos*, *que se mantendrán en tanto en cuanto, como prevé la referida disposición*- Disposición adicional segunda del Decreto 96/2011, de 19 de abril[13]- *sea de aplicación un nuevo convenio colectivo*", la intención de la empleadora, junto con la organización sindical promotora de las elecciones, entienden necesario acudir a la agilidad tramitadora que este planteamiento supone para obtener la consecución del objetivo regulador

[11] De este modo indicado por la Secretaría General de la ASAE en el momento de asumir al personal laboral procedente de procesos judiciales sobre despido nulo.

[12] En el acto de constitución de la Mesa Electoral del procedimiento electoral 84/17, en la provincia de Córdoba, la parte empleadora, presentó escrito, con expreso deseo de que constase en acta, considerando improcedente la convocatoria de elecciones representativas por convenios colectivos en la ASAE debido a la causa esgrimida.

[13] *Disposición adicional segunda. Régimen de integración del personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo y del personal de los Consorcios UTEDLT tras la extinción de dichos Consorcios.* (... )*2. La Agencia se subroga en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo del personal laboral y, en su caso, de los convenios colectivos vigentes, así como de los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos. Al citado personal le seguirá rigiendo el convenio colectivo que les corresponda, hasta tanto les sea de aplicación el convenio colectivo correspondiente.* (...) *4. Las representaciones sindical y unitaria correspondientes al personal objeto de subrogación, se mantendrá en la Agencia en las mismas condiciones, con los mismos derechos y obligaciones que tuvieran en la entidad de procedencia, hasta la finalización de sus respectivos mandatos.*

unitario de las condiciones de trabajo de todo el personal laboral integrado, a la mayor brevedad posible puesto que, estima, que el Convenio Colectivo que regule sus condiciones laborales "*... por definición, debería ser unitario para todo el personal subrogado en la Agencia, ya sea por disposición legal o sentencia judicial*", estimando, por ello, "*que no tiene sentido ni cabida legal dentro del ordenamiento jurídico que se celebren elecciones sindicales para un solo colectivo,* (debiendo de ser, por el contrario) *el objetivo que se debería perseguir, el que el convenio que regule a estos trabajadores sea único y no diferenciador a fin de que se resuelva la compleja situación actual*".

Impugnada la decisión sindical por las otras representaciones sindicales presentes en ese momento en la ASAE, esto es, las organizaciones sindicales CCOO, CSIF y UITA así como por algunos trabajadores individualmente personados en la actuación impugnatoria en cuanto legítimos afectados, todos entienden necesaria la negociación de un Convenio Colectivo único para el personal laboral de Catálogo, a imagen del Convenio Colectivo único existente para el personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, aunque posibilitado dentro del ordenamiento jurídico, que supone el respeto de cada Convenio Colectivo existente preservado a través de su respectiva representación que conforma la unidad electoral, según reconoce la regla especial establecida para el caso de elecciones representativas en la Administración Pública y que recoge la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, del Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa (BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994), en íntima conexión con lo establecido en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987, de 12 de junio de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.(BOE núm. 144, de 17 de junio de 1987).

Dos son las cuestiones en las que se centran, principalmente las impugnaciones de los diversos procesos electorales provinciales promovidos en la ASAE en los últimos años[14] para designar representaciones de Convenios Colectivos estatutarios: De un lado, la existencia o no de circunscripción electoral; De otro, la vigencia de los convenios colectivos aplicables a los colectivos integrados en el SAE.

[14] Desde el año 2012 con la promoción de elecciones sindicales en la empresa Delegación territorial de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo y el Servicio Andaluz de Empleo (En Córdoba iniciado con el número de preaviso 189/15), comienza una serie de elecciones representativas en cada provincia al objeto de renovar mandatos entre el personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía

## IV.a) Circunscripción electoral en la ASAE.

Respecto a la primera cuestión, circunscripción o unidad electoral, el proceso electoral queda trazado en torno a dos planteamientos. Uno, indicativo de unidad electoral desde el ámbito empleador- consideración de centro de trabajo- y, otro, indicativo del ámbito empleado- consideración del conjunto de empleados destinatarios de dichas elecciones- o, lo que es lo mismo, quienes de los empleados por la empleadora conforman el censo electoral objeto de elecciones.

*IV.a).I. Unidad electoral desde el ámbito empleador.*

El planteamiento relativo a la localización del centro de trabajo queda legalmente resuelto a través de la Disposición Adicional Tercera del RD 1844/1994 que establece, para la consideración de la circunscripción electoral en la Administración Pública, la existencia de un Centro de Trabajo- entendido éste como un real centro directivo y organizativo de los reconocidos en el art. 1.5 de. ET y, de modo indirecto, en el art. 5.1 del RD-L 1844/1994, en cuanto unidad productiva y organización específica dada de alta ante la autoridad laboral- unificado por departamentos u organismos de ámbito provincial puesto que, dada la especificidad organizativa que pueda suponer la existencia de una administración descentralizada en la que las entidades periféricas deben de estar presentes en todos los territorios, establece un criterio vertebrador unificado de todos los dispositivos orgánicos diseminados a nivel provincial, aunando en el departamento u organismo del que dependan la variedad de dispositivos territoriales presentes en dicho ámbito territorial, conformando, con ellos, el concepto localizador de "Centro de trabajo"[15].

En el caso que nos motiva, en el momento en el que la organización sindical promotora de las elecciones representativas está considerando como circunscripción electoral el ámbito geográfico provincial, está acatando los mandatos legales al respecto establecidos puesto que la circunscripción electoral, queda normativamente establecida con la localización del centro de trabajo en su consideración legal laboral[16], no obstante, haber quedado

[15] En las elecciones objeto de nuestro análisis, nos encontramos con unas dependencias directivas y organizativas localizadas en las Delegaciones Provinciales comprensivas de sus propias instalaciones y las de los dispositivos externos que conforman los Centros de Empleo, Oficinas de Empleo, Oficinas Locales de Empleo, Centros de Formación y Escuelas de Formación diseminadas entre la capital y las localidades de la provincia en las que actúan, conllevando una elaboración censal centralizada en la Delegación Provincial de Empleo.

[16] STS de 19 de marzo de 2001 (RJ. 3385), a título de ejemplo.

cuestionada[17] en cuanto a la vigencia aplicativa de la norma que regula la localización de centro de trabajo en el ámbito de la Administración Pública.

Resultando determinante la existencia empleadora para ubicar el lugar de celebración electoral así como el ejercicio del cargo representativo, en el caso de elecciones representativas en la Administración Pública, la atención al centro de trabajo se ha visto afectada por la derogación establecida en la Disposición Derogatoria Única, letra c) del Estatuto Básico del Empleado Público, en su versión inicial de 2007 que derogó la vigencia de la Ley 9/1987, que regulaba la consideración, "*en adecuación a las actividades de organización específica de la Administraciones Públicas en las elecciones a representantes de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*", del centro de trabajo como unidad de referencia electoral.

Diversas sentencias traídas a colación en el Laudo arbitral AAC 6/2015 de Cádiz, acumulación de impugnaciones: 9/2015, 10/2015 y 14/2015, de 31 de marzo de 2015, árbitro D. Antonio Álvarez del Cubillo, mantienen la vigencia de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987, al indicar que la derogación no afecta a los órganos de representación del personal laboral al servicio de las administraciones públicas al subsistir inalterada la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 1844/1994, que no ha sido derogada[18].

Para Gorelli Hernández, J., árbitro en el acto electoral de preaviso número 77/2017, Laudo arbitral JGH 10/2017 de Sevilla, de 5 de mayo de 2017, la norma que establece la circunscripción electoral (DA 3ª RD 1844/1994), no ha sido expresamente derogada puesto que "*las alteraciones normativas producidas por el RD- Legislativo 5/2015, a través de su Disposición Derogatoria única y su Disposición Transitoria 5ª se refieren a los funcionarios, no al personal laboral (al igual que ocurría con el antecedente normativo inmediato de este RD-Legislativo, me refiero a la anterior Ley 7/2007). Lo que se ha derogado (y en parte mantenido en vigor transitoriamente) es el régimen jurídico del proceso electoral de órganos de representación de funcionarios*". A su juicio, "*resultaría anómalo que una derogación de normas sobre proceso electoral de funcionarios se extendiese al personal laboral, cuando éste no ha estado regulado en ningún momento ni por la Ley 9/1987, ni por el RD Legislativo 5/2015, ni por la anterior Ley 7/2007. Ni tan siquiera podría estimarse que se ha producido una derogación por la vía de la derogación general contenida en la letra f) de la Disposición Derogatoria única del RD- Legislativo*

[17] A título de ejemplo, Preaviso nº. 77/2017 de elecciones a órganos de representación de los trabajadores laborales de Catálogo del SAE en Sevilla.

[18] Cit. STSJ de Asturias (Social), núm. 1306/2012, de 27 de abril; STSJ de Navarra, núm. 396/2012, de 26 de noviembre, STSJ de Castilla- La Mancha, núm. 1448/2012, de 14 de diciembre.

*5/2015 (a tenor de la cual quedan a lo dispuesto en este Estatuto"), pues la Disposición Adicional 3ª del RES no se opone a lo previsto en el Estatuto del Empleado Público, dado que en materia de elecciones sindicales, este regula sólo al personal funcionario. Por lo tanto, no parece que haya sido la intención del legislador, en momento alguno, alterar la regla general relativa a las circunscripciones electorales provinciales del personal laboral de las AAPP (ni por el RD- Legislativo 5/2015, ni por la Ley 7/2007). De otro lado, cabe perfectamente entender que la DA 3ª RES está en vigor, pues si bien hay en ella una referencia a la DA 5ª de la Ley 9/1987, precepto hoy derogado, esa referencia es justamente eso, una referencia al marco legal existente en el momento en que se aprobó el RES, pero ha de quedar claro que la DA 3ª no es una norma que desarrolle a la Ley 9/1987, por lo que ha de estimarse que la DA 3ª está en plena situación de vigencia.*"

Consideración, en consecuencia, de las Delegaciones Territoriales de Empleo a nivel provincial como centros de trabajo localizadores de la actuación electoral y actividad representativa en cada proceso electoral planteado.

*IV.a).II. Unidad electoral desde el ámbito del empleado.*

El segundo planteamiento surge del cuestionamiento prácticamente unánime[19] del volumen de trabajadores afectados por las elecciones representativas en cuanto electores y elegibles puesto que el conjunto de trabajadores al que se dirigen los promotores electorales es considerado poco preciso o erróneo en su identificación y cuantificación.

Partiendo del concepto funcional de la representación unitaria en la empresa en cuanto instrumentos para ejercitar la acción sindical en dicho ámbito, bien en su vertiente negociadora o, bien, de conflicto, la tutela de su ejercicio queda conformada indistintamente[20] en su estructuración representativa colegiada a través del comité de empresa o individual mancomunada de los delegados de personal. Destinados funcionalmente a llevar a cabo las tareas de representación de intereses laborales de los trabajadores en la empresa, su legitimidad surge de la atribución legal de capacidades de actuación recibidas por el resultado de las elecciones que los envisten de poder representativo.

[19] A título de ejemplo, Preavisos electorales núm. 33/17, de la provincia de Almería; núm. 57/2017 de la provincia de Cádiz; núm. 189/2015, 55/17 y 84/17, de la provincia de Córdoba; núm. 31/17, de la provincia de Jaén; núm. 79/2013 de la provincia de Huelva; núm. 14491/2017 de la provincia de Granada; núm. 2981/17, de la provincia de Málaga; y núms. 346/2012, 103 y 164/15, 77/2017, de la provincia de Sevilla.

[20] Art. 62.2 ET y SSTS de 11 de abril de 1994 (RJ 2990) y de 16 de marzo de 1993 (RJ 1864).

Dependiendo del número y tipología[21] de trabajadores presentes en la empresa, la dimensión del instrumento representativo puede variar en su tamaño. De este modo, en empresas o centros de trabajo de más de diez trabajadores y menos de cincuenta, la representación queda atribuida a los "Delegados de Personal" en un número oscilable entre uno y tres delegados[22], mientras que en las empresas o centros de trabajo con un censo laboral de cincuenta o más trabajadores, la representación corresponde al órgano colegiado "Comité de Empresa" (art. 63.1 ET) cuyo número de miembros varía entre cinco y setenta y cinco, según la escala establecida en el art. 66.1 del ET realizada en función de la dimensión de trabajadores de la empresa. Dichos números de representación son, por tanto imperativamente impuestos por la ley (ius cogens) siendo nulos los actos o acuerdos entre las partes que los contradigan aunque sea para mejorarlos, encontrándose en esta tesitura el procedimiento electoral promovido en las totalidades de los centros de trabajo provinciales del SAE.

No cuestionándose en ninguno de los procesos electorales la tipología de trabajadores afectados- cuestión igualmente abarcadora de la dimensión del órgano de representación además de otro de los elementos esenciales del proceso electoral cual es la existencia de uno o varios colegios electorales en cuanto composición profesional de la plantilla- el número de trabajadores designados en el censo electoral es el que va a determinar el tipo de elección a realizar en cuanto parcial o total.

Conviviendo en la ASAE personal laboral indefinido fijo- procedente de los Consorcios UTEDLT[23]- y personal laboral indefinido no fijo- procedente de los Consorcios Escuela[24], de la Fundación andaluza Fondo Formación

[21] El número de trabajadores que determinan el tipo de órgano y número de representantes a elegir requiere concretar si en el cómputo se integran los trabajadores fijos y temporales o sólo los primeros, o bien, los trabajadores vinculados por relación fija- discontinua. Al respecto, el art. 72.1 ET reconoce la extensión inclusiva, tanto a los trabajadores fijos de plantilla ordinarios, como a los fijos discontinuos y a los vinculados por contrato de duración determinada, ya sea a jornada completa o parcial.

[22] También se puede elegir un delegado de personal en las empresas de seis trabajadores, al menos, y hasta un total de diez, si así lo deciden los trabajadores por mayoría (art. 62.1 ET).

[23] SSTS de 17 de febrero-2014 (rec 142/2013 y 143/2013 Pleno), -seguida, entre otras, por la SSTS/IV 18- febrero-2014 (rco 151/2013, Pleno), 18-febrero-2014 (rco 228/2013, Pleno), 19-febrero-2014 (rco 150/2013, Pleno), 20-febrero-2014 (rco 116/2013, Pleno) 26-marzo-2014 (rco 158/2013); 15-abril-2014 (rco 86/2013); 16-abril-2014 (rco 152/2013); 16-abril-2014 (rco 261/2013); 20-mayo-2014 (rco 153/2013); 24-junio-2014 (rco 270/2013); 25-junio-2014 (rco 223/2013); 26-junio-2014 (rco 219/2013); 23-setiembre-2014 (rco 309/2013), 11-diciembre-2014 (rco. 258/2013), 3-febrero-2015 (rco. 262/2013) o 20 mayo 2012 (rco. 1/2014)], y STS de 15 de octubre de 2015 (rco 38/2014), hasta treinta sentencias.

[24] Capítulo III del Convenio Colectivo del Consorcio Escuela de la Madera de la Junta de Andalucía en Encina Reales (Córdoba). BOP núm 80, de 7 de mayo de 2007.

y Empleo[25], así como personal procedente de la propia ASAE en cuanto personal contratado para apoyar uno de los ejes de actuación de los servicios públicos de empleo- personal Asesor y Promotor de Empleo[26]-, el cómputo de trabajadores de la ASAE para la elaboración del censo electoral se realiza en todo este proceso tomando en consideración el aumento de plantilla que ha supuesto la incorporación a la ASAE[27] de toda esta tipología de personal procedente de otros entes institucionales o de contrataciones temporales prorrogadas, como sabemos, dándose lugar, con esta consideración global de aumento de plantilla, a la impugnación de la decisión electoral, además de por la falta de delimitación de la circunscripción electoral, por la consideración de un censo electoral no exactamente coincidente con el ámbito funcional actual de la empleadora.

Al asumir la ASAE derechos y obligaciones de entidades diversas nos topamos con un procedimiento que, ante todo, debe perseguir la protección de los trabajadores respecto al mantenimiento de su derechos en caso de cesión de empresas- o entes[28]- lo cual supone atender a la actuación de la representación de cada colectivo que vela por el cumplimiento de los intereses laborales conveniadamente regulados en entidades que conservan su autonomía de gestión y de representación.

Alegando la promotora aumento de plantilla del centro de trabajo, se está forzando, a las representaciones en ese momento existentes y como primera consecuencia de la decisión sindical, a dimitir de su mandato a fin de concurrir a elecciones globales para elección de mandatos que no necesariamente han debido de haberse agotado, debiendo de tomarse en consideración, y además, que en este caso deben de regir las reglas generales de mantenimiento de garantías de los cargos durante el tiempo imprescindible para la elección del nuevo órgano de representación que nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce en el art. 68 del ET para el caso de extinción involuntaria del mandato en caso de que en la empresa cesionaria no haya representación de los trabajadores, aspecto éste que, como sabemos no es el dable en el caso objeto de estudio.

---

[25] STS 68/2013- Roj: STS 2190/2015), de 17 de marzo de 2015. FD. Segundo in fine) y Auto de Aclaración de la STS 68/2013, de 30 de junio de 2015 (Roj: AATS 6483/2015).

[26] Sala IV. Sentencia de 21 de abril de 2015. Recurso 1235/2014. (ROJ: ECLI:ES:TS: 2015:2362); Sala IV. Sentencia de 22 de abril de 2015. Recurso 1161/2014 (ROJ: ECLI:ES:TS:2015:2478); Sala IV. Sentencia de 27 de abril de 2015. Recurso 1458/2014 (ROJ ECLI:ES:TS:2015:2471); Sala IV. Sentencia de 28 de abril de 2015. Recurso 2522/2014 (ROJ ECLI:ES:TS:2015:2468); Sala IV. Sentencia de 20 de mayo de 2015. Recurso 2273/2014 (ROJ ECLI:ES:TS:2015:2470).

[27] Aún no del todo finalizada en el momento de preavisar al mismo tiempo todos los procesos electorales de cada provincia, por encontrarse aún en tramitación judicial procesos de despido de personal que ha debido de quedar integrado en la ASAE tiempo atrás.

[28] A tenor de lo establecido en la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, del Consejo,

Concibiendo, con ello, como detonante de la promoción electoral no el aumento de plantilla sino, más bien, la asunción por subrogación- Consorcios Escuelas, Consorcios UTEDLT y FAFFE- y destino por origen y decisión judicial- Asesores y Promotores de Empleo- de personal procedente de entidades diversas, los derechos y obligaciones de cada uno deben de quedar primados respetando la autonomía organizativa de cada colectivo actualmente presente[29], así como las naturalezas contractuales y los regímenes jurídicos específicos de cada colectivo integrado.

Provocadas elecciones representativas con un censo electoral que cuenta para unos trabajadores con representación vigente y, para otros, ya finalizada pero prorrogada y con mandatos en vigor[30], nos encontramos con una situación que resulta contraria "*al principio de correspondencia y al ámbito personal que obliga a que el ámbito de actuación del órgano de representación se corresponda con el de afectación del conflicto o de la negociación, circunstancia que no sucedería con la pretendida única convocatoria e incorporación al citado censo de colectivos que se rigen por distintos convenios colectivos*"[31].

Si bien la promoción de elecciones puede hacerse para renovar la totalidad de la representación de la empresa o centro de trabajo, o bien, para la renovación de parte de la misma, las causas que legitiman las convocatorias electorales están legalmente recogidas en los arts. 67.1.4º y 5º ET y art. 1. RD 1844/1994 de modo, igualmente, cerrado, esto es, a partir de los seis

[29] Para los trabajadores de los Consorcios Escuela, Consorcios UTEDLT y FAFFE-, la propia normativa de traspaso subrogado regula la normativa objeto de aplicación en la regulación de sus relaciones laborales. A éste respecto, Vid. Decreto Ley 5/2015, de 15 de septiembre, y Resolución de 20 de abril de 2011, Para el personal Asesor y Promotor de empleo, Vid. Supra sentencias del Tribunal Supremo.

[30] En la provincial de Córdoba, por cuestión de proximidad de la fuente prospectiva, se encuentran vigentes en la Agencia SAE, los respectivos Comités de Empresa de tres de los colectivos de personal laboral integrados en la Agencia SAE, en concreto, el Comité de Empresa del colectivo procedente de los técnicos Promotores y MEMTA (elecciones con preaviso número 189/15 y de Acta electoral número 256/15); Comité de Empresa de la extinta FAFFE (elecciones con preaviso número 5/2016 y Acta electoral nº 54/2016), ambos colectivos de personal laboral sujetos a su propio convenio colectivo, el primero y segundo al del VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía (BOJA Núm. 110, de 8 de junio de 2005), y el tercero al Convenio Colectivo de la FAFFE (BOJA Núm. 30 de 12 de febrero de 2008), además de encontrarse prorrogada la representación del colectivo del personal del Consorcio de la Joyería (Convenio Colectivo en BOJA Núm. 30, de 7 de febrero de 2000); del colectivo del Consorcio Escuela de la Madera (Convenio Colectivo en BOJA Núm. 80, de 7 de mayo de 2007), y del colectivo del personal laboral de los Consorcios de las UTEDLTs de Andalucía (Convenio Colectivo en BOJA Núm. 7, de 10 de enero de 2008).

[31] Fundamento Segundo del Laudo de 24 de abril de 2017, de la provincia de Jaén. Preaviso electoral 8/17 y 12/17.

meses desde la iniciación de la actividad en un centro de trabajo (al proceder por subrogación o sentencia judicial declarativa de nulidad del despido, la antigüedad de cada trabajador que está integrado en la ASAE es superior a este período); por agotamiento del mandato de sus integrantes, permaneciendo mientras tanto prorrogado el mandato de los representantes salientes; cuando se declare la nulidad del proceso electoral por procedimiento arbitral o, en su caso, por el órgano jurisdiccional competente; cuando se revoque el mandato electoral de todos los representantes de una empresa o centro de trabajo conforme a lo previsto en el art. 67.3 ET, por renovaciones parciales, esto es, cuando se produzcan en el órgano de representación, vacantes producidas por dimisiones, revocaciones parciales, ajustes en la representación por aumento o disminución de plantilla- en función de las escalas establecidas en los arts. 62.1 y 66.1 ET-, puestos sin cubrir, fallecimiento (arts. 67.1 ET y 1.2 RD 1844/1994), sin que se contemple legalmente, renovaciones totales por aumento de plantilla alegado por la promotora. A ello debemos añadir que en caso de elecciones parciales, sólo serán permitidas cuando los cargos necesarios de cobertura no hayan podido ser cubiertos por los trámites de sustitución automática previstos en el art. 67.4 ET, esto es, accediendo el siguiente en votos, en caso de delegado de personal, o en la misma candidatura, en caso de elección para Comité de Empresa.

No obstante, informada la empresa[32] del propósito electoral, en el plazo de siete días, debe dar traslado de la convocatoria a los trabajadores que deban constituir la mesa electoral, poniéndolo, a su vez, en conocimiento de los promotores (art. 74.1 ET) y remitiendo a los componentes de la mesa electoral el censo laboral en modelo normalizado (art. 74.2 ET).

Siendo el censo electoral, como ha señalado el árbitro en el laudo AMC, de Córdoba, de 26 de abril de 2017, Acta 256/15, "*el presupuesto básico para la celebración de elecciones sindicales ya que del mismo se desprende, no solamente la posibilidad de celebrar elecciones, según su número, sino también, el colectivo llamado a ser representado*", desde el momento en el que los promotores comunican a la empresa la decisión de promoción de elecciones ésta debe de elaborar y entregar a la Mesa el censo electoral que considere pero que ha debido elaborar siguiendo las indicaciones reguladas en el art. 69 ET puesto que carece de competencia para la determinación de las unidades electorales que puedan concurrir a las elecciones, sí siendo competencia de la Mesa electoral, determinar la corrección o no del ámbito electoral a través del censo facilitado dado su carácter vigilante y garante del todo el proceso electoral (art. 73.2 ET).

[32] También a la Oficina Pública dependiente de la Autoridad Laboral (art. 67.2 ET).

Es, por tanto, a los promotores de las elecciones a los que les corresponde la delimitación de la unidad electoral, a tenor del art. 67.1 del ET, al comunicar a la empresa y a la Oficina Pública dependiente de la autoridad laboral, su propósito de celebrar elecciones puesto que debe "*identificar con precisión*- y en modelo normalizado (art. 74.2 ET)-, *la empresa y el centro de trabajo de ésta en que se desea celebrar el proceso electoral y la fecha de inicio de éste*", como requisito indispensable para la validez del preaviso, siendo la empresa, a su vez, quien elabora el censo en función de la delimitación de la unidad electoral que ha manifestado la promotora en su comunicación y la Mesa la que debe velar por la correcta delimitación de la unidad electoral propuesta. Empero, como la Mesa no tiene datos propios sobre el número y circunstancias de cada trabajador de la unidad productiva de referencia, debe apoyarse, a su vez, en los datos que le aporte la empresa como información necesaria para la correcta elaboración del censo correspondiéndole, en consecuencia, a los legitimados electores del proceso electoral, por sí mismos o a través de sus representantes sindicales, constatar que el censo es realmente comprensivo de la exacta plantilla que ellos hayan considerado- de ahí su necesaria publicidad (art. 74 ET y 5 y 6 RDL 1844/1994), pudiendo, en caso de discrepancia, ejercitar las acciones reclamatorias e impugnatorias oportunas para su depuración, puesto que un error en su configuración determina la nulidad del proceso electoral, tanto por inclusión de quien no debía estarlo, como por exclusión de quien debe figurar en el mismo.

Importancia del censo electoral, en consecuencia, que conlleva, no solo, la posibilidad de celebrar o no elecciones, sino, además, a la determinación de la unidad electoral y del tipo de elección a realizar, bien de delegados de personal, o de comité de empresa (arts 62.1 y 66.1 ET), la distribución en colegios electorales y, en definitiva, el número de delegados o de componentes del comité de empresa como actualmente se está dirimiendo por vía extra o judicial en la ASAE..

**IV.b) Vigencia de los Convenios Colectivos existentes.**

Localizado el centro de trabajo de la empleadora, en este caso pública, en las dependencias del departamento u organismo provincial que aúne a todos los trabajadores organizativa y directivamente dependientes, calibrado a través de la asignación de un único número de cuenta de cotización identificativo de la parte empleadora, otro requisito delimitador de la circunscripción electoral, es la afectación a un mismo convenio colectivo[33].

[33] La STS, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 2011 (Rec. Casación núm. 3369/2009) establece como "*excepción clara a la regla de definición de centro de territorio y por dependencia la de no compartir convenio colectivo*".

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la DA Tercera del Real Decreto 1844/1994, en íntima conexión con lo establecido en la DA Quinta de la Ley 9/1987, se constituirá un único centro de trabajo con la totalidad de los establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radique en una misma provincia "*siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo Convenio Colectivo*".

En efecto, establece la norma, como requisito complementario para delimitar la circunscripción electoral e ineludible para celebrar el proceso electoral con todas las garantías legales, la afectación al centro de trabajo de un mismo Convenio Colectivo vigente para el colectivo objeto de elección o renovación electoral..

Inicialmente cada colectivo laboral insertado en la ASAE que cuente con Convenio Colectivo vigente, no resulta susceptible de conformar una misma y única circunscripción electoral al no existir un único Convenio Colectivo que aúne a todo el personal laboral de la ASAE[34], puesto que si hay diferentes Convenios Colectivos se mantiene la división de circunscripciones electorales (Laudo JGH 10/2017) que no considera factible la promotora de las presentes elecciones totales.

Dado que el derecho a la negociación colectiva se atribuye a la representación legal de los trabajadores (STC 118/1 983, de 13 de diciembre), que garantiza, conforme al art. 37.1 CE, la fuerza vinculante de los convenios al ser fuente normativa del derecho, e imponerse su contenido a las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación, la negación de la existencia representativa y su convenio subyacente puede suponer un vicio grave (art. 29 RDL 1844/1994), al posibilitar la derogación *in peius* del Convenio por parte del contrato individual de trabajo firmado con la empresa.

Teniendo en cuenta que la normativa referente a "*personal de catálogo*", en cuanto unidad electoral indicada en la promoción electoral, no se ha desarrollado tal y como establece la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público que insta a la administración a respetar los convenios colectivos existentes en las entidades subrogadas al SAE "*en tanto*

[34] En el mismo sentido se pronuncian los siguientes laudos arbitrales:1) Laudo JGH 48/2012 (impugnación nº 5.779) de D. Juan Gorelli Hernandez respecto a elecciones celebradas en la Agencia SAE de Sevilla; 2) Laudo 03/14 (expediente 92/2013) de D. José Vidal Angulo respecto a elecciones celebradas en la Agencia SAE en Huelva; 3) Laudo AAC/6/2015 de Don Antonio Álvarez del Cuvillo respecto a elecciones celebradas en la Agencia SAE de Cádiz; 4) Laudo de 21 de abril de 2017 de D. Gregorio Moreno Cárdenas (nº de preaviso 14.491) respecto a elecciones preavisadas en la provincia de Granada; 5) Laudo de 24 de abril de 2017 de D. Alejandro Carcelén Mediano, respecto de elecciones preavisadas en la provincia de Jaén.

*se apruebe un nuevo convenio aplicable al mismo*", el proceso electoral e, incluso el preaviso mismo, pueden resultar ilegales- y, por ende, anulados- por ser inciertos, indefinidos o faltos de concreción respecto a un censo que, en consecuencia, tampoco resulta legal por no existir en la actualidad, personal de catálogo de la Agencia SAE, sino, y más bien, personal laboral subrogado y destinado a la Agencia SAE.

El Catálogo de Puestos de Trabajo, conforme se establece en el Decreto 96/2011 de 19 de abril, es responsabilidad de su Presidente, según estipula el art. 10 i), del Decreto 96/2011, determinando del mismo modo en su artículo 39, que "*La Agencia, dentro del marco del Plan Inicial de Actuación, regulará la elaboración de la relación de puestos de trabajo y del catálogo, que serán públicos y comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Estatuto Básico del Empleado Público, y lo someterá a la consideración del Consejo de Administración, sin menoscabo de la negociación que proceda con las Organizaciones Sindicales representativas del personal*", no habiendo procedido en el momento del preaviso electoral- y de cierre de estas líneas- a iniciar dicho trámite, por lo que el Catálogo de puestos de trabajo resulta inexistente, dado que la promoción de las presentes elecciones con única convocatoria para todo el personal laboral existente en el SAE y la consecuente publicación de un único y genérico censo de trabajadores laborales, no se ajusta al mandato legal indicado ya que, en dicho censo, se incluye a todo personal con relación laboral actualmente activa en la Agencia SAE sin tener en cuenta que se rigen por distintos convenios colectivos de aplicación vigente y sus propios órganos de representación, algunos de los cuales ostentan mandatos recientemente renovados, lo que supone un acto contrario al principio de correspondencia del ámbito personal de actuación del órgano de representación de un convenio colectivo si consideramos a la Agencia SA E como unidad electoral.

Esta circunstancia no conllevaría actos anulables si atendemos específicamente al ámbito organizativo empresarial de regulación de las condiciones laborales que entraña la decisión empresarial, empero, nos encontramos con "*la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos* (que) *implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática*" [STC -de Pleno- 58/1985, de 30/Abril] [SSTS 24/01/92-rcud 1467/91] y, sobretodo, indisponible por las partes, ni siquiera de modo consensuado y cuya elaboración no debe impedir la parte empleadora. Pudiendo,

aun así, decidir junto con los trabajadores, negociar el Convenio Colectivo para todos los trabajadores de la empresa o a parte de ellos, existe en principio libertad para negociar por separado determinados grupos de trabajadores de una empresa que supone el respeto al principio de no discriminación (STC 136/1987, de 22 de julio), por lo que, llegado el momento negociador, la representación vigente con sus respectivos convenios, podría formar parte de la Comisión Negociadora única pero limitada a la disponibilidad de sus propios derechos reconocidos en su convenio.

No obstante, entendiendo el término legal "*representaciones*" referido, aunque no exento de críticas por la jurisprudencia, a las "*partes negociadoras*" y no a los "*miembros de la comisión negociadora*", (SS.TS de 23 de noviembre de 1993, Ar/8932; de 4 de octubre de 2001, Ar/2002/1 41 8; o de 17 de enero de 2006, Ar/3000; en contra, STS de 5 de noviembre de 2002, Ar/2003/759), resulta determinante su identidad por cuanto se trata de negociar un convenio colectivo de empresa- finalidad última de los procesos electorales propuestos aunque procedimiento distinto al inicial momento electoral.

El proceso negociador, que puede llevarse a cabo, alternativa y no acumulativamente (STS de 14de julio de 2000, Ar/9642), bien por la representación unitaria (el comité de empresa o los delegados de personal, en su caso), bien por la representación sindical, mediante las secciones sindicales de los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma y de los que tengan representación en el comité de empresa o en los delegados de personal: Art. 8.2.b) de la LOLS) (Art. 87.1 del ET) requiere la presencia de, al menos, un solo miembro en el comité de empresa o un solo delegado de personal (STS de 5 de marzo de 2007, Ar/2 128), según se determinen los niveles de representatividad existentes en el momento de constituir la comisión negociadora (STS de 22 de diciembre de 2008, Ae/7 172). Sin embargo, en el proceso electoral, la promoción la puede realizar (art. 67 ET), bien, los sindicatos más y suficientemente representativos, bien los trabajadores por acuerdo mayoritario, por lo que la falta de consideración del Convenio Colectivo como unidad de medida electoral provoca la sustitución de la representación unitaria por la sindical, en la medida en que éstas están legitimadas para disponer de la unidad electoral y aquellos no.

Como ya hemos analizado, si bien es la mesa electoral la encargada de vigilar la legalidad del proceso electoral, la falta de información y conocimiento sobre la conformación del censo unido a la más que probable falta de formación sobre los medios de control que puede ejercer sobre el proceso electoral[35] hacen que finalmente, la legitimación electoral quede al

[35] Recordemos que la mesa electoral está formada (art. 73 ET y 5 RDL º1844/1994), por el trabajador de más antigüedad en la empresa que ejercerá en el proceso electoral de Presidente,

albur de posibles consensos entre la empleadora y la o las organizaciones sindicales más o suficientemente representativas ante la indefensión de la representación unitaria que puede verse despojada de su ámbito de aplicación, cual es, el propio convenio colectivo, si no aprecian indicios de ilegalidad recurriendo e impugnando la iniciativa o el propio proceso electoral.

## V. RECLAMACIÓN ELECTORAL

Las vías de reclamación en nuestro Ordenamiento Jurídico quedan establecidas en el art 76 ET y 28 y ss RDL 1844/1994, para el procedimiento arbitral y 127 y ss de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011), para el procedimiento judicial con objeto de solventar las posibles irregularidades formales: o materiales que puedan surgir durante el procedimiento electoral.

Dos son, en esencia, las vías de reclamación en materia electoral: el procedimiento arbitral (art. 76 ET) y el procedimiento judicial (art. 127 y ss. LRJS), ambos por causas tasadas legalmente.

En los procesos electorales ante la ASAE, se ha acudido al procedimiento arbitral, no obstante abrirse también, indistintamente por alguna de las partes legitimadas en el proceso electoral, la vía judicial.

Encontrándonos en un conflicto de intereses de carácter general de un colectivo de trabajadores ordenados en torno a un elemento homogeneizador (Convenio Colectivo), la resolución de la perturbación de sus intereses pasa por una decisión imparcial y mínimamente argumentada de la discrecional decisión de alguna de las partes negociadoras de tal modo que, a la hora de negociar cualquier asunto laboral, éstas, al igual que el árbitro, deben respetar cuantos límites legales y condicionamientos jurídicos imperen por Ley. Si bien las partes gozan de libertad de acordar las condiciones de trabajo y la regulación de las relaciones laborales en la empresa "*dentro del respeto a las leyes*" (art. 9.3 de la C.E y art. 85.1 ET), también la decisión arbitral queda condicionada por el imperio de la Ley puesto que, actuando en sentido contrario, el laudo resultaría "contra legem" y, como tal, de imposible trámite obligado para su aplicación.

así como, dos trabajadores electores de mayor y menor edad que ejercerán de vocales, y que no tienen por qué tener conocimientos específicos sobre procedimiento electoral en la empresa.

Comenzando por la vía arbitral, las argumentaciones esgrimidas en los diferentes actos arbitrales[36], han dado lugar a variados procesos judiciales, aún en proceso, sobre este mismo asunto electoral, esencialmente basados en la delimitación de la circunscripción electoral, así como en la vigencia y ámbito de aplicación del convenio colectivo objeto de aplicación.

Las Sentencias 533/2013, JS de Almería; 12/2014, JS Sevilla; 331/2015, JS núm. 2 de Jaén y Sentencia de autos 331/, 333 y 334/15; entre otras mantienen que el SAE, en su conjunto, no constituye propiamente unidad electoral por cuanto coexisten distintos Convenios Colectivos diferenciados para cada uno de los colectivos integrados que determinan la unidad electoral. Por tanto, el objeto de la litis se centra en la determinación del Convenio objeto de aplicación así como el ámbito subjetivo del mismo y, por ende, la determinación de la unidad electoral objeto de elecciones a celebrar.

Versado el proceso electoral sobre la aprobación de un Convenio Colectivo único para la variedad de colectivos de personal laboral que se ha visto obligado o ha decidido asumir la ASAE, como sabemos, la resolución del conflicto en este caso, y en la medida en que se pretenden regular derechos laborales por vía paccionada, sólo se puede producir por vía extrajudicial de modo inicial, bien mediante negociación directa, bien mediante mediación, conciliación o arbitraje, no procediendo la vía directa judicial puesto que en ese caso, el juez ejercería una función excedida de la propia reconocida de interpretación y aplicación de las fuentes del Ordenamiento Jurídico convenientes para el Poder Judicial, en cuanto se desarrollan estos conflictos al margen del Derecho stricto sensu pero no del ámbito paccionado legal.

No obstante lo expuesto, en cuanto que el Convenio Colectivo único no existe aún, la situación conflictiva se ha derivado hacia la naturaleza conflictual jurídica, en la medida en que discurre sobre la aplicación e interpretación del RDL 1844/1994, en su Disposición Adicional Tercera pudiéndose, en este caso, resolver, tanto por la vía judicial como por la extrajudicial[37] debiendo considerar que son actos impugnables judicialmente, la elección y las decisiones de la mesa o su actuación a lo largo del proceso electoral alcanzando a todo el proceso electoral en el amplio sentido de la tramitación, incluido el preaviso, aunque el proceso electoral se inicia con la constitución formal de la mesa.

[36] En el momento del cierre de estas líneas, sólo falta por pronunciarse el laudo arbitral de la impugnación llevada a cabo en la provincia de Córdoba cuyo acto arbitral fue celebrado el pasado día 19 de mayo de 2017.

[37] S.AN. de 9 de febrero de 2000.

La obligatoria vía arbitral ha derivado, en su momento final, en el cuestionamiento de las vías de reclamación electoral por cuanto el preaviso no forma parte aún del efectivo proceso electoral. En este sentido, el laudo del preaviso 29/81/17, de la provincia de Málaga, amparándose en el pronunciamiento del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 10 de noviembre de 2009, establece que la promoción de elecciones sólo puede combatirse por la vía judicial del art. 127 y ss de la LPL y no por el procedimiento arbitral previsto en el art. 76 del ET, puesto que el momento procedimental objeto de impugnación no se corresponde expresamente al de un proceso electoral-surgido a partir de la constitución de la Mesa electoral (art.74.1 ET)- si no, ante un momento previo al inicio del procedimiento electoral con la constitución de la Mesa, por lo que la impugnación del preaviso de elecciones representativas en la empresa no ha de seguir los cauces del procedimiento electoral arbitral previsto en el art. 76 ET, si no el directo judicial al no tratarse propiamente de "*materia electoral*" quedando, además, expedita la vía del cauce específico del art. 182 LPL para el supuesto de reclamación sobre decisiones de la mesa o resultados electorales.

Doctrina rechaza actualmente y desde el legislador de 2011 que parece desconocer dicho árbitro, por cuanto que el art. 127.2 LRJS expresamente recoge el sometimiento a arbitraje de "*todas las impugnaciones relativas al proceso electoral desde la promoción de las elecciones, incluida la validez de la comunicación a la Oficina Pública del propósito de celebrar las mismas, así como todas las actuaciones electorales previas y posteriores a la constitución de la mesa electoral y las decisiones de ésta y la articulación de los resultados hasta la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral*", por lo que el preaviso resulta ser materia electoral a los efectos aquí planteados.

El hecho de que la actuación arbitral suponga la resolución del conflicto por un tercero, implica la necesidad de garantía de su actuación y resolución-Laudo-. Debiéndose basar su decisión en el principio de congruencia procesal, el árbitro debe evitar caer en la incongruencia "*ultra petita*" al poder conceder más de lo solicitado por las partes o menos de lo ofrecido por ellas mismas, siendo por ello necesario establecer pautas de actuación de esta figura desde antes, incluso, de su intervención ya que la solución que impone este tercero dirimente no debe de ser arbitraria ni baladí al venir las causas de impugnación del laudo arbitral, aún siendo amplias, tasadas y concretas, debiendo sobre ellas de versar su decisión.

El art. 76.3 ET se refiere al arbitraje en materia electoral, estableciendo que los árbitros serán designados conforme al principio de neutralidad y profesionalidad entre licenciados en Derecho y Graduados Sociales o titulaciones equivalentes, mediante acuerdo unánime de los sindicatos

más representativos y suficientemente representativos. En caso de falta de acuerdo en la designación, será la autoridad laboral la competente para nombrar al árbitro con arreglo a los principios de imparcialidad, neutralidad y profesionalidad, contando con la participación de los sindicatos en ese nombramiento. Cuestionada la neutralidad, el legislador prevé la posibilidad de recusación por causas comunes.

Igualmente destacar que en el acto arbitral, también deben de ser comunes los principios rectores del procedimiento arbitral, esto es, gratuidad, celeridad, igualdad procesal, audiencia de las partes, contradicción e imparcialidad, y por supuesto el respeto a la legislación vigente y a la Constitución, por lo que la figura arbitral debe denotar, en síntesis, actuación responsable y profesional entendido, poco cumplido en los procesos impugnatorios de la ASAE, bien por falta de rigor informativo jurídico, bien por ausencia de cumplimiento legal en elementos tan esenciales como el temporal[38] que precipita todo el proceso electoral hacia la nulidad por incumplimiento de preceptos legales de obligado cumplimiento.

Finalmente, destacar que los sujetos legitimados para interponer la reclamación son los sujetos que tengan un interés directo (incluida la empresa que ya hemos visto que ha participado en algunas circunscripciones provinciales en el momento de constituirse las mesas electorales) habiéndose impugnado en ocasiones la legitimación activa por considerar carente de legitimidad a los promotores o, incluso, a los impugnantes por falta de representatividad[39].

Pronunciados laudos arbitrales en la mayoría de las provincias de ámbito de actuación de la ASAE, se ha acudido con carácter prácticamente general a la vía judicial, en ocasiones por la actuación activa de los trabajadores, en otras de la promotora, por considerar vulnerados algunos de los motivos tasados regulados en el art. 128 de la LRJS (indebida apreciación o no apreciación por el árbitro de las causas del art. 76.2 ET; Pronunciamiento sobre cuestiones no sometidas al árbitro o que exceden el objeto del arbitraje; Promoción del arbitraje fuera de plazo; Violación de los derechos a alegar o probar en el procedimiento arbitral), habiendo a fecha de cierre de esta inscripción solo un pronunciamiento judicial relativo a elecciones totales representativas en la ASAE- SJS núm. 2 de Jaén 269/17- por motivos relativos a la legitimación para impugnar el laudo.

[38] El art. 42 del RDL establece un plazo de citación y de resolución de veinticuatro horas y tres días, respectivamente, no obstante, no haber sido seguido en ninguno de los procesos referidos, llegándose, incluso, a superar, el año de espera resolutoria de laudo arbitral.

[39] Laudo JGH, núm. de Preaviso 346/2012, de 10 de octubre de 2012, de Sevilla.

## VI. CONCLUSIONES

Tras el análisis estructural y circunstancial de la Agencia SAE, la conclusión extraída no dista de la simple interpretación de la norma objeto de aplicación: Se deben celebrar elecciones representativas separadas e independientes para cada uno de los colectivos presentes en la ASAE que promuevan elecciones a renovación de Comité de Empresa, determinadas por el ámbito subjetivo de aplicación de cada respectivo Convenio Colectivo vigente.

Aunque se trate de centros de trabajo y ámbito funcional idénticos, el ámbito subjetivo es distinto. Al subrogarse a la ASAE diferentes colectivos, cada uno conserva sus respectivos derechos y obligaciones insertados en su respectivos y distintos Convenios Colectivos, no resultando ajustado a derecho, en consecuencia, un preaviso total de una unidad aún no conformada.

# LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO. SU INCIDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

FARAH AMAADACHOU KADDUR

*Profesora Ayudante Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Granada

ÍNDICE

1. MARCO JURÍDICO
   1.1. LA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO DEL CONVENIO COLECTIVO PARA PROCEDER A LA INAPLICACIÓN
   1.2. LAS MATERIAS SUSCEPTIBLES DE SER INAPLICADAS
   1.3. LOS PRESUPUESTOS LEGALES HABILITANTES
   1.4. OTROS ASPECTOS RELEVANTES Y CONTROVERTIDOS
2. BALANCE SOBRE LA INCIDENCIA DE LA INAPLICACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA
3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

## 1. MARCO JURÍDICO

Como antecedentes inmediatos debemos de remontarnos, por un lado, al Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva (AMI) de 5 de enero de 1980 en el que se establecía una subida salarial pero acompañada de una sugerente advertencia, en la medida[1] en que no sería de necesaria y obligada aplicación para las empresas que acreditasen objetiva y fehacientemente situaciones de déficit o pérdidas mantenidas en los ejercicios contables de 1978 y 1979. Y se tenían en cuenta las previsiones para 1980. En estos casos, se trasladaba a las partes la fijación del incremento de salarios.

En aras de una mayor concreción y en lo relativo a la valoración de la situación empresarial se tomaban en consideración, por ejemplo, el insuficiente nivel de producción y ventas y se atendía a los datos resultantes de la contabilidad de las empresas, así como sus cuentas de resultados o sus balances y, en los supuestos de discrepancia sobre la valoración de dichos datos se podían utilizar informes de auditores o censores de cuentas, atendiendo a las circunstancias y dimensiones de las empresas.

Por otro lado, el Acuerdo Nacional sobre Empleo (ANE) de 9 de junio de 1981, en el que se contemplaba la cláusula de inaplicación salarial en los términos previstos en el AMI[2], con escasas correcciones como, por ejemplo, en las empresas de menos de 25 trabajadores, se sustituye el informe de auditores o censores jurados por la documentación necesaria para verificar las pérdidas que se alegaban[3]. Del mismo modo, esta redacción fue incorporada por el Acuerdo Interconfederal (AI) de 15 de febrero de 1983 y, en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 1985-1986[4] integrante del Acuerdo Económico y Social (AES) de 9 de octubre de 1984, que se constituye también como otro de los antecedentes[5] más destacados de la figura del descuelgue salarial. A partir de este AES, las pertinentes autorizaciones para llevar a cabo

[1] SEMPERE NAVARRO, A.V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue salarial. Estudio de su régimen jurídico en la Negociación Colectiva*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 14.

[2] ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: "El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios", en, VV.AA., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pág. 239.

[3] BAYLOS GRAU, J.A.: "Cláusulas de descuelgue", en, VV.AA., *Reforma laboral y negociación colectiva. VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, págs. 107-108.

[4] POSE VIDAL, S.: *"La cláusula de descuelgue salarial en tiempos de crisis económica"*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 784, 2009, pág. 2.

[5] OJEDA AVILÉS, A: *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 465-466.

el descuelgue en las empresas en situación de dificultad por parte de convenios sectoriales van a ser frecuentes.

Se puede afirmar con rotundidad que fue un claro referente para el legislador estatutario de 1994[6], cuyos objetivos primordiales eran la flexibilidad, para lograr un adecuado desarrollo de las relaciones laborales que permitiese su adaptación al escenario en el que se desenvuelven[7], la competitividad de las empresas y la potenciación de la negociación colectiva[8]. En él se preveía la posibilidad para que aquellas empresas que se encontraban en situación de déficit o pérdidas en los dos años anteriores, pudiesen solicitar a las partes la fijación de un aumento salarial inferior al previsto en el Acuerdo Económico y Social de 1984, tomando en consideración la insuficiencia tanto del nivel de producción como el de ventas, la contabilidad de la empresa, sus balances y resultados.

A la luz de las reformas acaecidas durante los años 2010, 2011, 2012 y 2014, se ha podido corroborar, aún más si cabe, el alcance y la posición de centralidad que ocupan las cláusulas de inaplicación en el marco del Derecho flexible del trabajo, aunque desde planteamientos bien diferenciados[9].

A tales efectos, basta constatar como en la Ley 35/2010[10], de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, se intro-

---

[6] Para un estudio más detallado sobre las cláusulas de descuelgue salarial en la Ley 11/1994, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, me remito a BAYLOS GRAU, J.A.: "Cláusulas de descuelgue", en, VV.AA., *Reforma laboral y negociación colectiva. VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, op cit., págs. 109-121. Y, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "Ordenación del salario", en, VV.AA., VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 228-229.

[7] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Las cláusulas de descuelgue salarial ante la crisis económica", en, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Comares, Granada, 2011, págs. 478-480.

[8] GARRIDO PÉREZ, E.: *"La práctica negocial reciente sobre cláusulas de descuelgue salarial"*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 9, 1996, pág. 113.

[9] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: "Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo", en, VV.AA., *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC. La reforma laboral de 2012*, Madrid, 2012, pág. 14.

[10] OLARTE ENCABO, S.: "La reforma legal de la negociación colectiva y el cambio de modelo productivo", Ponencia presentada en las *XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Relaciones Laborales y Nuevo Modelo Productivo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Ronda (Málaga), 2010, págs. 12-18, en primer lugar, sintetiza de manera muy ilustrativa las modificaciones introducidas por la Ley 35/2010 en esta materia, y a continuación desarrolla cada una de ellas. Además, formula previamente una aclaración en torno a la modificación del art. 82.3 ET, y dice así: «el análisis de la nueva redacción pone de manifiesto que se ha optado por una descentralización, flexibilización y des-sindicalización del régimen de las cláusulas de descuelgue salarial».

Los cambios producidos los clasifica en cinco puntos:

ducen reformas en el art. 82.3 ET, dirigidas a favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial cuando la situación y perspectivas de la empresa pudieran verse dañadas debido al régimen salarial pactado, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo[11].

Hasta ese momento era necesario para el descuelgue salarial que la aplicación del convenio pusiera en peligro la estabilidad económica de la empresa, pero como se acaba de indicar, con la Ley 35/2010 era suficiente con que se pusiera en peligro la situación y perspectivas de la empresa, siempre y cuando afecte a las posibilidades de mantenimiento de los puestos de trabajo[12]. Cabe entender que el legislador reduce el nivel de exigencia al permitir la operatividad de este tipo de cláusulas ante futuribles previsiones[13] para la empresa, lo que resulta de difícil control[14], y con la consiguiente inseguridad jurídica que ello genera.

---

«1.-cambio del modelo regulador: descentralización plena, el convenio ya no puede regular el régimen de los descuelgues,

2.-cambio del supuesto habilitante y minimización del principio de causalidad y su control,

3.-cambio de reglas de legitimación para la negociación de los descuelgues: la apertura a los descuelgues en masa en las pymes y a los descuelgues unilaterales,

4.-cambio en las reglas de procedimiento y resolución de las discrepancias: hacia el arbitraje obligatorio,

5.-cambio en el contenido del acuerdo de descuelgue: el pretendido contrapunto garantista».

Sobre las modificaciones a raíz de la reforma laboral de 2010 en materia de inaplicación de las cláusulas salariales, véase también BAYLOS GRAU, A.: "Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio", en, VV.AA., BAYLOS GRAU, A. (Coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011, págs. 240-246; y ORTEGA PRIETO, E. y ORTEGA FIGUEIRAL, E.: *La reforma laboral 2010. Comentarios prácticos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, La Ley, CISS, Madrid, 2010, págs. 95-98, entre otros.

[11] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico", en, VV.AA., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2011, págs. 20-21.

[12] VV.AA.: *Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical 2011, Documento aprobado por la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 21 de diciembre de 2010*, 22 Cuadernos de información sindical, Editado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2011, pág. 30.

[13] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Cláusulas de descuelgue empresarial", en, VV.AA., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2011, pág. 240; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *"Mecanismos legales de descuelgue salarial"*, Actualidad Laboral, núm. 1, 1997, págs. 191-208.

[14] LÓPEZ ANIORTE, Mª.C.: "Descuelgue salarial", en, VV.AA., CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. (Coords.), *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, Laborum, Murcia, 2010, pág. 155.

Con motivo de ello, el legislador, partiendo de la importancia que revisten las cláusulas de inaplicación salarial, como herramienta de flexibilidad interna que pone en la balanza la pérdida de empleo o la pérdida del poder adquisitivo, se presenta como una alternativa[15] frente a la adopción de medidas más drásticas como es el recurso a la destrucción de puestos de trabajo[16] y, en definitiva, para que finalmente sea una opción real frente a medidas de flexibilidad externa[17].

El legislador, a la par que alude a su carácter de excepcionalidad, dirige sus esfuerzos a regular de forma más completa el procedimiento de descuelgue salarial y, al mismo tiempo, apela al empleo de medios extrajudiciales de solución de discrepancias[18], que naturalmente revisten una especial importancia como mecanismo para solventar las desavenencias que puedan surgir en la negociación[19].

Seguidamente, con la irrupción del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, con el fin de adaptar nuestro sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en el mercado de trabajo, realiza de nuevo otra reforma del art. 82.3 ET. En esta ocasión, en la línea de favorecer la flexibilidad interna negociada, e introduciendo novedades importantes referentes a las causas justificativas y al procedimiento a seguir[20].

---

[15] SEMPERE NAVARRO, A.V.: *"La cantinela de los 45 días de indemnización"*, Revista Trabajo - U. Huelva, BIBLID 1136-3819, 2009, págs. 131-132.

[16] MERCADER UGUINA, J.R.: "Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación de empresa", en, VV.AA., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 171.

[17] LÓPEZ ANIORTE, Mª. C.: "El nuevo régimen jurídico del descuelgue salarial tras la reforma laboral de 2010", en, VV.AA., MONTOYA MELGAR, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 295.

Según MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: *"El descuelgue salarial y la reducción temporal de jornada"*, Aranzadi Social, núm. 2, 2010, pág. 95, «la tesis que subyace en el descuelgue salarial consiste en que resultan preferibles los trabajadores que conservan su empleo, aunque sea con retribuciones menores, que nuevos parados».

[18] Para un análisis en profundidad véase al respecto GRANADOS ROMERA, Mª.I.: *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

[19] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial", en, VV.AA., PRADOS DE REYES, F.J. (Coord.), *XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2012, pág. 117.

[20] SALA FRANCO, T.: "La reforma de la negociación colectiva", en, VV.AA., GOERLICH PESET, J.M. (Dir.), *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 58-59.

Con el marco legislativo en vigor tras la reforma laboral introducida a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se vuelve a incidir sobre esta materia, pero con un giro radical en la reordenación de la configuración jurídica de las cláusulas de inaplicación, que analizaré de manera más detallada.

Para comenzar, resulta ser cuanto menos llamativa la argumentación esgrimida en el Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, cuando al referirse a las medidas dirigidas a favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo y, en concreto, las modificaciones operadas en materia de negociación colectiva, se dice que responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.

En atención a la propia literalidad empleada en este caso por la norma, nos revela un planteamiento rotundamente desacertado, en la medida en que identifica erróneamente a la negociación colectiva como un posible obstáculo para la acomodación de las condiciones laborales a las necesidades de la empresa. Sea como fuere, dejando a salvo las deficiencias de las que naturalmente puede adolecer nuestro sistema democrático negocial, en el acometimiento de su permanente y ardua labor de hacer frente a las exigencias de un entorno subsumido en un continuo cambio, que demanda nuevas y renovadas respuestas ante los desafíos emergentes, no se puede obviar el encomiable papel que ha cumplido y sigue cumpliendo la negociación colectiva como pieza clave y fundamental en el Derecho flexible del trabajo. En la medida en que coadyuva a la adaptación de las condiciones de trabajo a la realidad social en la que se desarrollan.

Más allá de la banalidad que pueden revestir simples apreciaciones, basta con remitirnos a la consolidada experiencia negocial en nuestro país, para corroborar que la negociación colectiva en general y, el convenio colectivo en particular, a lo largo del dilatado trascurrir de los años, han demostrado ser instrumentos eficaces en la difícil ordenación de las cada vez más complejas relaciones laborales. Todo ello debido a la combinación de las notas definitorias de los mismos, entre las que deben destacarse en líneas generales al menos las siguientes, su extraordinaria capacidad de adaptación a las exigencias del entorno en el que se desenvuelven, su dinamismo y como no, su carácter flexible que funciona como nexo de unión entre las condiciones pactadas en el convenio y el contexto en el que se suceden, permitiendo una mayor y mejor acomodación de las mismas[21]. Por consiguiente, de ninguna manera se puede

[21]LÓPEZ ANIORTE, M. C.: "La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales", en, VV.AA., CAVAS MARTÍNEZ, F. (Coord.), *La*

concebir la negociación colectiva como un obstáculo sino como todo lo contrario, un medio fundamental e imprescindible que contribuye a la gestión eficaz de las relaciones laborales y, por tanto, a la regulación de las condiciones de trabajo, acorde y en sintonía a la realidad en la que se desarrollan lo que, en definitiva, repercute positivamente en el bienestar social.

De igual modo parece que, del lenguaje empleado por el legislador en esta ocasión con motivo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, denota o subyace de fondo un interés inusitado por sufragar las necesidades que requiere especialmente la parte empresarial[22], asegurando al empresario la consecución de su decisión de modificar *ante tempus* el contenido pactado en el convenio[23], lo que nos demuestra, una vez más, su inspiración en las exigencias de la patronal[24].

Es por ello pues, que llama poderosamente la atención como, por ejemplo, en el Preámbulo de la citada ley se enfatiza la necesidad de adaptar los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, pero, sin embargo, se echa en falta ese mismo afán en la necesidad de preservar la imprescindible seguridad de los derechos y condiciones laborales de los trabajadores. Esta aseveración supone una abierta y franca apuesta por la acomodación del conjunto de condiciones laborales pactadas en el convenio, que rigen la situación jurídico-social del colectivo de los trabajadores, a las necesidades demandadas por la parte empresarial.

Se debe de apostar firmemente por una negociación colectiva capaz de responder al conjunto de los intereses de las partes implicadas, así como la abstención de cualquier tipo de consideración que permita tomar partido por los requerimientos provenientes de solo una de ellas. Lamentablemente la redacción introducida por el legislador reformista de 2012 responde de manera claramente prioritaria a las exigencias empresariales en detrimento de las condiciones laborales de la clase social trabajadora. Por este motivo, todos los esfuerzos deben dirigirse a potenciar aún más la función re-equilibradora de la negociación colectiva para lograr una combinación armónica entre la seguridad en las condiciones de trabajo, la productividad y la competitividad de las empresas, en el marco de un modelo democrático de relaciones laborales.

---

*reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Laborum, Murcia, 2012, pág. 156.

[22] Véase al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

[23] VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios", en, VV.AA., LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Reforma Laboral 2012: preguntas y respuestas*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pág. 156.

[24] GORELLI, J.: *"El proceso de reformas de la negociación colectiva en España"*, DERECHO PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, núm. 68, 2012, págs. 212-213.

Por tanto, queda fuera de toda discusión que la Ley 3/2012 supone una auténtica reordenación jurídica en la configuración de este tipo de clausulado, como así lo evidencia la ampliación de las causas que pueden ser invocadas indistintamente con independencia de la materia concreta que se vea afectada[25], así como la extensión del ámbito del convenio en el que se puede proceder a la inaplicación y la ampliación de las materias susceptibles de descuelgue, etcétera. Todo ello con el propósito de lograr su normalización para ofrecer una respuesta eficaz en aras a la defensa de la productividad, viabilidad económica y competitividad de las empresas. Desplazando a un segundo plano la necesidad de potenciarse como un mecanismo eficaz al objeto de conservar el mayor número posible de puestos de trabajo sin necesidad de tener que acudir a otro tipo de medidas mucho más drásticas para los trabajadores, como pueden ser tanto las de carácter suspensivo como las de naturaleza extintiva.

Tras la reforma operada por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, se introducen de nuevo modificaciones que inciden en el contenido del art. 82.3 ET y, más concretamente, se elimina una parte del contenido de la redacción anterior pero se incorpora el siguiente párrafo: «La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 –del ET-, en el orden y condiciones señalados en el mismo». Hasta la fecha, es la versión actualmente vigente contemplada en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, también hay que tener en cuenta y recordar que con ocasión de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, el art. 41.4 ET sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo ha sufrido cambios de importante calado.

### 1.1. La extensión del ámbito del convenio colectivo para proceder a la inaplicación.

Como ya se ha adelantado, uno de los aspectos novedosos que hay que destacar es que el legislador estatutario se muestra partidario de ampliar el ámbito[26] del convenio colectivo en el que se puede proceder a la inaplicación

[25]CASTRO ARGÜELLES, Mª.A.: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", en, VV.AA., MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 380-381.

[26]SANGUINETI RAYMOND, W.: "El papel de la autonomía colectiva en la regulación de la inaplicación o descuelgue convencional", en, VV.AA., SANGUINETI RAYMOND, W. (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y Ediciones Cinca, Madrid, 2013, págs. 106-107.

de las condiciones laborales previstas en el convenio. Es obvio que, al ampliar su campo o *ratio* de actuación, no solo en los convenios colectivos supraempresariales sino también en el seno de los convenios de ámbito empresarial, se favorece una mayor aplicación y, por tanto, se canaliza hacia esa pretendida normalización.

Sabido es, que tradicionalmente las cláusulas de descuelgue salarial podían ser adoptadas en el marco de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa –abarcando grupos de empresa, sectores o subsectores, sin limitación al ámbito territorial-[27], pero desde la reformulación del art. 82.3 ET con motivo de la reforma de 2012, como ya se ha adelantado, su posible aplicación se hace igualmente extensible al conjunto de convenios colectivos de ámbito empresarial[28] y para el resto de materias expresamente contempladas en el precepto legal señalado.

### 1.2. Las materias susceptibles de ser inaplicadas.

Se produce una dispersión de las cláusulas de inaplicación[29] con el fin de abarcar además de las de índole salarial otras condiciones de trabajo[30] de vital importancia[31], previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de ámbito sectorial o empresarial[32], afectando a materias tales como las que nos indica el propio art. 82.3 ET, jornada de trabajo, horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía

---

[27] POQUET CATALÁ, R.: *"La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012",* Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 7, 2012, págs. 112-113.

[28] MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I. *"Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012"*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 9, 2013, pág. 150.

[29] MORENO SOLANA, A.: "Las 10 claves de la reforma laboral", en, VV.AA., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 30.

[30] SEMPERE NAVARRO, A.V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El «descuelgue» y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 26 y ss; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Inaplicación de convenios colectivos: causas, procedimientos y efectos sobre las relaciones individuales de trabajo", en, VV.AA., RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.), *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 94; SANGUINETI RAYMOND, W.: "La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva", en, VV.AA., RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.), *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo, Albacete, 2013, págs. 116-117.

[31] CASTRO ARGÜELLES, Mª.A.: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 126-130.

[32] LUQUE PARRA, M.: "Modificación de condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo", en, VV.AA., DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales. Novedades de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,* La Ley, Madrid, 2013, págs. 302-305.

salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional se prevé en el artículo 39 ET y las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social[33].

Se comprueba como el legislador, en esta ocasión, traslada las materias contenidas en el art. 41 ET sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo[34], aunque no en su totalidad sí la mayor parte – con la diferencia de que, además de la previsión de las materias contempladas en el art. 41 ET, en el reformado art. 82.3. ET, en su letra g), se prevé adicionalmente el descuelgue de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social[35]-. En consecuencia, se deduce la enorme importancia que revisten las materias o condiciones de trabajo susceptibles ahora de descuelgue.

### 1.3. Los presupuestos legales habilitantes.

Si bien es cierto que con la reforma legislativa introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, resulta entendible la ampliación de las causas que habilitan el descuelgue, en la medida en que se inserta dentro de la lógica tendencial que propone y dispone el legislador con el propósito de ampliar los supuestos en los que sea factible la adopción de este tipo de medidas.

En cualquier caso, cuando el legislador reformista trata de abordar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que habilitan la inaplicación[36] de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, se desprende una ampliación considerable de los presupuestos[37] habilitantes para llevar a cabo el descuelgue. Recordemos que en la redacción planteada con motivo de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, alude solo a la causa económica cuando dispone lo siguiente: «(…) se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los

[33] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Los acuerdos de inaplicación del convenio colectivo", en, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, Mª.N. (Dirs.), *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 861-862.

[34] Para un análisis en profundidad de esta cuestión, repárese en TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario. Comentarios a la Ley 3/2012, de 7 de julio*, El Derecho Editores, Madrid, 2012.

[35] ALVARADO CAYCHO, G.R.: "Aspectos colectivos de la reforma laboral: el papel del convenio colectivo y concretamente del convenio colectivo de empresa", en, VV.AA., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 151.

[36] Véase: TOLOSA TRIBIÑO, C.: *"La inaplicación del convenio colectivo tras la reforma laboral"*, Revista de información laboral, núm. 10, 2013, págs. 6-31.

[37] CRUZ VILLALÓN, J.: *"El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012"*, Revista de Derecho Social, núm. 57, 2012, pág. 238.

convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando ésta tenga una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma».

Del mismo modo, se constata que la redacción ofrecida en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se formula en términos similares en la medida en que alude también a las causas de naturaleza económica, cuando expone lo siguiente: « (…) se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 –relativo a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo-, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma».

Comenzando por la primera causa a la que se hace mención en la regulación actualmente vigente tras la reforma introducida por la Ley 3/2012, concretamente, la económica, se entenderá que concurre cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa y, en supuestos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se considera que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Seguidamente, en aras de concretar cuándo debemos de entender que una empresa se encuentra en una situación económica negativa, alude en primer lugar, a la existencia de pérdidas actuales sin precisar nada más al respecto. En aras de una necesaria certeza y seguridad jurídica, hubiera sido recomendable que en esta cuestión en concreto el legislador se hubiese encargado de perfilar un volumen o un porcentaje a partir del cual se entienda que las pérdidas económicas producidas en esos supuestos son suficientes para habilitar la oportuna aplicación de las cláusulas de inaplicación porque, entiendo que el volumen real de pérdidas no es el mismo para todos los casos y, por consiguiente, no debe conllevar la misma consecuencia.

En estos casos sería conveniente tener en cuenta la dimensión de la empresa y en función de la misma establecer un baremo en el que se disponga a partir de qué porcentaje o volumen de pérdidas económicas se habilita la puesta en marcha de las cláusulas de inaplicación. De lo contrario, se podría incurrir en la aplicación de medidas iguales para realidades diferentes, o también podría darse el supuesto en el que se produzcan pérdidas económicas dentro de

un margen que, por la propia identidad de las mismas, no resultasen ser determinantes para adoptar este tipo de medidas.

Esta propuesta no solo aportaría un mayor grado de certeza y seguridad jurídica al ámbito de las relaciones laborales, más aún ante circunstancias especiales como es una grave situación de crisis económica, sino que le dotaría de una cierta homogeneidad, sin perjuicio de las diferencias sustanciales existentes en un cada vez más complejo entramado empresarial. De este modo se evitaría que al mínimo síntoma de pérdidas económicas que no pongan en peligro la viabilidad de la organización empresarial, se opte de manera inmediata por el empleo de las cláusulas de inaplicación.

Dicho en otras palabras, no cualquier pérdida económica debe desencadenar o suponer el pasaporte inmediato para emprender medidas tan importantes como son las cláusulas de inaplicación. Recordando que, si bien es cierto que constituyen un punto de inflexión frente al anquilosamiento de las condiciones de trabajo, y además deben ser una alternativa ante la adopción de medidas mucho más drásticas como puede ser el despido, son una excepción a la inderogabilidad y eficacia *erga omnes* del convenio colectivo estatutario vigente y, por consiguiente, solo deben aplicarse cuando se den los presupuestos necesarios que justifiquen su puesta en práctica.

Con ello se pretende evitar que se convierta en un arma de doble filo, por un lado, se presentaría como una solución beneficiosa tanto para la figura del empresario como para la parte trabajadora y, por otro lado, podría emplearse maliciosamente como una vía a través de la cual se ahorran costes de mano de obra a cambio del abaratamiento de la misma y desembocando en un más que probable empeoramiento de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio.

En definitiva, deben de establecerse unas directrices claras y precisas para desterrar por completo esta última opción, o lo que viene a ser lo mismo, cualquier utilización malintencionada. De forma que, solo pueda operar como una alternativa que consiga aunar las necesidades de ambas partes, la adaptación y viabilidad de la empresa a las circunstancias cambiantes, así como el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Como segunda apreciación a colación de esa aparente labor de concreción sobre cuándo debe entenderse que de los resultados de una empresa se desprende una situación económica negativa, el legislador alude a las pérdidas previstas sin más explicación sobre la misma. En consecuencia, llama poderosamente la atención la consideración no solo ya de las pérdidas realmente producidas sino también la referencia a una mera previsión de las mismas, lo cual, resulta cuanto menos cuestionable. En la medida en que no ofrece ninguna certeza sino precisamente todo lo contrario, introduce un importante elemento de incertidumbre a la ya delicada situación en la que se encuentra tanto la empresa

como los trabajadores cuando deben de acogerse a este tipo de medidas, dando cabida tanto a los supuestos en los que estén debidamente justificados como aquellos en los que no.

El tercer elemento que toma en consideración para entender que una empresa se encuentra en una situación económica negativa, es la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. Es en este punto concreto donde el legislador se detiene algo más con el fin de concretar, recurriendo a una fórmula comparativa, que esta situación se da cuando durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas correspondientes a cada uno de los trimestres sea inferior al registro en ese mismo trimestre pero del año anterior.

Tal y como ha quedado finalmente redactado este precepto legal, vemos como en según qué aspectos el legislador intenta llevar a cabo una supuesta labor de concreción y, sin embargo, en otras cuestiones relativas a los presupuestos necesarios para llevar a cabo la inaplicación de las condiciones de trabajo, quedan huérfanas de una necesaria precisión.

De esta manera se arroja una mayor incertidumbre e inseguridad jurídica mediante el empleo de una terminología imprecisa, flexibilizando enormemente las causas justificativas[38], abriendo la veda para una multitud de situaciones diferentes y en las que se da cobijo legal, tanto aquellas en las que procede como otras en las que sería, al menos, cuestionable.

En relación a la segunda causa habilitante para proceder al descuelgue, el legislador establece que se entenderán que concurren causas técnicas cuando se produzcan alteraciones o cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción. Si bien es cierto que, recurre a una descripción concisa de las mismas, no es menos cierto que una vez más resulta escasa en lo que a precisión y aclaración se refiere.

Especialmente significativa es el empleo de la fórmula terminológica «entre otros» ampliando el espectro aplicativo o, si se prefiere, el campo posible de acción, sin una oportuna provisión de las correspondientes restricciones o limitaciones que permita establecer una línea divisoria que coadyuve a dirimir la procedencia o no de las cláusulas de inaplicación de las condiciones de trabajo.

En todo caso se constata, una vez más, como se elude cualquier intento de concreción al respecto, con la finalidad de extender los supuestos posibles en los que se pueden aplicar este tipo de medidas, a pesar del peligro que ello

[38]PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 27.

puede conllevar cuando la motivación de las mismas no sea tanto la viabilidad de la organización empresarial y la salvaguarda de los puestos de trabajo que se ven afectados, sino más bien un debilitamiento de las condiciones laborales pactadas en el convenio colectivo.

Como tercera categoría o supuesto legal habilitante, se insertan las causas organizativas a las que el legislador estatutario alude a ellas como aquellos cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o, en el modo de organizar la producción.

Para evitar una innecesaria reiteración me remito a la argumentación anteriormente esgrimida con motivo del empleo de la imprecisa formulación terminológica «entre otros» que acompaña a la explicación que se nos ofrece para la concurrencia de causas técnicas, así como cuando se hace mención expresa a las causas organizativas y productivas.

No obstante, surgen interrogantes en torno a la suficiente identidad que se requiere en la concurrencia de estas tres últimas causas, concretamente las técnicas, organizativas y productivas, -ya que en los párrafos precedentes y de manera particularizada se han abordado las causas económicas-, para una justificación razonable que motive la adopción de las cláusulas de inaplicación.

Salvo las deficiencias de las que adolece la explicación que acompaña a las causas económicas y a diferencia del resto de las causas habilitantes, al menos en las primeras alude de manera expresa a una situación económica negativa, pero en las siguientes no. Este hecho puede sugerir el siguiente interrogante y es que, cabría entender que la mera concurrencia de causas técnicas, organizativas o productivas habilitan la puesta en marcha del descuelgue sin que ello entrañe un perjuicio para la empresa. Dicho de otro modo, si se prefiere, la incursión de cambios a nivel técnico, organizativo o productivo no implica forzosamente un perjuicio ni para la parte empresarial ni tampoco para los trabajadores afectados, en consecuencia, no puede suponer una interpretación automática entendida exclusivamente en términos negativos.

La concurrencia de cualquiera de las causas técnicas, organizativas y productivas puede contribuir de manera beneficiosa para las dos partes implicadas en la relación laboral, además de que es necesaria la introducción de las modificaciones pertinentes en la organización empresarial, en tanto en cuanto, no puede ni debe permanecer estática en una realidad social inmersa en un continuo cambio que, además, le obliga a una permanente reinvención. De lo contrario, no podría adaptarse a las nuevas exigencias que le demanda el propio escenario en el que desarrolla su actividad, provocando a la postre la quiebra inevitable de la misma. Por lo tanto, si no todas las causas técnicas, organizativas o productivas no comportan una consecuencia negativa para la situación

de la empresa, hasta qué punto cabe justificar razonadamente el descuelgue o inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio.

Esta misma argumentación resulta extrapolable cuando el legislador aborda, en cuarto y último lugar, las causas productivas como base de legitimación para recurrir a la inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo, consistentes en la producción de cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. En las que igualmente entiendo que la sola concurrencia de las mismas no justifica o no conlleva ineludiblemente una repercusión entendida en términos negativos. Dicho lo cual, en la medida en que la redacción actualmente vigente de este precepto legal carece de una mención expresa sobre la misma, se permite dar cobijo tanto a las que sí comportan un resultado negativo como a las que no, y es en estas últimas, una vez más, donde vuelve a cuestionarse su adecuada procedencia.

### 1.4. Otros aspectos relevantes y controvertidos.

*A. La supresión del tope máximo de los tres años de duración.*

Otra de las novedades introducidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se circunscribe a la previsión mediante la cual se dispone que el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. Además de que el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo.

Dicho lo cual, se constata la eliminación del límite máximo de los tres años en lo que concierne a la duración de las condiciones de trabajo. Esta orientación se instaura en perfecta sintonía, con el afán que el legislador ha proyectado especialmente en la reforma legislativa de 2012 respecto de las cláusulas de inaplicación, apostando por una utilización normalizada de las mismas, así como una ampliación de su radio de acción bastante significativa y, además, como acabamos de comprobar, posibilita una mayor duración en su aplicación.

*B. El difícil encaje del arbitraje obligatorio. Las primeras valoraciones del Tribunal Constitucional: la doctrina por mayoría pero no por unanimidad.*

Inmediatamente después, se ordena que en caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la

comisión del convenio[39], que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán en ese caso recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico. A continuación, el legislador añade que para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos contemplados en el art. 91 ET.

Seguidamente, como contenido final del art. 82.3 ET el legislador hace referencia al papel de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y de los órganos autonómicos equivalentes en la intervención decisoria o arbitral de inaplicación. Dispone que cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos referidos con anterioridad o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión[40] Consultiva Nacional de Convenios Colectivos[41] –opción esta que vuelve a ser apuntada en la Disposición adicional quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio- cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados

[39]SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: *"La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012. Aspectos para el debate"*, Seminario sobre la reforma laboral 2012, organizado por los grupos de investigación SEJ322 y SEJ103, Sevilla, 2012, págs. 11-12, plantea una interesante reflexión con motivo de la alusión a la «comisión del convenio», en el sentido de que podría sugerir la posibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer una comisión específica –diferente de la comisión paritaria- con el fin de conocer este tipo de controversias .

Cierto es, que hay autores que consideran que se refiere a la comisión paritaria (CASAS BAAMONDE, Mª.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.).

[40]Con el fin de lograr un adecuado desarrollo de este cometido que el legislador reformista otorga a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se ha elaborado el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre.

[41] Para un análisis extenso: GARCÍA BLASCO, J.: "La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: ¿una institución para revitalizar la negociación colectiva en el escenario de la crisis económica?, en, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, Mª.N. (Dirs.), *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 1108-1118.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: *"Versión 2.0 de la reforma laboral de 2012"*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 5, 2012, pág. 216. Destaca como aspecto novedoso introducido por la Ley 3/2012, el sometimiento a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o en su caso, a los órganos autonómicos equivalentes, cuando las partes no se sometan a los procedimientos de solución extrajudicial o estos no lo solucionen –posibilidades contempladas tanto en el Real Decreto-Ley 3/2012 como en la Ley 3/2012-, y ahora la Ley también lo prevé para aquellos supuestos en los que no sea factible la aplicación de los mismos.

en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas[42] en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro[43] designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91. Y seguidamente señala que el resultado de los procedimientos que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la Autoridad laboral a efectos de depósito.

Dicho sometimiento a un arbitraje obligatorio es ampliamente cuestionable desde el punto de vista dogmático y pone en tela de juicio los efectos positivos en la práctica negocial, razón por la cual ha suscitado un debate no pacífico en el seno de la doctrina que manifiesta serias dudas sobre la imposición legal del carácter obligatorio, en lugar de voluntario como debiera de haber sido. Esto puede conllevar lesiones de derechos tan importantes como el de la tutela judicial efectiva -art. 24 CE- [44], y el derecho a la negociación colectiva laboral - art. 37.1 CE-, entre otros.

La STC 119/2014, de 16 de julio, -reiterada en posteriores pronunciamientos como, por ejemplo, la STC 8/2015, de 22 de enero-, declara que el párrafo octavo del art. 82.3 ET, en la redacción dada por el art. 14. Uno de la Ley 3/2012, de 6 de julio, es conforme con la CE, siempre y cuando se interprete en los términos contemplados en el fundamento jurídico 5.b). Nuevamente priman las circunstancias empresariales, dado que el voto mayoritario considera que la previsión cuestionada se justifica, tal y como aparece en la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, por la necesidad de resolver eficazmente el desacuerdo entre empresa y trabajadores en las medidas de flexibilidad interna que aquella pretende adoptar para hacer frente a una situación de dificultad

[42]Sobre esta controvertida cuestión SEMPERE NAVARRO, A.V.*: "La duración de los convenios tras la Reforma"*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 10, 2013, págs. 59-68.

Sobre esta y otras cuestiones véase, *"Comentario a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral"*, Diario La Ley, núm. 7899, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 2012; VARELA AUTRÁN, B.: *"Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Reformas producidas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero"*, Diario La Ley, núm. 7900, Sección Tribuna, 2012.

[43]FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *"Las reformas laborales y el arbitraje obligatorio: algunos problemas (reflexiones a propósito del acuerdo de la Comisión Paritaria del Preco de 20 de octubre de 2011)"*, LAN HARREMANAK, núm. 26, 2012, págs. 69-70.

[44]NAVARRO NIETO, F.: *"La reforma del marco normativo de la negociación colectiva"*, Ponencia presentada en el XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en San Sebastián/Donostia, los días 17 y 18 de mayo de 2012, págs. 75-76.

económica o necesidad de adaptación, con el propósito de ajustar la regulación a la situación y defender la productividad en aras a la competitividad y viabilidad empresarial.

Efectivamente, la respuesta dada por la STC 119/2014, de 16 de julio, sobre el arbitraje obligatorio previsto en el art. 82.3 ET es que tiene encaje constitucional, puesto que considera que no es contrario ni a la fuerza vinculante de los convenios colectivos que reconoce el art. 37.1 CE, ni al ejercicio de la actividad sindical contemplado en el art. 28.1 CE, ni tampoco considera que se ponga en entredicho el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE dado que es controlable judicialmente, y en la medida en que se configura como un mecanismo que contribuye a facilitar la viabilidad del proyecto empresarial en el contexto de grave crisis económica[45].

Sobre esta cuestión resulta interesante el voto particular que formula el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré a dicha sentencia, al que se adhieren la Magistrada Dña. Adela Asua Batarrita y el Magistrado D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. En primer lugar, comienza de manera muy acertada expresando su desacuerdo con el canon de constitucionalidad que se emplea en el presente pronunciamiento en base a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo, reclamando una necesaria ponderación. A todas luces resulta inaceptable en un contexto constitucional, que la elección por cada empresa de medidas de competitividad y viabilidad que le puedan reportar determinadas ventajas económicas puede terminar erigiéndose en legítima restricción al ejercicio de derechos constitucionales, bajo el amparo de la libertad de empresa y la defensa de la productividad por los poderes públicos (art. 38 CE).

Ciertamente, la conversión de cualquier conflicto laboral en un problema público que permita y justifique recurrir a formas acusadas de intervencionismo resulta incompatible con los fundamentos de nuestra CE, y más concretamente, sería contrario a los arts. 7, 37.1 y también afectaría al art. 28 CE.

A tal fin, hay que diferenciar entre dos modalidades de intervencionismo normativo. Uno, el destinado a promover e incentivar el derecho constitucional

[45]Sobre la repercusión de esta sentencia histórica véase: MARTÍN VALVERDE, A.: "La reforma del mercado laboral de 2012 se ajusta a la Constitución. [Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio (BOE, 15 de agosto)]", Actualidad Laboral, núm. 12, 2014, págs. 1-33; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: *"El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014"*, Revistas UNED, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 36, 2015, págs. 417-437; SUÁREZ CORUJO, B.: *"La constitucionalización de la ruptura laboral"*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 31, 2015, págs. 419-436; DE VAL TENA, A.L.: *"La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio"*, Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 2, 2014, págs. 437-478.

a la negociación colectiva, ofreciendo a los agentes sociales y económicos la posibilidad, pero no la obligación de acceder a herramientas útiles para tratar de solventar el conflicto. Y otro, el que está orientado a incidir en el conflicto, limitando la capacidad de las partes de solucionarlo e introduciendo elementos ajenos en la situación conflictiva. El primer tipo de intervencionismo normativo es el que se ajusta a los mandatos constitucionales, mientras que la segunda línea de actuación legislativa claramente los vulnera.

Por otro lado, hay que traer a colación la importante STC 11/1981, de 8 de abril, en la que precisamente se declaró inconstitucional la fórmula del arbitraje obligatorio contemplado en el Real Decreto-Ley 17/1977, con lo cual supone una ruptura total con la doctrina anterior.

Además, el Informe aprobado en la 320ª reunión del Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo se resolvieron diferentes quejas formuladas por distintas organizaciones sindicales sobre las reformas legislativas en materia de negociación colectiva en España, concretamente la conclusión 464 dispone lo siguiente: "la suspensión o derogación –por vía de decreto, sin acuerdo de las partes- de convenciones colectivas pactadas libremente por las mismas, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el artículo 4 del Convenio núm. 98. Si un Gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos".

En líneas generales, en base a estos argumentos entiende que el procedimiento establecido en el art. 82.3 ET debería de haberse declarado inconstitucional y nulo por vulnerar el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva contemplado en el art. 37.1 CE.

## 2. BALANCE SOBRE LA INCIDENCIA DE LA INAPLICACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

En este contexto, los cambios introducidos en la posibilidad de inaplicar lo acordado en un convenio colectivo, se alza como una de las tres aportaciones más relevantes en materia de negociación colectiva de la reforma laboral de 2012, junto con la prioridad aplicativa del convenio colectivo de ámbito empresarial, y la limitación temporal de la ultraactividad de los convenios colectivos a un año desde su denuncia, salvo pacto en contrario. Lo cierto es que la Ley 3/2012, viene a culminar de manera radicalmente distinta la evolución legislativa iniciada en 2010 y continuada en 2011. La trascendencia en esta

materia en concreto es más que evidente. Sin duda, en situaciones económicas desfavorables, sobre todo los descuelgues salariales adquieren una relevancia esencial. En cualquier caso, es más que probable que el propósito principal del legislador estatutario de 2012 es "más vale trabajadores con condiciones laborales rebajadas que nuevos parados"[46].

Haciendo gala de los objetivos marcados y una vez analizados los aspectos fundamentales concernientes a la inaplicación de convenios colectivos, paso a comentar a continuación su incidencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Para comenzar, es preciso decir que, hasta la reforma laboral[47] acontecida en el año 2012, las inaplicaciones de convenios eran casi inéditas en nuestra práctica negocial, pero a partir de ese año logra consolidarse. En este punto, las novedades más reseñables se encuentran en el número de expedientes de inaplicaciones de condiciones de trabajo de convenios colectivos vigentes presentados a la autoridad laboral y que asciende a un total de 464, de los que han resultado 6.222 trabajadores afectados, una cifra para nada despreciable. Según los últimos datos que se tienen hasta la fecha, el porcentaje exacto de inaplicaciones de convenios presentadas en Andalucía supone al 34,99% del total de inaplicaciones presentadas en todo el territorio español, alcanzando a un 19,40% de los trabajadores de todo nuestro ámbito nacional. No obstante, la tendencia de inaplicaciones en 2016 es similar a 2015, pero ambas anualidades siguen siendo menores con respecto a los años 2013 y 2014.

Córdoba es la provincia donde se ha presentado el mayor número de inaplicaciones de convenios, seguida de Granada, ambas provincias duplican a Cádiz y Jaén, y cuadriplican al resto de provincias andaluzas. Las inaplicaciones de convenios colectivos de sector superan con creces a las inaplicaciones de convenios colectivos de ámbito empresarial.

En 2016, los sectores de actividad donde se han llevado a cabo un mayor número de inaplicaciones de condiciones laborales pactadas en convenio colectivo, destacan claramente el Comercio, seguido de la Construcción y la Hostelería. Desde el punto de vista del número de trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones laborales, en 2016, el sector de la actividad que mayor incidencia ha presentado ha sido el Comercio, seguido de la Hostelería, el sector de la Dependencia-actividades sanitarias, el sector de la Construcción,

[46] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "*El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC*". ponencia presentada en la Jornada Técnica de la CCNCC "Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET", Madrid, 2014, págs. 2-6.

[47] CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES: *Memoria 2016*, Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, Junta de Andalucía, Sevilla, 2017, págs. 44-50.

el sector del Metal/Automoción, Oficinas y Despachos, el Transporte, la Madera y ya por último el sector de la Limpieza.

En cuanto a las materias que han sido objeto de inaplicación, la mayoría afectan a la materia salarial.

Por otro lado, en lo concerniente a los firmantes de las inaplicaciones de los convenios colectivos, hay que decir que mediante representación unitaria y sindical se han producido 52 descuelgues, y un total de 411 acuerdos por una comisión de representantes de los trabajadores de la empresa (art. 41.4 párrafo 4 ET). Mientras que sólo se ha producido una inaplicación de convenios como resultado de un laudo arbitral. Todos estos datos referidos al año 2016.

Otros datos de interés que merecen ser señalados es que, en esta misma anualidad, a excepción de un laudo arbitral y un acuerdo mediante la comisión paritaria, los acuerdos restantes han tenido lugar durante el periodo de consulta.

En este mismo periodo, se constata que las inaplicaciones de condiciones laborales en la Comunidad Autónoma de Andalucía, afectan mayormente y con diferencia a empresas de menos de 6 trabajadores, seguidas por las empresas de entre 6 y 10 trabajadores, y las de entre 11 y 49 trabajadores[48].

A continuación, paso a comentar los últimos datos que tenemos hasta la fecha, concretamente referidos al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2017. En este periodo el número de expedientes de inaplicaciones de convenios colectivos presentados ante la autoridad laboral es de 249, de los que se han visto afectados un total de 3369 trabajadores. Según estos datos todo para indicar que hay una tendencia decreciente con respecto a las anualidades anteriores. Nuestra Comunidad Autónoma representa el 32,68% de los descuelgues a nivel nacional, y representa el 22,75% de los trabajadores afectados.

Otro dato a destacar es que el 98% son inaplicaciones de convenios colectivos sectoriales. En cuanto a los sectores de actividad afectados por dichos descuelgues, se mantiene en la primera posición el Comercio, seguido del sector del Metal que escala posiciones con respecto al año anterior y el sector Hostelero. Sin embargo, si tomamos como referencia el número total de trabajadores que se han visto afectados por la inaplicación de convenios colectivos, en primer lugar, se sitúa el sector de la Dependencia/actividades sanitarias, seguido del Metal.

En este periodo correspondiente al año 2017, vuelve una vez más a ser el salario la materia afectada mayoritariamente por las inaplicaciones efectuadas.

[48] CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES: *Memoria 2016*, op cit., págs. 44-50.

En la actualidad y por el momento, Granada es la provincia donde se ha presentado el mayor número de inaplicaciones de convenios, seguida de Cádiz y Córdoba.

Con respecto a los firmantes de las inaplicaciones de los convenios, 39 descuelgues se han producido a través de representación unitaria y sindical, mientras que un total de 210 acuerdos han sido adoptados por una comisión de representantes de los trabajadores en la empresa.

En Andalucía siguen siendo las empresas de menos de 6 trabajadores las que mayoritariamente se ven afectadas por las inaplicaciones de convenios, seguidas de las empresas de entre 11 y 49 trabajadores[49].

## 3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Una vez analizados algunos de los aspectos más relevantes que atañen a las cláusulas de inaplicación, especialmente tras la reforma de 2012, todo parece indicar que hemos asistido a una auténtica reordenación o reconfiguración de las mismas. Con motivo de esta exposición realizada con ánimo de aportar algunos elementos que permitan, en líneas generales, centrar la atención en un posible doble juego que gira en torno a la flexibilidad. En cualquier caso, debe prevalecer una flexibilidad a la que se podría denominar «productiva», que logre combinar las necesidades tanto del empresario como de los trabajadores, ofreciendo una respuesta eficaz para mantener la viabilidad de la empresa, al mismo tiempo que contribuye a preservar los puestos de trabajo[50]. Ahora bien, sin descuidar el establecimiento de unas condiciones legales suficientes que destierren por completo cualquier tipo de utilización perniciosa de las mismas, que pueda desgraciadamente desembocar en una peligrosa flexibilidad «regresiva» a través de la cual sea posible otorgar amparo legal a situaciones cuanto menos cuestionables, como ya se ha tenido oportunidad de señalar.

En lo concerniente a materia retributiva, hay que asentar las bases necesarias para evitar que puedan ser empleadas con el objetivo final, no solo de pagar menos sino también más tarde, presentado un carácter polivalente y, además, pudiendo prolongar esta situación a largo plazo.

A los efectos que aquí importa y tras este despliegue analítico, resulta conveniente resaltar la idea de erradicar por completo cualquier síntoma o intento

[49] ÁREA JURÍDICA Y RELACIONES LABORALES DE LA CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ANDALUCÍA: *Informe sociolaboral Andalucía Septiembre 2017*, 2017, págs. 14-16.

[50] Un buen ejemplo de ello se refleja en el contenido previsto, entre otros, en el II convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

de inconcreción que viabilice un aumento significativo del poder discrecional del empleador, a causa de la indeterminación jurídica intencionadamente empleada por el legislador.

En cualquier caso, es primordial establecer las garantías necesarias que velen por la excepcionalidad de esta institución, a diferencia de la opción escogida por el legislador reformista de 2012 dirigida a promover y expandir el procedimiento de inaplicación de las condiciones laborales contempladas en el convenio colectivo. Dicho propósito ha sido canalizado principalmente mediante una ampliación sustancial de las materias pactadas en convenios colectivos estatutarios susceptibles ahora de ser inaplicadas (como son: la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET y, en último lugar, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social), junto con una ampliación bastante considerable de los presupuestos que habilitan y legitiman la puesta en marcha del procedimiento de inaplicación (por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), y mediante la extensión del ámbito del convenio colectivo en el que se puede proceder a dicha inaplicación (sea de sector o de empresa).

Por consiguiente, se flexibiliza tremendamente el elemento causal para inaplicar cualquiera de las condiciones laborales previstas en el art. 82.3 ET, como medida paliativa y preventiva.

En el año 2016 y durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2017, en cuanto a las materias objeto de inaplicación en los convenios colectivos vigentes, en el caso concreto de Andalucía, la gran mayoría indican que reina con claridad la materia salarial, ya sea de manera exclusiva o combinada con el descuelgue de otras condiciones de trabajo. También se ha tenido ocasión de verificar que, en esta misma Comunidad Autónoma, las inaplicaciones afectan en la inmensa mayoría a convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, en particular, los convenios sectoriales. La gran mayoría de trabajadores afectados por estas inaplicaciones trabajan en el sector Comercio, en el sector de la Dependencia/actividades sanitarias, en la Hostelería y en el sector del Metal. Otro dato a destacar, respecto al tamaño de las empresas, la mayoría cuentan con una plantilla de entre 1 y 49 trabajadores, especialmente son las empresas con menos de 6 trabajadores las que se ven afectadas por las inaplicaciones de convenios colectivos. De lo anteriormente expuesto se infiere, que en 2016 Córdoba ha sido la provincia andaluza en la que más inaplicaciones de convenios se han llevado a cabo, mientras que, durante el 1 enero hasta el 31 de agosto 2017, la provincia de Granada pasa a ocupar ese primer lugar.

Ante este panorama cabría realizar las siguientes propuestas re-constructivas. En primer lugar, replantearse profundamente la regulación actualmente vigente sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos de naturaleza estatutaria. Entre otras razones, por la excesiva ductilidad de las condiciones laborales y porque constituye una excepción disfuncional a la eficacia general, normativa, y a la inderogabilidad del convenio colectivo estatutario. Habría que valorar seriamente su repercusión en las posiciones de las partes implicadas en las relaciones laborales. Así como las consecuencias que puede desencadenar una excesiva modificación *ante tempus* del contenido pactado en el convenio como, por ejemplo, el debilitamiento o segmentación de las condiciones laborales pactadas en convenio, generar un ambiente de inseguridad que propicia situaciones de conflictividad socio-laboral, constituir una vía de abaratamiento de costes, por consiguiente, provocaría *dumping social*, y se derivarían situaciones profundamente desequilibradoras.

Resulta imprescindible emplear una terminología clara y precisa que evada cualquier tipo de imprecisión y ambigüedad, para que en los supuestos en los que proceda la adopción de tan decisivas medidas queden siempre justificadas y aporte seguridad jurídica a la ya delicada situación en la que se encuentran aquellas personas que puedan verse afectadas. Además, hay que exigir una razonable proporcionalidad acorde con las circunstancias y una racionalización de las mismas, de tal forma que la simple concurrencia de las causas, sin que necesariamente supongan un perjuicio o un obstáculo para la viabilidad de la empresa y el mantenimiento de las condiciones laborales pactadas en el convenio, pueda habilitar sin más el mecanismo de inaplicación. De modo que, solo proceda su aplicación cuando desde el punto de vista estrictamente real y objetivo existan consecuencias negativas. Asimismo, advertir con respecto a las causas que habilitan y legitiman estas medidas, que hay que evitar meras e inciertas expectativas, previsiones, hipotéticas situaciones futuribles y, en definitiva, conjeturas sobre lo desconocido, con el fin de arrojar certeza y al mismo tiempo se traduzca en una necesaria seguridad jurídica para los sujetos que inevitablemente se vean afectados.

Una vez superadas las circunstancias que hubieran motivado la inaplicación de cualquiera de las condiciones de trabajo, deben ser inmediatamente restablecidas, evitando con ello situaciones indeseadas, como puede ser una prolongación infundada del descuelgue de las condiciones laborales, y un enriquecimiento injusto por parte del empresario a costa del abaratamiento de la mano de obra empleada.

Sería interesante determinar una pautas mínimas o directrices en torno a las técnicas de recuperación y/o actualización de las condiciones laborales tras una previa situación de descuelgue, en consonancia y armonía con un sistema democrático social de relaciones laborales maduro y equitativo que ha de estar

presidido en todo momento por la buena fe. Hay que reforzar los mecanismos de control y/o verificación, tanto para la adopción de las medidas como para la restitución de las condiciones de trabajo inaplicadas. En esta misma dirección han de cobrar una especial importancia la información y documentación exigible de las causas que motiven la inaplicación con el fin de impedir un empleo injustificado de este recurso.

Se debería de apostar por una negociación colectiva integradora que dé cobertura a los intereses en juego en el marco de las relaciones laborales. Teniendo muy en cuenta que el convenio colectivo no puede ni debe ser un instrumento colectivo con una proyección parcial, a fin de sufragar los intereses y exigencias de una sola de las partes en detrimento de la otra. Es fundamental poner todos los medios necesarios que permitan encontrar puntos de equilibrio entre la necesidad de flexibilidad requerida por las empresas como vía para favorecer su adaptabilidad a las necesidades cambiantes, y la seguridad junto con la calidad de las condiciones laborales de los trabajadores.

También sería conveniente tener en cuenta las dimensiones de las empresas que van a adoptar este tipo de medidas, para evitar o al menos reducir la aplicación de medidas similares para situaciones radicalmente dispares.

Y ya para concluir, debemos tener siempre presente que, la adopción de estas medidas excepcionales, deben ser en todo caso y sin excepciones en la línea del garantismo socio-laboral.

# LA JORNADA DE 35 HORAS: AVANCE SOCIAL O PLANTEAMIENTO INCONSTITUCIONAL

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

*Profº Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social (acreditado contratado doctor)*

Universidad de Granada

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA: LA APROBACIÓN DE LA JORNADA DE 35 HORAS EN EL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ
   - 1.1 TIEMPO LIBRE Y TIEMPO DE TRABAJO
   - 1.2 EL TIEMPO DE TRABAJO: UNA HISTÓRICA REIVINDICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. LA REDUCCIÓN DE JORNADA EN SU LABERINTO
   - 2.1 BALANCE SOBRE LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO
   - 2.2 LA EQUIPARACIÓN DE JORNADA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
   - 2.3 LA EXPERIENCIA FRANCESA COMO PUNTO DE REFERENCIA
3. ARGUMENTOS QUE EXPRESAN LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA
   - 3.1 ANÁLISIS DE LOS PRECEDENTES DOCTRINALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2016)
4. CONCLUSIONES

**Resumen de contenido:**

La implantación de la jornada de 35 horas en el ámbito de la función pública andaluza integra un planteamiento que acoge el beneplácito de las organizaciones sindicales. Junto a la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores se barajan también otros factores que facilitan un incremento del empleo público en un entorno social castigado por las elevadas cifras de desempleo y que podría derivar en la creación de 7.000 puestos de trabajo. Frente a esta situación se argumenta por los defensores de la inconstitucionalidad de la medida que las condiciones laborales de los funcionarios del Estado no pueden estar sometidos a regímenes jurídicos variables en función de la Comunidad en que trabajen repercutiendo esta medida también en la deseable racionalización del gasto público en un contexto de elevado endeudamiento. El Tribunal Constitucional ha provocado la suspensión cautelar del acuerdo de reducción de la jornada dejando servido el debate al respecto.

## 1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA: LA APROBACIÓN DE LA JORNADA DE 35 HORAS EN EL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ

En la sesión del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 11 de octubre de 2016 se adoptó el acuerdo por el que los empleados públicos pertenecientes a esta Comunidad Autónoma venían a recuperar la jornada laboral de 35 horas semanales. Tal medida, que aparecía recogida en Decreto ley, venía a formar parte de la devolución de derechos limitados por la crisis económica y por la reforma laboral de 2012.

En la forma descrita los trabajadores públicos de la Junta de Andalucía recuperarían en Enero de 2017 la jornada de trabajo de 35 horas semanales, que fue implantada en el año 1999 y suspendida como consecuencia de la normativa estatal de 2012 cuya finalidad explícita venía a residir en el reequilibrio económico-financiero. Las previsiones en la aplicación de la medida descrita buscan la creación de más de 270.000 puestos de trabajo, reforzando tanto la calidad del servicio como el incremento de las oportunidades de empleo público en el ámbito de la Comunidad Autónoma. La medida recogida en el Decreto Ley mencionado incorpora el acuerdo suscrito con los sindicatos CCOO, UGT y CSIF el día 2 de junio de 2016.

### 1.1 Tiempo libre y tiempo de trabajo

Se ha de llamar la atención acerca de que el salario y el tiempo de trabajo, constituyen las condiciones laborales que muestran una relación más directa y apreciable sobre la vida del empleado. Se constata así que el número de horas de trabajo y el modo en que se distribuyen repercuten tanto en la salud y seguridad del trabajador como en el tiempo libre que le resta para el desarrollo

de sus actividades personales, bien con la familia o de carácter social. Así el tiempo de trabajo muestra una relación directa con las condiciones de bienestar del trabajador.

La vida personal y profesional de los trabajadores gira alrededor del establecimiento de horarios que organizan las distintas facetas de la vida. La estructura temporal muestra el modo de organizar las diversas actividades: el tiempo de trabajo frente al tiempo de ocio incluido el dedicado a la familia y al descanso. No obstante, no siempre responden a los ritmos biológicos preexistentes, sino que conforman el resultado de distintas variables, principalmente de carácter cultural y socieconómico, precisando una adaptación de los sujetos[1].

La limitación del tiempo de trabajo ha comportado desde la perspectiva histórica y desde la Revolución Industrial una reivindicación clave abordada por los sindicatos y por la representación de los trabajadores. De hecho la lucha histórica por la jornada de ocho horas vino a polarizar una parte clave en la consolidación de los movimientos obreros reivindicativos. Se defendía que para conseguir un desarrollo equilibrado de la personalidad se hacía preciso disponer junto a la jornada horaria habitual, ocho horas para el descanso y otras ocho para la educación, la familia y el ocio. De ahí que el primer Convenio de la OIT en 1919 fijó la jornada máxima en ocho horas diarias y 48 semanales.

La relevancia del tiempo de trabajo aparece destacada en su relación con el beneficio empresarial pues ésta se muestra como la quintaesencia del proceso de producción capitalista[2]. De la antítesis descrita deriva la demanda empresarial a favor del mayor tiempo posible de trabajo que en tiempos de la Revolución Industrial provocó la génesis del movimiento obrero y una regulación progresiva de los tiempos de trabajo con la que los trabajadores pasaron a demandar una mayor protección de la salud.

Debemos tener presente que frente a la plena mercantilización de la mano de obra, característica de los primeros tiempos de la Revolución Industrial acaba imponiéndose la consideración del trabajador como persona. En la forma expuesta, cuando intercambia con el empresario parte de su tiempo vital el trabajador conserva su condición humana, siendo así que el tiempo de trabajo no puede imposibilitar que disfrute de sus derechos y el desarrollo de su personalidad. Se trata de elementos indispensables para que la dignidad del trabajador como persona sea protegida, erigiéndose en la actualidad un entramado de

[1] AA.VV. Jornadas y Horarios de trabajo. Datos a partir de la VII encuesta nacional de condiciones de trabajo, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), Madrid, 2014, pág. 5.

[2] Trillo Párraga, F.J., "La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales, Lex Nova, 2010, págs. 30 a 31.

derechos en virtud de los cuales se propicia la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En el modo descrito la limitación del tiempo de trabajo a través de la regulación normativa laboral condiciona el resto del tiempo del que dispone el trabajador para sus actividades privadas (familia, educación, ocio…). El trabajo viene así a *«moldear el ser social»* incidiendo de forma decisiva en el despliegue de las actividades características del ser humano[3]. De esta forma el tiempo de trabajo determina el tiempo libre dado que sólo en el tiempo en que el trabajador no esté bajo la dependencia empresarial podrá disponer de su propio tiempo libre, sirviendo así de criterio delimitador frente al sometimiento jurídico del trabajador al poder de disposición empresarial.

Cabe advertir que, como no podía ser de otro modo, el factor tiempo ha sido en el pasado y es, en el presente, una materia central en el Derecho del Trabajo siguiendo un fiel paralelismo con la filosofía[4], derivando de esta circunstancia el poder que tiene el tiempo.

La delimitación del tiempo de trabajo constituye una parte inseparable de la génesis del Derecho del Trabajo mostrando como referencia las jornadas inacabables de 16 a 18 horas diarias, que pusieron al trabajador frente al límite de la resistencia humana y de la supervivencia.

Pese a todo, y el inicial carácter esencialmente mercantilista de las leyes que rigieron la relación laboral en la primera larga etapa de la revolución industrial no cabe dejar de lado que el trabajador no pierde su condición humana cuando ofrece parte de su tiempo de trabajo al objeto de facilitar la prestación de servicios constitutiva de la relación laboral. El trabajador presta servicios como forma de acceso a un medio de vida. Vende así su *«fuerza de trabajo, física y/o intelectual»,* pero no se desprende de su humanidad[5]. El trabajador lleva a cabo su actividad laboral para así acceder al medio para *«ganarse la vida»,* para así obtener lo suficiente para poder adquirir todo aquello que le resulta necesario y que ha sido producido por otros.

Pese a lo expuesto esa finalidad primordial que permite al trabajador obtener los medios precios para *«ganarse la vida»* no impide, más en un contexto como la civilización moderna actual que el individuo pretenda lícitamente

[3] MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J, Tiempo de Trabajo y ciclos vitales: estudio crítico del modelo normativo, Comares, 2009, págs. 4 a 5.

[4] APARICIO TOVAR, J., Prolog. En: Trillo Párraga, FJ, La reglas sociales Construcción y del tiempo de Trabajo: identidades y Trayectorias laborales. Valladolid: Lex Nova, 2010. pág.9.

[5] RIBERO DE OLIVEIRA SILVA, J.A., La flexibilización del tiempo de trabajo y la violación del derecho a la salud laboral, 2012, Ciudad Real, pág. 26.

dedicar tiempo a sí mismo y a alcanzar satisfacciones personales distintas a la derivada de la actividad laboral.

Lo expuesto implica que resulte deseable que el trabajador disponga de tiempo suficiente para la realización de actividades de tipo personal, además de poder desarrollar una adecuada vida familiar, participando en la vida social. También resulta adecuada la posibilidad de que se ofrezca la opción de la mejora de la cualificación cultural y profesional, permitiendo estas situaciones el derecho fundamental consistente en el libre desarrollo de la personalidad, contemplado en el artículo 10.1 de la Constitución Española.

La doctrina también ha dejado de manifiesto que el trabajador intercambia con el empleador sólo un determinado número de horas al año a cambio de un salario, precisando que ha de restar tiempo libre para el desarrollo personal precisándose así un derecho que integra la dignidad de la persona[6].

### 1.2 El tiempo de trabajo: una histórica reivindicación del Derecho del Trabajo

Desde la revolución industrial, los movimientos obreros han focalizado buena parte de su acción reivindicativa en la reducción de la jornada laboral. Tal reclamación ha sido con frecuencia contemplada con escepticismo por los diferentes gobiernos. Recordemos que uno de los objetivos contemplados por la creación de la Organización Internacional del Trabajo fue la simultánea imposición del límite diario de jornada (concretado en 8 horas de trabajo) en los países constituyentes. No podía de otra manera darse cabida a la internacionalización de los derechos laborales si los países impulsores de la misma, sostenedores de la medida, no acometían simultáneamente la adaptación de las jornadas de trabajo. De otro modo, obvio resulta, los países que adoptaran la medida no podrían competir con aquellos otros que mantuvieran jornadas más prolongadas de trabajo al ofrecer un consecuente menor índice de productividad.

La cuestión del reparto de trabajo constituye una materia recurrente en el ámbito del debate social que plantea no sólo una fórmula para reducción del desempleo sino con frecuencia un modelo de sociedad postindustrial en el que los cambios tecnológicos permiten la transformación de las condiciones generales de vida permitiendo perseguir la situación ideal de una distribución en mayores proporciones de igualdad de la renta.

---

[6] Alarcón Caracuel, M.R., "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución", Aparicio Tovar, J., y López Gandía, J. (Coord.). Tiempo de trabajo. Albacete: Bomarzo, 2007, págs. 50 a 51.

La idea central, como ya reflejara el filósofo BERTRAND RUSSELL hace casi 80 años se concreta en que *«si falta el trabajo, repartámoslo»*. RUSSELL se preguntaba acerca de las razones por las cuales los trabajadores disponen de menos tiempo libre a pesar de que la introducción de las máquinas debería llevar a la situación contraria. Destacaba así que: *«Si el asalariado ordinario trabajase cuatro horas al día, alcanzaría para todos y no habría paro –dando por supuesta cierta muy moderada cantidad de organización sensata–. Esta idea escandaliza a los ricos porque están convencidos de que el pobre no sabría cómo emplear tanto tiempo libre»*[7]. Con el concreto tiempo de trabajo a que se alude se debería dar derecho a un trabajador a los artículos de primera necesidad y a las comodidades básicas de la vida, de modo que el resto del tiempo podría así emplearlo como entendiera conveniente.

Proseguía en su obra el autor afirmando que: *«Los métodos de producción modernos nos han dado la posibilidad de la paz y la seguridad para todos; hemos elegido, en vez de esto, el exceso de trabajo para unos y la inanición para otros. Hasta aquí, hemos sido tan activos como lo éramos antes de que hubiese máquinas; en esto, hemos sido unos necios, pero no hay razón para seguir siendo necios para siempre»*. Se insistía así en la idea de que trabajar en exceso ahora ha dejado de resultar necesario de modo que en lugar de ello cabría dejar lugar a la felicidad, a la alegría de vivir, en lugar del cansancio y el estrés vinculado al trabajo excesivo.

En la actualidad, los argumentos de RUSSELL podrían resultar ingenuos, comenzando por la relación de equivalencia en cierto modo maniquea, que estableció al vincular la actividad laboral con lo malo, y el ocio con lo bueno. Sin embargo, en el fondo de su argumentación subyace una afirmación incontestada: los avances tecnológicos incumplieron la promesa de liberarnos del trabajo, dejando la sensación de que el tiempo que resta no resulta claramente insuficiente para satisfacer las necesidades del hombre.

## 2. LA REDUCCIÓN DE JORNADA EN SU LABERINTO

El principal objetivo de la reducción de jornada se centra en el anhelado objetivo de incremento del empleo, y ello al margen de la incidencia que se pueda producir respecto de la productividad de las empresas –neutra para unos, positiva para unos tantos y negativa, probablemente, para la mayoría-. El balance final del debate vendrá ponderado a través de una serie de variables económicas y productivas que mostrarán su incidencia a medio, corto y largo plazo.

[7] RUSELL, B., "Elogio de la ociosidad" (1932), Diario Público. Madrid, 2010.

Los partidarios de la medida como generadora de empleo esgrimen que este efecto solo se podría alcanzar de forma conjunta no solo a través de la reorganización del tiempo de trabajo sino con el apoyo económico por parte de la Administración que facilite la asunción del gasto en empleo. La coordinación de las variables que se describen debe articularse a través de la negociación colectiva al desempeñar un papel clave en este ámbito al modular la forma de reducir la jornada, el volumen de creación de empleo, el apoyo financiero estatal y la incidencia sobre el factor salarial[8].

La práctica deja en evidencia como en la mayoría de las actividades la reducción de una hora diaria de trabajo termina ofreciendo un resultado similar al inicial. Se constata así que las empresas absorben con relativa facilidad la reducción a través de ligeros incrementos de productividad. Pero para que se produzca la creación neta de empleo se precisa que la reducción de jornada resulte suficientemente sustancial como para que el consecuente incremento de productividad no elimine las opciones de creación de empleo.

La cuestión que constituye el objeto de debate se centra en determinar sobre quién debe recaer la reducción de la jornada, dado que una reducción de jornada sin un paralelo incremento de salarios equivale a un aumento de salario por el tiempo de trabajo que perciben los trabajadores. Si la reducción provoca un incremento unitario del coste laboral –coste laboral respecto a la productividad- la consecuencia ineludible será la traducción del incremento de precios en los bienes y servicios producidos, repercutiendo así sobre los beneficios de la empresa que se verían reducidos, circunstancia que en números globales implicaría una caída de la inversión y una mayor tasa de desempleo. De otro lado, si se produce una rebaja paralela de jornada y salario, todo el coste del reparto del empleo correría por cuenta de los trabajadores, lo que llevaría a lo que se ha venido en denominar *«solidaridad de una sola clase».*

### 2.1 Balance sobre los argumentos a favor y en contra de la reducción de la jornada de trabajo

Entre los defensores de la reducción de la jornada laboral uno de los argumentos esgrimidos con mayor insistencia se centra en la mejora de la salud de los trabajadores y, en general, de su calidad de vida[9]. De hecho los investigadores que han llevado a cabo estudios sobre esta materia concluyen que las jornadas laborales excesivamente largas generan las principales fuentes de estrés en el trabajo y se erigen en el primer motivo de causación de accidentes

[8] García-Perrote Escarpín, I., Mercader Uguina, R., El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo), Revista de Información Laboral num.10/2016.

[9] Hernández Núñez, R., "La reducción de la jornada a 35 horas", Madrid, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1998, pág. 6.

laborales[10]. En esto contexto la mejora de la salud de los trabajadores repercutiría en un incremento de la productividad, incidiendo a su vez en una mejora de los índices de absentismo por enfermedad. En forma complementaria el incremento del tiempo de ocio incrementaría las opciones de consumo con lo que podría aumentarse la demanda agregada y el nivel de producción de las empresas.

Pese a todo la reducción del tiempo de trabajo traducida en su hipotética sustitución por ocio podría ser cierta para determinados niveles de renta compatibles con elevados niveles de consumo. Sin embargo, ello no es extensible para los trabajadores con ingresos bajos pues el incremento del tiempo libre en estos supuestos no podrá generar un incremento proporcional del consumo vía opciones de ocio. En este contexto de salarios reducidos y trabajo inferior a jornada completa se puede favorecer el pluriempleo antes que derivar hacia el consumo la disponibilidad adicional de tiempo.

Entre los argumentos esgrimidos por los opositores a la medida de reducción de la jornada se encuentra la pérdida de competitividad internacional. La globalización permite de forma incisiva la liberalización de capitales introduciendo la reducción de jornada un mecanismo que puede alterar el equilibrio en que se apoya la competitividad de modo que aquellos productores que rebajen sustancialmente el tiempo de horas de trabajo tendrán que asumir un resultado que se traduce en unos mayores costes para el producto finalmente producido.

La comparativa en relación a los mercados de trabajo de las economías industrializadas de los países de nuestro entorno muestra la implantación decidida del fenómeno de la globalización. En este contexto, todos los países han precisado un incremento del factor trabajo para detener la destrucción de empleo asociada a la crisis económica, buscando recuperar el nivel de producción anterior al inicio de la crisis, procurando establecer condiciones más favorables para poder competir a nivel internacional a través de la reducción de los precios de los productos[11]. Desde esta perspectiva se observa que si la reducción de la jornada puede ser una medida positiva para la mejora de la calidad de vida de los trabajadores existen múltiples indicadores económicos que hoy puedan desaconsejar abordar esta medida en nuestro país, tales como:

- La dura competencia internacional exige concentrar los aumentos de productividad a través de los precios.

[10] THOMPSON, E. P., The making of the English working class. Penguin Books. Harmonds-worth. Middlesex, 1968.

[11] SAGARDOY & ABOGADOS, Reflexión sobre la reducción de la jornada a 35 horas en España, Revista de Derecho Alex, VLEX-112434.

- La experiencia derivada de los países de nuestro entorno en el pasado no refleja una mejora del empleo a consecuencia de la reducción de la jornada, mostrando efectos incluso negativos a pesar de los incentivos estatales a la creación de empleo.

- La duración de la jornada laboral española se encuentra dentro de los parámetros de las más bajas de los países de nuestro entorno a excepción de Estados Unidos, como reflejo de la negociación colectiva concertada entre las asociaciones patronales y sindicales.

### 2.2 La equiparación de jornada de los empleados públicos

Una de las cuestiones críticas para resolver si la jornada laboral de los empleados públicos debe estar equiparada en todas las Administraciones Públicas nos lleva a considerar los argumentos que justifican esta decisión. La pregunta que se enunciaría a continuación es si debe existir una norma jurídica de referencia que hubiera de fijar el límite mínimo de la jornada laboral.

De otro lado también se ha de calibrar, más en tiempo de crisis, la balanza entre las obligaciones de la Administración a la hora de proporcionar unos servicios públicos de calidad a favor de los ciudadanos y los derechos de los empleados públicos a quienes debe garantizarse tanto su descanso como su tiempo de ocio[12].

No parece, pues, que se trate de una opción descabellada, sino más bien una opción lógica el que todos los empleados públicos cuyas retribuciones deriven de unos presupuestos correspondientes a una Administración o Entidad Pública tengan como límite la realización de una misma jornada mínima. No en balde, las fórmulas de financiación de la actividad laboral realizada procede del cumplimiento de las obligaciones tributarias que en igual o progresiva forma afectan a todos los ciudadanos, quienes en modo paralelo pueden entender exigible que los empleados públicos independientemente del lugar de destino lleven a cabo una jornada no inferior a un determinado número de horas[13].

Acometer una unificación normativa del límite horario para todos los funcionarios públicos en razón a lo expuesto puede implicar grandes ventajas que, no obstante, para algunos podrían ser inconvenientes. Y ello será así dado que si los horarios se uniforman en su límite mínimo para todo el sector público, esta materia dejaría de ocupar un papel central en el ámbito negociador o como

[12] Rodríguez Escanciano, S., La ampliación de la jornada semanal de los empleados de las administraciones locales, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, Vol. 6, Nº 2 (May), 2013, págs. 249.

[13] Arribas López, J.E., "La jornada de trabajo de los empleados públicos y el RD-Ley 20/2011: una oportunidad perdida que se puede recuperar, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 837/2012

moneda de cambio para cada una de las Administraciones o Entidades de carácter público.

El Estatuto Básico del Empleado Público en su artículo 47 respecto a la jornada laboral de los empleados públicos declara que: *«Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial».*

A la vista de la anterior regulación normativa habría sido suficiente para unificar el límite mínimo de la jornada laboral de todos los funcionarios incorporar un mínimo añadido relativo a este extremo para que hubieran quedado afectados por la norma cualesquiera funcionarios independientemente de la Administración o Entidad Pública para la que prestaran servicios. Y ello, siempre sería así de encontrarse bajo el ámbito de aplicación del indicado Estatuto Básico.

En la forma expuesta de haberse contemplado la reforma del artículo 47 del Estatuto Básico del Empleado Público haciendo mención expresa a la regulación del número mínimo de horas a desempeñar por los empleados públicos, las Leyes de Función Pública que lo desarrollan se habrían visto obligadas a contemplar este aspecto sin poder acometer un incumplimiento del mismo, quedando así fijadas a nivel general para todas las Administraciones del Estado.

### 2.3 La experiencia francesa como punto de referencia

Uno de los logros más significativos de los planteamientos políticos y sociales acometidos por la izquierda francesa, la jornada de 35 horas de trabajo aprobadas por el gobierno socialista de LIONEL JOSPEN (cuyo mandato cubrió el período 1997 a 2002) llegó a su fin con la votación en el parlamento francés llevada a cabo el día 23 de julio de 2008. Quedó así aprobado un proyecto de ley sobre la renovación de la democracia social que venía a incorporar una de las promesas electorales formuladas por el presidente NICOLAS SARKOZY, que procedió así a destacar uno de los emblemas de su mandato, condensado en la fórmula *«trabajar más para ganar más».*

Desde la oposición se consideró la medida como una *«regresión social»* y una *«desregularización sin precedentes»* que devolvía a los trabajadores a la situación característica del año 1919. Sin embargo, la reforma no acomete una eliminación de las 35 horas como mínimo legal. Se mantienen si bien se autoriza a las empresas a incrementar el tiempo de trabajo previo pacto sector a sector con sindicatos o representantes de los trabajadores. Se admite así que la norma amplíe el recurso a las horas extras sin necesidad de solicitar permiso a los inspectores de trabajo, siempre que se observe el límite máximo de 48 horas

semanales. En el sentido expuesto las empresas podrán acometer la negociación de la jornada laboral y las contrapartidas a la misma dejándose sin efecto las obligaciones establecidas en cada sector hasta la fecha.

La jornada de 35 horas semanales ha sido una de las materias objeto de controversia más destacadas en el ámbito laboral en Francia trazando una línea fronteriza –a favor o en contra- entre las posiciones características de la derecha y la izquierda generando una enconada confrontación.

Del informe realizado por tres economistas de prestigio para el CAE (*Conseil d'Analyse Economique*[14] *(CAE)*, se desprendía una valoración negativa de la normativa de las 35 horas, toda vez que la misma había acentuado la reducción del tiempo de duración del trabajo respecto a los principales socios comerciales de Francia. Considerando un lapso temporal que cubre los años 1998 a 2004 la duración media del tiempo de trabajo anual del conjunto de los trabajadores asalariados se había reducido en un 1% en Francia, mientas que en otros países se había reducido: un 0,1% en EE.UU., el 0,2% en España, el 0,4 en el Reino Unido, mientras que en Alemania quedaba reducida al 0,9%. La disminución descrita se centraba en el supuesto francés en los trabajadores a jornada completa mientras que en los demás países se centraba en el desarrollo del trabajo a tiempo parcial.

El paladín de la reforma fue el presidente francés Sarkozy que se había referido a la jornada de 35 horas como *«una catástrofe generalizada para la economía francesa»*[15]. La iniciativa incorporó en su momento un caso único en Europa traduciendo una emblemática propuesta socialista de reducción de la jornada de 39 a 35 horas. Su propulsor, Lionel Jospen, expuso como argumento la necesidad de luchar contra el desempleo a través del reparto del tiempo de trabajo.

Las estimaciones que facilitó el Instituto Nacional de Estadística concluyeron que la adopción de la jornada de 35 horas permitió la creación de 350.000 puestos de trabajo durante el periodo 1998 a 2002. No obstante, había que tener presente que esa reactivación del mercado laboral en buena medida se alcanzó a través de subvenciones públicas facilitadas por el Estado a las empresas.

La posición tanto de la derecha como de las empresas estimó que las 35 horas implicaban un peso para la economía francesa al penalizar la competitividad empresarial. Por su parte los partidos socialista y comunista ante la reforma

[14] Artus, P., Cahuc, P., Zilberberg, A., Temps de travail, revenu et emploi, Rapport du Conseil d'Analyse Economique (CAE), n.º 68, 2007, París, pág. 19.

[15] Huber, M, Sarkozy volteó la ley de 35 horas laborales, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo* - núm. 40, Septiembre 2008.

laboral acometida hablaron de *«regresión social»* que venía a introducir perjuicios en el equilibrio entre la vida privada y la profesional.

La Ley francesa se había marcado como objetivo conseguir para la generalidad de las empresas la jornada de 35 horas, a través de dos etapas: en la primera, y de forma automática, para las plantillas de trabajadores con más de 20 empleados, estableciéndose la obligatoriedad para el resto de las empresas a partir del año 2002. Como contrapartida se dispuso el establecimiento de un calendario anual para las empresas, así como la concesión de subvenciones a aquellas empresas que crearan empleo y, en último término el conocido y reivindicado *«aménagement»* que permitía a los empresarios disponer del tiempo de trabajo en forma irregular.

Quienes se oponían a la medida impuesta oponían el paralelo incremento de costes salariales situado en un 11,43%. Frente a ello los partidarios de la nueva jornada aducían que este incremento de costes podría moderarse a través de tres mecanismos, que debían administrarse adecuadamente: la sustitución del tiempo de trabajo que se dejaba de prestar; las contrataciones compensatorias y, en último término, los impactos de la organización del tiempo de trabajo[16].

Desde la perspectiva empresarial la obligación de reducir la jornada semanal imponía obligadamente la necesidad de reacción para que la competitividad no se viera notablemente afectada. A tal efecto se imponían dos tipos de medidas: establecer fórmulas de trabajo que permitieran incrementar la productividad de los trabajadores o bien acometer una reducción del salario que pudiera traducir la consecuente menor prestación de servicios.

Tras la contrarreforma SARKOZY formalmente se mantuvo la referencia legal de las 35 horas semanales si bien las empresas podían solicitar a los trabajadores prestar servicios más horas (o incluso más días). Se facilitaba así un coste suplementario de la hora de trabajo que apenas venía a incrementar el coste de una hora de trabajo ordinaria, lo que venía a contrastar con lo ocurrido en el Reino Unido donde las horas que superan las 40 semanales se venía a abonar con un recargo del 50%.

Se puede constatar que las iniciativas recientes para repartir el trabajo se han saldado con un final desafortunado[17]. Junto a la experiencia francesa, Alemania también dio un paso en falso en los años 80 cuanto intentó introducir por

[16] GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, I., MERCADER UGUINA, R., El permanente debate sobre la jornada laboral, cit., pág. 1.

[17] Lo expuesto no obsta los análisis que consideran ejemplar y muy valiosa la experiencia francesa. Vid. DE LA FUENTE LAVÍN, M., ZUBIRI REY, J.B., Efectos sobre el empleo de la reducción del tiempo de trabajo: Aprendizajes de la experiencia francesa, Ian Harremanak, 2016, I, 79 a 105.

la vía de la negociación colectiva la reducción de jornada. No obstante, en el caso caso es destacable la gran innovación propuesta por la empresa *Volkswagen* y el Acuerdo llevado a cabo en el sector metalúrgico de 1994 al ponerse en práctica la semana de cuatro días.

En cuanto a la iniciativa francesa, más allá del apoyo público a la limitada creación de empleo quedó saldada con una situación de fracaso pudiéndose constatar en la actualidad que las nuevas líneas reformistas del gobierno *Macron* están alejadas de las medidas próximas a la reducción de la jornada laboral. Parece constatarse así la insuficiencia de la reducción de jornada a 35 horas no solo por carecer del efecto deseado respecto a la creación de empleo sino debido al carácter elástico del rendimiento.

De otro lado, también ha de tenerse en cuenta que el proceso de liberalización de los flujos de capital y la globalización han alcanzado unos niveles de desarrollo tales que parece imposible no tenerlos en consideración en el análisis de la situación económica actual al plantearse la posibilidad de una reducción de la jornada de trabajo, y más en consideración a la posible alteración de los mecanismos en que se sustenta la competitividad.

En relación al efecto de la globalización sobre la jornada se trabajo se ha afirmado por la doctrina que: *«Tiene el potencial de desencadenar una competencia reguladora destructiva, con el resultado de una nivelación descendente de las protecciones presentes en las legislaciones de trabajo, incluidas las relativas a las horas de trabajo»*[18].

## 3. ARGUMENTOS QUE EXPRESAN LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA

El pasado 14 de julio de 2017 el Gobierno de España anunció la interposición de un recurso ante el Tribunal Constitucional frente al Decreto ley de la Junta de Andalucía que estableció la jornada de 35 horas semanales para los empleados públicos. Simultáneamente el ministro portavoz Sr. Méndez de Vigo anunció la intención de recurrir los Presupuestos de la Junta de Andalucía.

Se anticipó en la comparecencia realizada por el ministro que la rebaja a 35 horas respecto de las 37,5 que tienen el resto de trabajadores públicos infringe lo previsto a tal efecto en los Presupuestos Generales del Estado de 2013, al fijar para toda España una jornada de trabajo en las Administraciones Públicas en 37,5 horas. La medida también venía a incumplir lo previsto en

[18] Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J, Tiempo de Trabajo y ciclos vitales, op. cit., pág. 56.

el Real Decreto de Medidas Urgentes de racionalizacion del gasto público establecidas en el ámbito educativo.

La precisión que se subrayó en este anuncio traducía la idea de que los funcionarios *«son funcionarios del Estado»* que quedan sometidos a un régimen uniforme que no puede quedar sujeto o dependiente de cada una de las comunidades que integran el Estado, pues resulta uniforme y general que todos los funcionarios independientemente de su residencia quedan sujetos a la obligación de cumplir con las 37,5 horas de trabajo[19].

Las razones que se exponían como justificadoras del recurso se centraban en motivos de fondo y de forma. En cuanto al motivo de fondo se apelaba a que la media no era *«vertebradora, ni cohesionadora»;* en cuanto a la cuestión de forma se recriminaba el recurso al Decreto Ley, dado que se apreciaba que no concurría un supuesto de excepcional y urgente necesidad para deshacer el marco común aplicado al resto del país.

En lo que se refiere a la incidencia en los Presupuestos se advertía que afecta a la partida que permite la contratación de trabajadores como refuerzo de la plantilla para aquellos supuestos en que se estime necesario, provocando además una notable desviación de los presupuestos inicialmente fijados.

La Junta de Andalucía por su parte mantiene su competencia para la regulación de la jornada del personal público que se encuentra bajo su ámbito, estimando el Gobierno que el Decreto Ley 5/2016 de la Junta viene a infringir lo dispuesto en los Presupuestos Generales del Estado para 2013, al establecer una jornada para el personal al servicio de las Administraciones Públicas fijada en 37,5 horas, incumplimiento que se extiende al Real Decreto ley 14/2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

Se advierte, además que la fórmula del Decreto Ley no es el instrumento idóneo para afrontar la regulación planteada toda vez que existe una normativa estatal de la materia, de modo que al no existir una extraordinaria y urgente necesidad para introducirlos sólo cabrían a través de la previa modificación y reforma de la ley estatal, habiéndiose constatado la constitucionalidad de este planteamiento por el propio Tribunal Constitucional.

[19] Agencia EFE de noticias, El Gobierno recurre la jornada de 35 horas del sector público en Andalucía. La anulación de la medida de la Junta puede afectar a más de 270.000 funcionarios, 14-07-2017. Disponible en la URL: http://www.huffingtonpost.es/2017/07/14/el-gobierno-recurre-la-jornada-de-35-horas-del-sector-publico-en_a_23030456/

De otro lado, el recurso interpuesto con el dictamen favorable del Consejo de Estado, se formalizó al no haberse logrado un acuerdo en las negociaciones llevadas a cabo con los representantes de la Junta.

Falta, por otra parte, recoger la postura de los actores sociales implicados. El Sindicato Andaluz de Funcionarios (SAF) dejó de manifiesto que la reducción de la jornada a 35 horas para los funcionarios, dada la modificación legislativa acometida por el Gobierno fijándola en 37,5 sería una opción de muy limitado recorrido que se traduciría en un mero *«brindis al sol».*

Por su parte UGT Andalucía tachó a la postura del Gobierno como irresponsable quedando en el aire la materialización de los 7.000 contratos de trabajo previstos para compensar la reducción de jornada, dejando en evidencia una vulneración del derecho fundamental a la negociación colectiva.

El Recurso también se extendió contra los presupuestos de la Junta de Andalucía para 2017, incidiendo específicamente sobre los preceptos que permiten la contratación de personal laboral así como el nombramiento de personal de carácter estatutario temporal y funcionario interino, en desarrollo de la facultad de contratación asociada a la reducción de la jornada ordinaria a 35 horas semanales.

Se advierte que tras la aprobación en 2012 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, quedaron fijados unos límites de déficit y endeudamiento establecidos por la Administración estatal, que dieron lugar a una disposición contenida en los Presupuestos Generales del Estado correspondientes a 2013 en cuya Ley se fijó una jornada general de trabajo que estableció como tope mínimo las 37,5 horas, en tanto que la constitucionalidad y vigencia de la medida fue adverada por el propio Tribunal Constitucional.

En el modo que se describe la eventual declaración de inconstitucionalidad del establecimiento de la jornada laboral ordinaria en 35 horas semanales, implicaría la consecuente inconstitucionalidad de la habilitación presupuestaria para materializarla en la Ley de Presupuestos de la Junta de la Andalucía, quebrantando así e invadiendo, como expresa el Consejo de Estado, competencias de carácter estatal.

### 3.1 Análisis de los precedentes doctrinales del Tribunal Constitucional (STC de 26 de septiembre de 2016)

En términos de interpretación jurídica la fricción que se produce entre la Administración Autonómica que establece dentro de su ámbito un horario mínimo legal inferior al fijado por la Administración Estatal plantea cuestiones relacionadas con una posible colisión con derechos fundamentales de los trabajadores, entre los que destaca el derecho a la negociación colectiva o

el derecho de libertad sindical, afectando a las relaciones entre fuentes del Derecho del Trabajo[20].

A la hora de ubicar el problema de la constitucionalidad de la medida adoptada por la Junta de Andalucía respecto de los empleados públicos que dependen de las Entidades que integran la Comunidad Autónoma, resulta conveniente analizar los pronunciamientos existentes al respecto de cuestiones paralelas procedentes del Tribunal Constitucional.

A tal efecto debemos remitirnos a la sentencia, de 26 de septiembre de 2016, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 2165-2016 promovido por la representación del Gobierno frente al artículo 1 de la Ley de Castilla-La Mancha 7/2015, de 2 de diciembre. Esta norma venía a modificar la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del plan de garantías de servicios sociales, en materia de jornada de trabajo, extendiéndose el recurso frente a la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015.

La demanda interpuesta expone que la norma impugnada *«introduce una regulación de la jornada laboral del personal al servicio del sector público en treinta y cinco horas semanales».* Como puede advertirse se trata exactamente del mismo presupuesto normativo evaluado en el caso de la medida adoptada por la Junta de Andalucía.

La argumentación de la demanda mantiene que la previsión normativa sobre la jornada laboral de los empleados públicos *«contradice de forma directa la regulación estatal sobre la materia contenida en la disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, dictada con carácter básico al amparo de los artículos 149.1.7ª, 149.1.13ª y 149.1.18ª CE»* según la cual se establece que *«la jornada de trabajo del personal del Sector Público, incluido el personal estatutario, no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual».*

La aludida contradicción implica, a tenor de la demanda la vulneración del artículo 149.1.18ª CE., advirtiendo según la STC 156/2015 que *«corresponde al Estado establecer las bases del régimen de derechos y deberes de los funcionarios públicos y a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en relación*

[20] VALLEJO DA COSTA, R., Sobre la legitimación de las Administraciones Públicas Autonómicas para modificar el régimen de jornada de trabajo establecido en convenio colectivo del personal laboral a su servicio, Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm. 39/20125/2012, pág. 107.

*con la función pública autonómica y local…».* También quedarían afectados los principios constitucionales de igualdad y solidaridad (STC 148/2006) al repercutir sobre las previsiones relativas a los permisos y vacaciones de los funcionarios comunes a todas las Administraciones.

Concluye la demanda que la imposición de una jornada laboral mínima también afecta a los instrumentos de contención del gasto público, de modo que la normativa autonómica cuando reduce la jornada por debajo del límite mínimo establecido por el Estado lesiona su competencia para determinar las bases de planificación económica general contenidas en el artículo 149.1.13ª CE.

Por su parte la representación de la demandada (las Cortes de Castilla La Mancha) aduce que corresponde al Estado la *«determinación de la tipología y modalidades de la jornada, que es el marco de referencia del deber de trabajar»* si bien no le corresponde *«la cuantificación concreta y específica de esta jornada, ni siquiera con carácter mínimo»,* regulación que excedería el contenido propio de la normativa básica del régimen estatutario correspondiente a los funcionarios públicos.

Prosigue la demandada indicando que la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público limitó las bases del régimen estatutario correspondiente a los empleados públicos dando cabida a amplios márgenes de actuación al legislador autonómico al objeto de que pudiera configurar su propia política de personal. Se entiende que las normas estatales y autonómicas que se encuentran en vigor en materia de empleo público *«atribuyen la competencia para fijar la jornada laboral de sus empleados públicos a cada Administración Pública».*

Se argumenta, además, que la disposición autonómica carece de contenido económico, motivo por el que no tiene conexión directa con los ingresos o gastos del Estado. A este respecto se matiza que el incremento de la jornada de trabajo no retribuido dispuesto por la norma estatal, no muestra repercusión, ni siquiera en forma mediata respecto de la contención del gasto público, quedando sólo amparadas las medidas que muestren un efecto relevante sobre la economía general.

Se añade que la norma recurrida no constituye una regulación directa de la relación laboral existente entre trabajador y empresario sino la determinación específica existente en un sector económico concreto. Se niega, al tratarse de un título transversal, que se produzca una invasión de las competencias estatales.

Pasando al contenido de la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Constitucional comentada se hace constar (FJº 2º) que la DA septuagésimo primera de la Ley 2/2012 ha resultado derogada por el Real Decreto

Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, de tal modo que conforme al *ius superveniens* el parámetro de control de la norma autonómica ha dejado de ser la disposición adicional citada, al no estar vigente al momento discutido en que habían entrado en vigor los artículos 47 y 51 del Real Decreto Legislativo 5/2015, preceptos que constituyen el parámetro mediato de control en virtud del cual procede resolver.

Se advierte a continuación que en el ámbito del régimen jurídico autonómico inciden determinadas competencias estatales, entre ellas el establecimiento de la regulación básica de los derechos y deberes del sector público que tuviera la condición de funcionario. A tales efectos se alcanza a la determinación básica de las retribuciones (STC 96/1990 y 103/1997), permisos y vacaciones (STC 156/2015) y jornada de trabajo (STC 99/2016).

De otro lado, en lo que se refiere al personal del sector público autonómico con vínculo laboral resulta relevante observar la competencia exclusiva que se encuentra atribuida al Estado en el artículo 149.1.7ª CE en materia de legislación laboral. Precisamente al respecto la STC 99/2016 ha indicado que *«el título competencial 'legislación laboral' tiene 'un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios».*

Con criterio complementario, respecto de lo anterior, compete a las Comunidades Autónomas respecto de los funcionarios que en su ámbito desarrollen la prestación de sus servicios, el desarrollo legislativo de la regulación básica estatal partiendo de lo establecido en el artículo 148.1.18ª CE, así como su ejecución. De otro lado cuando se trata de personal laboral a su servicio lo que corresponde no es otra cosa que proceder a la ejecución de la normativa laboral aprobada por el Estado (ex artículo 149.1.7ª CE). En consecuencia el ejercicio competencial que lleve cabo cada Comunidad Autónoma respecto de sus competencias será una actividad constitucionalmente legítima siempre que no se desnaturalicen o se ignoren las decisiones que el Estado pudiera adoptar en desarrollo de sus competencias.

En cuanto a la cuestión principal de debate (F.J.4º) estima el TC que *«de acuerdo con el art. 149.1.18 CE y la doctrina constitucional que lo ha interpretado, el Estado tiene competencia para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que ha de entenderse referida a los de todas las Administraciones públicas, incluyendo materialmente en su ámbito, en principio, la normación relativa "a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios" (por todas, STC 165/2013, de 26 de septiembre, FJ 13). No cabe duda de que la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo constituye una previsión integrada en la esfera "de los derechos y*

*deberes" de los funcionarios (STC 163/2012, de 20 de septiembre, FFJJ 6 y 9), quedando justificada su determinación por el Estado como normativa básica en tanto estamos ante una medida que garantiza una mínima homogeneidad en un aspecto central del régimen estatutario funcionarial como es el tiempo de trabajo o dedicación exigible a todo funcionario, sin que además el legislador haya establecido límite en cuanto a su período de aplicación (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8). No olvidemos también que "este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar "como principio básico la utilización racional del funcionariado existente", así como "básicas aquellas normas que sean necesarias para garantizar la efectividad de dicho principio" (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 42)" (STC 8/2010, de 27 de abril, FJ 4). Asimismo, el hecho de que la previsión examinada no se hubiera contemplado en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) no constituye obstáculo para que, en virtud de la competencia normativa indicada, el legislador estatal proceda a su posterior incorporación en la disposición ahora cuestionada, debiendo recordar que, según este Tribunal ha señalado, "siendo mudables las bases (STC 1/2003, de 16 de enero), también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo" (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60)»*

En forma complementaria, la facultad estatal para fijar la jornada mínima comporta una prohibición de que la jornada laboral en el sector público pueda resultar inferior a 37,5 horas semanales de trabajo efectivo en promedio y en cómputo anual.

En definitiva (F.J. 6º) el TC resolvió que el artículo 1 de la Ley autonómica 7/2015 –pese a la atribución específica de competencias atribuida por los artículos 31.1.l y 39.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha- no ofrece una regulación constitucionalmente legítima, toda vez que ignora una norma que el Estado ha aprobado en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en relación al ámbito material del régimen normativo del personal al servicio del sector público autonómico.

## 4. CONCLUSIONES

El título del presente trabajo de investigación: "La jornada de 35 horas: avance social o planteamiento inconstitucional" ofrece una disyuntiva cuyas claves no reflejan una respuesta excluyente.

El curso histórico del Derecho del Trabajo moderno nos muestra la reducción del tiempo de trabajo, a partir de las amplísimas jornadas de trabajo de la Revolución Industrial, como una de las reivindicaciones claves que conformaron los perfiles en la configuración del nuevo Derecho. En la actualidad la reducción de la jornada de trabajo por debajo de los límites fijados en los

países más industrializados pone en el tapete la gruesa dificultad de superar el problema añadido que surge como consecuencia de verse afectada la competitividad de las empresas.

De hecho el experimento fallido llevado a cabo en Francia de reducir la jornada laboral a 35 horas semanales no produjo el efecto deseado y finalmente tras un corto recorrido fue dejada sin efecto con el cambio de gobierno, apreciándose en la actual tesitura que la cuestión no se encuentra en la agenda política como una de las medidas a aplicar en la mejora de la normativa laboral.

Resulta patente que todos los aspectos positivos que ofrece la disminución de la jornada (posibilidad de un mejor reparto del trabajo y la consecuente creación de empleo, la mejora de la conciliación de la vida familiar y personal, la mejora de las condiciones laborales y del rendimiento a través de una distribución menos extenuante en la distribución de la jornada laboral…) quedan empequeñecidos por los efectos que arroja la globalización: una disminución de la jornada unilateral en alguno de los países industrializados lleva aparejada una pérdida de competitividad que se traduce en un incremento de los precios.

Centrándonos en la cuestión de debate que nos ocupa (la jornada de 35 horas en la Administración) no existe en ningún país de nuestro que la mantenga fijada en esos términos. Tenemos pues una norma estatal que fija la jornada de trabajo en la Administración en 37.5 horas semanales y la iniciativa de varias Comunidades Autónomas centrada en la reducción de la misma a 35 horas semanales. En concreto la iniciativa fue plasmada a través de Decreto Ley por la Junta de Andalucía en sesión del Consejo de Gobierno de 11 de octubre de 2016.

Más adelante, con fecha 24 de julio de 2017 se hizo pública la noticia relativa a la suspensión cautelar acordada por el Tribunal Constitucional respecto de la jornada de 35 horas semanales. De este modo, el Tribunal aceptó a trámite el recurso interpuesto y anula de modo temporal la medida acordada hasta en tanto se produzca una resolución firme.

Pese a que la admisión a trámite del recurso no determina cuál habría de ser la resolución final que el tribunal pueda adoptar sobre la constitucionalidad de la norma, el escenario más probable que se baraja pasa por ratificar la doctrina expuesta en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2016, sentencia cuya argumentación deja poco espacio para que las Comunidades Autónomas puedan establecer un horario mínimo de trabajo para los funcionarios por debajo del establecido a nivel estatal.

Pese a todo, la difícil encrucijada en que se encuentra la propuesta de la Comunidad Autónoma andaluza, con unas expectativas de éxito limitadas tras la iniciativa de la representación estatal, adquiere una nueva perspectiva a tra-

vés de las próximas medidas que pretende implantar el gobierno, dado que se ha hecho pública la intención de estudiar para 2018 la jornada de 35 horas en el sector público, si bien se anticipa que se estudiarían los sectores concretos donde se podría aplicar la medida. Puede apreciarse, por tanto, que lo que parece una vía muerta desde el punto de vista de la normalización legislativa podría resultar viable después de la iniciativa propuesta por el ejecutivo.

Uno de los elementos cruciales para resolver las incógnitas abiertas tiene que ver con la financiación del gasto asociado a la creación de los puestos de trabajo. La predicada posibilidad de creación de 7.000 puestos de trabajo en el ámbito de la función pública andaluza no aparece como un mero automatismo entre la reducción de la jornada y la posibilidad de suscripción de esos puestos de trabajo.

Para poder incrementar el gasto público resulta imprescindible disponer de medios financieros para cubrir la ampliación de gasto. En períodos de expansión económica como el presente la creación de los citados puestos de trabajo puede incluso no generar déficit; el problema puede surgir en la consideración de un ciclo económico largo donde no es fácil pensar que durante el mismo se mantenga la evolución expansiva de la economía[21]. En ese contexto sí se podría plantear la dificultad para sostener presupuestariamente el coste añadido que se vincula a la citada creación de puestos de trabajo.

La lógica interna de la decisión de adoptar la jornada de 35 horas semanales hace entrar en juego diversas variables a tener en cuenta. Entre ellas los antecedentes de la medida en países de nuestro entorno. No existe, efectivamente, en ningún país de la Unión Europea y el único lugar donde estuvo temporalmente vigente fue en Francia, donde no sólo fue dejada sin efecto, sino que no entra dentro del debate de las posibles reformas legislativas planteadas en la actualidad en este país.

Analizando la medida desde otra perspectiva se pueden asumir criterios de transparente justicia respecto de la decisión adoptada por la Junta de Andalucía a la hora de acordar la reducción de la jornada laboral de los funcionarios de 37,5 a 35 horas. La reducción de jornada implica una reducción de un 6,66% de la jornada previa preexistente. Ahora bien, si observamos los datos existentes respecto de la pérdida de poder adquisitivo de los salarios se confirma que los empleados públicos han sido uno de los sectores más afectados por la crisis situándose la pérdida de poder adquisitivo en una cifra que se encuentra en torno al 10%.

[21] Cfr. Crespo Rodríguez, A., "Indicadores de competitividad: la importancia de la asignación eficiente de los recursos", en AA.VV. Informe del Banco de España, Boletín Económico, Diciembre de 2011.

Queda claro a través del mandato constitucional del artículo 103.1 de la Constitución Española que las Administraciones Públicas quedan obligadas a aplicar una política de gestión eficiente de los recursos de que disponen, expresando este precepto que: *«La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».* Por el motivo expuesto, en el año 2010 el gobierno socialista de Zapatero dio paso a una etapa de austeridad que provocó una reducción media del sueldo de los funcionarios en torno al 5%, siendo el recorte más significativo para los que ocupaban altos cargos. En los años siguientes se acordó la congelación salarial que se prolongó hasta el año 2016. Durante ese período se puede constatar una subida de precios del 7% lo que lleva en promedio a una pérdida media del 10% para los funcionarios públicos.

Esta cifra viene a coincidir con la devaluación genérica operada por los salarios durante el periodo de crisis posterior al año 2008. Como muestra el Instituto Nacional de Estadística considerando un valor 100 para precios y salarios el 2014 el índice de precios al consumo se sitúa en el 108,5 en tanto que los salarios se han reducido al 99,3. De los datos expuestos se desprende una pérdida de poder adquisitivo general de los trabajadores del 9,2%.

Como conclusión al debate aludido si la pérdida de poder adquisitivo de los salarios de los funcionarios durante la crisis se sitúa en una cifra que ronda el 10%, no parece que se produzca un desequilibrio en cuanto a derechos si la jornada de trabajo se reduce en un 6,66%, pues como consecuencia de la crisis la disminución de la jornada habría sido totalmente absorbida por una correlativa (e incluso superior) pérdida de salarios reales por debajo del incremento de la inflación.

## BIBLIOGRAFÍA

Agencia EFE de noticias, El Gobierno recurre la jornada de 35 horas del sector público en Andalucía. La anulación de la medida de la Junta puede afectar a más de 270.000 funcionarios.

Artus, P., Cahuc, P., Zilberberg, A., *Temps de travail, revenu et emploi, Rapport du Conseil d'Analyse Economique* (CAE), n.º 68, 2007, París, pág. 19.

AA.VV. Jornadas y Horarios de trabajo. Datos a partir de la VII encuesta nacional de condiciones de trabajo, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), Madrid, 2014.

Alarcón Caracuel, M.R., "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución", Aparicio Tovar, J., y López Gandía, J. (Coord.). *Tiempo de trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2007.

Aparicio Tovar, J., "Prolog". En: Trillo Párraga, FJ, *La reglas sociales Construcción y del tiempo de Trabajo: identidades y Trayectorias laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

Arribas López, J.E., "La jornada de trabajo de los empleados públicos y el RD-Ley 20/2011: una oportunidad perdida que se puede recuperar, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.837/2012 parte Comentario.

Crespo Rodríguez, A., "Indicadores de competitividad: la importancia de la asignación eficiente de los recursos", en AA.VV. *Informe del Banco de España, Boletín Económico*, Diciembre de 2011.

De la Fuente Lavín, M., Zubiri Rey, J.B., Efectos sobre el empleo de la reducción del tiempo de trabajo: Aprendizajes de la experiencia francesa, *Ian Harremanak*, 2016, I.

García-Perrote Escarpín, I., Mercader Uguina, R., El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo), *Revista de Información Laboral* num.10/2016.

Hernández Núñez, R., "*La reducción de la jornada a 35 horas*", Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, 1998.

Huber, M, Sarkozy volteó la ley de 35 horas laborales, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo* - núm. 40, Septiembre 2008.

Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J, *Tiempo de Trabajo y ciclos vitales: estudio crítico del modelo normativo*, Comares, 2009.

Ribero de Oliveira Silva, J.A., *La flexibilización del tiempo de trabajo y la violación del derecho a la salud laboral*, 2012, Ciudad Real.

Rodríguez Escanciano, S., La ampliación de la jornada semanal de los empleados de las administraciones locales, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, Nº 2 (May), 2013.

Rusell, B., *"Elogio de la ociosidad"* (1932), Diario Público, Madrid, 2010.

Sagardoy & Abogados, Reflexión sobre la reducción de la jornada a 35 horas en España, *Revista de Derecho Alex*, VLEX-112434

Thompson, E. P., *The making of the English working class*. Penguin Books. Harmonds-worth. Middlesex, 1968.

Trillo Párraga, F.J., *"La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales",* Lex Nova, 2010.

Vallejo Da Costa, R., Sobre la legitimación de las Administraciones Públicas Autonómicas para modificar el régimen de jornada de trabajo establecido en convenio colectivo del personal laboral a su servicio, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. núm.39/20125/2012.

# LA GESTIÓN EFICAZ DEL CONFLICTO LABORAL: ¿ES POSIBLE, A PESAR DEL NUEVO MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Mª Isabel Granados Romera

*Profesora Contratada Doctora*
*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Granada

Índice

I. Planteamiento general
II. El procedimiento arbitral y la solución de conflictos colectivos de intereses
1. La constitucionalidad de la regulación del descuelgue: una cuestión controvertida
2. La interpretación oportunista de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014
3. El comportamiento incoherente de los poderes públicos en el diseño de la reforma
4. La elusión del arbitraje obligatorio de la CCNCC: ¿es técnicamente posible?
III. Los procedimientos de mediación y arbitraje y la solución de conflictos sobre derechos
1. Los sistemas autónomos de solución de conflictos colectivos sobre derechos: un campo con "zonas oscuras"
2. Procedimientos autónomos de solución de conflictos sobre derechos: algunas disfunciones técnicas
3. Viabilidad jurídica de la solución autónoma de conflictos colectivos sobre derechos
4. La solución autónoma de conflictos sobre normas convencionales: la revisión del convenio colectivo "ante tempus"
IV. Conclusión fina

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las reformas laborales de 2010, 2011 y en especial la de 2012, han incidido de un modo directo en el modelo legal de negociación colectiva. Son muchas las excepciones introducidas al principio de intangibilidad del convenio colectivo: la inaplicación del convenio colectivo -habilitando incluso la legalidad del arbitraje obligatorio-, o las posibilidades de desvinculación del convenio de empresa prevista en art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, evidencian que el contenido que el Legislador asigna al derecho de negociación colectiva tiene una dimensión distinta y considerablemente disminuida.

Es incuestionable que el Estatuto de los Trabajadores del año 2015 atempera la garantía de la fuerza vinculante del convenio, y desde ese punto de vista, podría considerarse que apuesta por un modelo de negociación dinámico, de negociación permanente, frente al sistema estático y conflictual diseñado en el Estatuto de 1980. Sin embargo, paradójicamente la alta dosis de flexibilidad introducida en la reforma, no viene acompañada de un incremento de las posibilidades negociadoras, propias de un sistema de negociación, dinámico, sino de un refuerzo del autoritarismo.

Es posible comprender y compartir, que en una situación de crisis económica como la que ha vivido nuestro país desde el año 2008, sea imprescindible una mayor agilidad y rapidez en la gestión del conflicto laboral, pero se ha de rechazar que la vía para conseguir dicho objetivo sea la transformación del deber de negociación en el deber de acordar.

No obstante, considero que el análisis de la efectividad de la mediación y el arbitraje en la gestión de la conflictividad laboral requiere diferenciar entre conflictos de intereses y conflictos sobre derechos, pues plantean problemáticas muy distintas.

Es evidente que la reforma ha sido especialmente incisiva con la regulación de ciertos mecanismos de solución de determinados conflictos sobre intereses. Que las nuevas condiciones de trabajo de una empresa tras el descuelgue, puedan proceder de un órgano administrativo como es la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC, en adelante), o de los órganos homólogos de las Comunidades Autónomas, supone, a mi juicio, un ataque directo a la línea de flotación del derecho de negociación colectiva, aunque el Tribunal Constitucional considere que se trata de una institución que no genera colisión alguna con el art. 37 de la Constitución de 1978[1], calificándola solamente como una excepción a la fuerza vinculante de los convenios estatutarios[2]. No obstante, a pesar de la discrepancia mantenida al respecto, no sólo

[1] STC 119/2014, de 16 de julio, BOE de 15 agosto, (F.J. 5º).

[2] Vid. Fº. Jº Cuarto.

por buena parte de la doctrina científica[3], sino también por los representantes sindicales y gran número de nuestros representantes políticos, la institución continúa en vigor. Y necesariamente hemos de convivir con ella. Estimo que ante esta situación, la única opción viable para sortear la intervención de la CCNCC u órgano homólogo de la Comunidad Autónoma, y evitar de este modo se activen los supuestos de "excepcionalidad" a la fuerza vinculante del convenio (a mi juicio transgresión del derecho a negociación colectiva), consistirá en la resolución del conflicto de inaplicación en un trámite anterior. La configuración y la articulación jurídicas de dicho trámite será el objetivo de la primera parte de la ponencia.

En segundo lugar, me parece imprescindible, analizar la virtualidad jurídica de la mediación y el arbitraje para la resolución de conflictos sobre derechos, en especial los que versan sobre interpretación y aplicación de normas convencionales. A pesar del desarrollo generalizado de los sistemas autónomos de solución de conflictos fraguados en las distintas comunidades autónomas (SERCLA, PRECO, TAMIB, ORECLA…) y a nivel estatal (ASAC), estimo que tanto el legislador como los agentes sociales, incluso la doctrina científica y jurisprudencial tenemos una asignatura pendiente. Conclusión ésta que obtengo de la escasa efectividad de aquellos sistemas cuando se trata de la resolución de conflictos sobre interpretación y aplicación de normas convencionales[4]. Estimo que esa baja efectividad viene favorecida por la existencia de toda una serie de problemas técnicos inherentes a los procedimientos autónomos de solución de conflictos sobre derechos, que aún continúan irresueltos. La realización de propuestas de solución sobre tales cuestiones será el tema que abordaré en la segunda parte de la ponencia.

## II. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE INTERESES

### 1. La constitucionalidad de la regulación del descuelgue: una cuestión controvertida

El carácter de dudosa constitucionalidad de la intervención de la CCNCC para la determinación de las nuevas condiciones de trabajo en los procesos de descuelgue, fue puesta de manifiesto desde un primer momento por la doctrina científica[5]. No obstante, las críticas fluyeron igualmente desde otros secto-

[3] *Vid. Infra.*

[4] *Vid. Infra*.

[5] Entre otros, véase: GARCÍA BLASCO, J. "La comisión consultiva nacional de convenios colectivos: ¿una institución para revitalizar la negociación colectiva en el escenario de la

res. Muchos de los representantes políticos del país consideraron que la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, adolecía de vicios de inconstitucionalidad, en coherencia con esta postura interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra distintos preceptos de la citada norma, entre los que se encontraba el art. 14.1, que daba nueva redacción al apartado 3 del art. 82 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, es igualmente destacable el comportamiento de las organizaciones sindicales con el planteamiento de las Quejas contra el Gobierno de España ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT[6].

Lo cierto es que el Gobierno no fue especialmente prolijo para defender la constitucionalidad del citado arbitraje obligatorio en el momento de elaboración de la norma. Se limitó a indicar la necesidad de facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial en un contexto de agravamiento de crisis económica. Ante la dificultad de conseguir un acuerdo en ese tipo de conflictos, era imprescindible establecer un sistema que lo asegurase, considerando además, que la intervención de la Administración en la solución del conflicto viene justificada por la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa y la productividad tal y como establece el art. 38 del texto Constitucional[7].

La intervención de la CCNCC, mediante arbitraje obligatorio en los procesos de descuelgue, viene igualmente justificada por parte de la doctrina[8], se aprecia que el derecho a la negociación colectiva no se compromete, en términos globales, ni se compromete su función en nuestro sistema constitucional, con la regulación que hace del descuelgue el art. 82.3; la excepción a la fuerza vinculante del convenio está prevista para supuestos en los que es totalmente legítimo limitar un bien constitucional en beneficio de otros, también constitu-

---

crisis económica?, en VV.AA., *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Dir. por J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 1108-1114; PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T., MOLERO MANGLANO, C., *La flexibilidad interna en la empresa (Una valoración crítica tras las reformas de 2010*, 2011 *y 2012)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p.29; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Los acuerdos de inaplicación del convenio colectivo", en VV.AA., *El sistema de negociación colectiva en España… Op. Cit.*, p. 870; OLARTE ENCABO, S., "Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues", Aranzadi Social, núm. 9, p. 5.

[6] Véase, informe GB.320/INS/12.

[7] *Vid*. Exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE de 7 de julio).

[8] Especialmente prolija es la defensa que en este sentido hace MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., en "Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo", en VV.AA., *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo,* Dir. por J. THIBAULT ARANDA, Madrid, La Ley, 2012, pp. 362 y ss., realiza una argumentación muy detallada sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio de la CCNCC previsto en el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

cionalmente protegidos, y para dar respuesta a situaciones en las que están en juego intereses, no sólo empresariales sino económicos de un ámbito superior.

## 2. La interpretación oportunista de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 119/2014, considera que efectivamente el descuelgue tal y como queda regulado en el art. 82.3 ET es una excepción a la fuerza vinculante del convenio colectivo, sin embargo estima que "*la norma responde a una finalidad constitucionalmente legítima*"[9], ya que pretende la salvaguarda de otros derechos y bienes constitucionales, como son "*el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE)*"[10]. Para el máximo garante constitucional tanto el descuelgue como la intervención de la CCNCC para hacerlo efectivo, permiten "*resolver eficazmente el desacuerdo entre empresa y trabajadores en las medidas de flexibilidad interna que aquella pretende adoptar para hacer frente a una situación de dificultad económica o necesidad de adaptación, con la finalidad de ajustar la regulación a la situación y defender la productividad; se evitaría así la extinción de puestos de trabajo, máxime en un contexto sociolaboral en el que la reducción de la elevada tasa de desempleo constituye un objetivo prioritario para los poderes públicos. Son pues intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo, los que permiten concluir que la intervención decisoria o arbitral diseñada en el art. 82.3 goza de justificación legítima*"[11].

No obstante, aunque desde un punto de vista político la medida pueda considerarse necesaria –más que oportuna-, a mi juicio, como ya he apuntado, dicha limitación carece de acomodo constitucional, entiendo que una grave crisis económica no puede conllevar a la excepcionalidad, o su caso modulación, del contenido esencial de los derechos constitucionales.

Considero que el voto particular formulado por el Magistrado Valdés Dalre a la Sentencia 119/2014, argumenta magníficamente la inconstitucionalidad de la medida. A diferencia de lo que opina el pleno de la Sala al indicar que nuestra Constitución "*no contiene un modelo cerrado de relaciones laborales ni, en particular, de ninguno de los elementos del derecho de negociación colectiva*"[12], el Magistrado y Catedrático de Derecho del Trabajo, D. Fernan-

[9] STC 119/2014, *cit*., f.j. 4º.
[10] *Ibid*. (F.j. 5º)
[11] *Idem*.
[12] *Vid.* STC 119/2014, *cit.* (f.j.4º).

do Valdés, considera que el art. 37.1 CE garantiza un ámbito de "*libertad de organización y de acción*" y "*la fuerza vinculante del convenio, articulada mediante una especial protección conferida a los efectos del resultado negocial*"[13], contenido éste que vincula a todos los poderes públicos. Discrepa el Magistrado, totalmente del canon de constitucionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional que "*ronda de continuo la idea de la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo, al amparo de las determinaciones del art. 38 CE*". Así entiende que "*ni el art. 33 ni el art. 38,*[…] *colisionan con los contenidos de la regulación laboral de las condiciones de trabajo ni con sus fuentes de regulación; en particular con el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE*", precisando a continuación que el derecho a la libertad de empresa viene referido a la libertad de iniciativa empresarial y al ejercicio de esa actividad en condiciones de igualdad[14]. Es decir, el art. 38 se podrá ver afectado por las reglas de ordenación del mercado pero no por el derecho a la negociación colectiva, ni tampoco la defensa de la productividad constituye un elemento de colisión con la negociación colectiva.

En relación a la intervención de la CCNCC para la resolución del conflicto, el voto particular discrepa también, totalmente, de la argumentación mantenida por la sala que basa la constitucionalidad de la medida en la "*salvaguardia de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo*". A juicio del Magistrado una argumentación semejante en un Estado social y democrático de Derecho no es de recibo, se están protegiendo intereses privados "*como son la competitividad y viabilidad de cada empresa en particular*", y ello de ningún modo puede "*terminar erigiéndose en la legítima restricción al ejercicio de derechos constitucionales al pretendido amparo de la libertad de empresa*"[15].

Todo ello lleva a concluir que el procedimiento establecido en el art. 82.3 ET debía haber sido declarado inconstitucional o nulo, por vulnerador del contenido esencial del art. 37.1 CE. Conclusión ésta que también refuerza el Informe aprobado en la 320ª reunión del Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), celebrada los días 13 a 27 de marzo, en la que precisamente, se resolvían las quejas presentadas por las distintas organizaciones sindicales sobre la reformas legislativas de la negociación colec-

[13] *Vid*. STC 119/2014, *cit*. Voto particular (II. A. El encuadramiento constitucional del derecho a la negociación colectiva).

[14] *Ibid*. II.B. La vulneración del derecho de negociación colectiva (art. 37 CE) por el art. 82.3 ET, en la nueva redacción establecida por el art. 14.1 de la Ley 3/2012, que establece la sumisión a un laudo obligatorio en caso de desarcuerdo en el procedimiento de inaplicación de un convenio colectivo estatuario.

[15] *Idem*.

tiva, llevadas a cabo por la legislación española. Concretamente, la conclusión 464 señala que: *"Si un Gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos*"[16].

No cabe duda que el Tribunal Constitucional hizo más política que Derecho optó por el mantenimiento de la norma en vigor, con el objeto de facilitar la recuperación económica a costa de una clara reducción de los derechos constitucionales de carácter social.

### 3. El comportamiento incoherente de los poderes públicos en el diseño de la reforma

Resulta un tanto paradójico, que Gobierno y Legislador, pese a querer acabar definitivamente con el modelo estático de negociación colectiva, y apostar por la flexibilidad y el dinamismo, no acompañen la reforma de medidas que favorezcan esa negociación permanente. Hubiera sido deseable, especialmente en lo que a los conflictos de descuelgue se refiere, una regulación bien distinta de la Comisión Paritaria mediante la que se erigiera en una instancia de negociación constante[17].

No se trata de reclamar una regulación exhaustiva del órgano paritario, en la que no se dejase ningún margen a los interlocutores sociales, pero sí es conveniente dejar cerrados determinados aspectos que favorezcan la negociación en el seno de la comisión, imprescindible por otro lado si realmente la intención del Gobierno y posteriormente la del Legislador fuese que la intervención de la CCNCC tuviera un carácter muy puntual. Simplemente se trata de favorecer un acuerdo previo.

Más adecuada en este aspecto, si el objetivo es favorecer el descuelgue, fue la regulación que preveía el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva[18], su artículo 2 modificaba el 85.3 del Estatuto de los trabajadores, y de un modo claro convertía a la comisión paritaria en sede de negociación permanente[19].

La delimitación clara de los conflictos que ha de resolver la comisión paritaria como mínimo de derecho necesario (ampliable por negociación colectiva)

---

[16] *Vid.* Informe del Consejo de Administración 320.ª reunión, Ginebra, 13-27 de marzo de 2014 GB.320/INS/12.

[17] En este sentido OLARTE ENCABO, S., "Las comisiones paritarias y la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ante los descuelgues", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2014, p. 9.

[18] BOE de 11 de junio.

[19] *Vid*. OLARTE ENCABO, S., "Las comisiones paritarias…", *Op. Cit*., p. 9.

y la regulación específica de la comisión para poder actuar como instancia de negociación deberían haber sido objeto de tratamiento en la reforma de 2012. Evidentemente ello no aseguraría la solución del conflicto pero la favorecería.

## 4. La elusión del arbitraje obligatorio de la CCNCC: ¿es técnicamente posible?

Lo cierto es que evitar la intervención de la CCNCC no ha sido un objetivo primordial del Legislador, a pesar de apuntar su carácter subsidiario. El diseño de una estrategia de protección y promoción de la negociación colectiva no será tarea fácil para los interlocutores sociales atendiendo al marco normativo vigente, no obstante es imprescindible analizar qué posibilidades tienen para ello.

Una de los medios para favorecer la solución del conflicto sobre el descuelgue y evitar el mecanismo arbitral de la CCNCC, consiste en incrementar la operatividad de la comisión paritaria, ello no asegura la resolución de la controversia pero incrementa altamente sus posibilidades. A pesar de la inactividad del Legislador, en este aspecto, los interlocutores sociales necesariamente deben proporcionar una regulación más cuidada del órgano paritario, respecto a sus funciones[20], y respecto al modo que se llevan a cabo las mismas, relegando las cláusulas de estilo y la transposición autómata de modelos[21]. A la comisión paritaria se acudirá si por ley es obligatorio, pero no tendrá ninguna eficacia si no se ha diseñado un sistema de funcionamiento que inspire la confianza de los potenciales usuarios, y que por supuesto se adapte a sus necesidades. Evidentemente son los sujetos negociadores los que tienen el protagonismo absoluto, está a su alcance la configuración de un modelo con tales características además del impulso a su utilización.

Es decir, se requiere de los interlocutores sociales un cambio de mentalidad, ya no se cierra la negociación una vez firmado el convenio, y se vuelve a abrir dentro de unos años, sino que se aparca sólo por períodos cortos de tiempo hasta que una cuestión que no quedó lo suficientemente regulada requiere nuevamente la intervención negociadora. Ello precisa del esfuerzo serio y rotundo de los interlocutores sociales en el diseño de un órgano que sea efectivo.

De todos modos creo que los sistemas autónomos de solución de conflictos (ASAC, SERCLA etc.) podrían favorecer la operatividad de las propias co-

[20] En este sentido ALEMÁN PAEZ, F., "El papel de las comisiones paritarias en la solución de conflictos", en VV.AA., *Jornadas Confederales sobre mediación y arbitraje*, Madrid, Secretaría Confederal de Acción Sindical de UGT, 2000, p. 34.

[21] En este sentido RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., "La intervención previa de la comisión paritaria en los procedimientos del ASEC-II, en VV.AA., *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, dir. E. GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2001, pp. 228-229.

misiones desde el más escrupuloso respecto a la autonomía colectiva. El anexo de recomendaciones que el actual ASAC contiene, me pareció muy oportuno en su momento, pero considero que en esa línea que se inició en 2012 se ha de seguir avanzando. Estimo que no han de tratarse de meras recomendaciones, creo que sería conveniente que todos los convenios sectoriales contuvieran una regulación similar a la que en tal anexo se propone, de modo que la aplicación del ASAC conlleve respetar un régimen jurídico completo que asegure el funcionamiento de la comisión paritaria. En este sentido, los convenios colectivos que no contemplasen una regulación en tal sentido, se aplicaría la prevista en el ASAC de modo subsidiario, la naturaleza jurídica del Acuerdo lo permite sin lesionar la autonomía colectiva, conclusión ésta que puede extenderse a los Acuerdos autonómicos de solución de conflictos.

No obstante, para eludir el trámite de la CCNCC la negociación colectiva tiene a su alcancen un instrumento más, se trata del arbitraje. Ciertamente el propio artículo 82.3 ET apunta a la posibilidad de acudir a un arbitraje "vinculante", que hubiera sido previsto por los acuerdos interprofesionales de solución extrajudicial de conflictos. Estos sistemas, con muy buen criterio, a mi juicio, siguen manteniendo en todo momento el carácter voluntario del arbitraje, entiendo que es la postura más respetuosa con el derecho de negociación colectiva, si bien no sería inconstitucional, establecer un arbitraje obligatorio en dichos acuerdos para tales conflictos, y ello por las razones que a continuación expongo. Se ha de partir de una premisa: del Texto Constitucional no se infiere límite alguno en cuanto al contenido que deba tener un convenio, pues aunque el art. 37.1 CE no es muy explícito al aludir al contenido de la negociación colectiva (se limita a utilizar el calificativo de "laboral"[22]), por ello no existe razón alguna para cercenar algún ámbito de las relaciones laborales[23]. Reafirma esta argumentación, la normativa internacional ratificada por España sobre la materia, y a tener en cuenta como criterio interpretativo según el art. 10.2 CE, así el Convenio 154 OIT, de 19 de junio de 1981, sobre fomento de

[22] "La regulación de las condiciones de trabajo comprende, en efecto, todas las amplísimas referentes a tiempo, lugar y modo de prestarlo y de remunerarlo", *vid.* ALONSO OLEA, M., "Art. 37.1 Negociación colectiva", en VV. AA., *Comentarios a las Leyes Políticas* (Tomo III), Dir. por O. ALZAGA VILLAAMIL, Madrid, EDERSA, 1983, p. 601. Idea igualmente reflejada en la edición posterior de la obra *vid.* "Art. 37.1 Negociación Colectiva", en VV. AA., *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Tomo III), 2ª ed., Dir. por O. ALZAGA VILLAAMIL, Madrid, EDERSA, 1996, p. 675.

[23] Así lo estima la doctrina mayoritaria; *vid.* ALONSO OLEA, M., "Articulo 37.1. Negociación colectiva", en VV. AA., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 2ª ed., (tomo III), Madrid, EDERSA, 1996, pp. 674-676. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho Sindical Español*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1994, p. 372. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 304. También el TC se pronuncia en este sentido, *vid*. SSTC 217/1991, de 14 de noviembre, fº.jº. 6º (BOE de 17 de dic.) y 58/1985, de 30 de abril, f.ºjº. 3º (BOE de 5 de junio).

la negociación colectiva, art. 2, establece, que objeto de negociación a través de convenio colectivo no sólo serán las condiciones de trabajo y empleo, sino también la regulación de "*las relaciones entre empleadores y trabajadores*". Es decir, tanto la Constitución como las normas internacionales ratificadas por España sobre la materia consagran el principio de libertad de contratación.

Consecuentemente, dada la amplitud del ámbito objetivo del derecho de negociación colectiva, es evidente que a través del convenio colectivo se pueden establecer procedimientos de solución de controversias laborales. Por ello para la resolución de aquellos conflictos que no queden resueltos en el propio convenio o que surjan en el mismo ámbito con posterioridad, se utilizarán tales procedimientos, de modo que la creación de procedimientos de solución de conflictos a través del convenio colectivo y su resolución a través de la autonomía colectiva es una manifestación más del derecho a la negociación colectiva[24].

Precisamente, el art. 37.2 CE al regular el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo reconoce la competencia de tales sujetos para resolver conflictos colectivos de intereses, es decir, para establecer sus propios sistemas de solución de conflictos de intereses, y resolverlos a través de procedimientos de base autónoma. Precepto que vuelve a contemplar un aspecto concreto del derecho a la negociación colectiva ya regulado en el número uno del artículo 37 del Texto Constitucional.

No obstante, creo que es posible, desde el punto de vista técnico, y me parece oportuno, que el tratamiento del descuelgue pueda realizarse de un modo específico y más próximo a la controversia. Mi propuesta sería que el arbitraje tuviera un carácter voluntario, y el modo de conseguirlo sería que el compromiso arbitral se pactase, con antelación, en el propio convenio que se puede ver afectado por el descuelgue. Este sería un mecanismo ideal cuando el ámbito del que se produce el descuelgue coincide con el ámbito del conflicto, los sujetos que han diseñado el procedimiento delimitan el objeto del arbitraje, nombran al árbitro señalan los plazos etc. Es decir, el arbitraje es totalmente voluntario, únicamente han adelantado la firma del compromiso arbitral y no han esperado al planteamiento del conflicto.

Cuando el conflicto de inaplicación se produce en un ámbito inferior al convenio respecto del que se produce la inaplicación, es cierto que los sujetos afectados no serían los que directamente han diseñado el procedimiento y sería obligatorio para ellos, no obstante, en tal supuesto el arbitraje tendría una base

[24] *Vid.* STC 217/1991, fº.jº. 6º.

En este sentido también véase RÍOS SALMERÓN, B., "Soluciones pactadas de conflictos de trabajo", *RMTAS*, núm. 3, 1997, p. 297.

autónoma y por supuesto se trataría de una manifestación del ejercicio del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo previsto en el art. 37.2 CE, como ya se ha indicado.

Creo que dicho mecanismo evitaría el arbitraje obligatorio administrativo, sin producir limitación alguna al principio de autonomía colectiva, sino todo lo contrario, permitiría la solución del conflicto mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

## III. LOS PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE Y LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOBRE DERECHOS

### 1. Los sistemas autónomos de solución de conflictos colectivos sobre derechos: un campo con" zonas oscuras"

A mi juicio, el sistema de relaciones laborales español no ha conseguido determinar con precisión la virtualidad de la autonomía colectiva en cuanto a la solución de conflictos de derechos se refiere, especialmente los que versan sobre interpretación y aplicación de la propia norma convencional. A pesar del desarrollo generalizado de los sistemas de solución autónomos, y de su consolidación en el Ordenamiento Jurídico Laboral Español, las estadísticas que nos ofrece el SIMA y otros sistemas de solución autónomos fraguados en las distintas Comunidades Autónomas evidencian que tanto el Legislador, como los agentes sociales, incluso la doctrina científica y jurisprudencial no han sabido resolver con total acierto dicha cuestión, considero que tenemos una asignatura pendiente.

En lo que al ASAC se refiere, atendiendo a las estadísticas desde el inicio de la actividad, se pone de manifiesto, que el mayor volumen de conflictos que ante el SIMA se plantean versa sobre interpretación y/o aplicación de normas[25], oscila entre el 70% y el 80%. Si de un modo más pormenorizado buceamos en los resultados de los últimos años comprobamos que en 2016 asciende al 78%, es decir 311, de los conflictos planteados en el SIMA, no obstante, únicamente fueron resueltos el 28%. En 2015, fue el 73% del volumen total, que asciende a 310 conflictos, de los cuáles se resolvieron 85 (27.41%), 193, es decir, el 62.25% no fueron resueltos en el SIMA, y 170, el 54,83%, la mitad de los planteados, acabaron en sede judicial.

[25] En el mismo sentido, otros sistemas autonómicos, así a título de ejemplo: el Jurado Arbitral de Castilla-La Mancha indica que el volumen mayor de conflictos que se plantea es el referido a la interpretación y/o aplicación de convenios, en 2016 del total de 182 conflictos planteados 127 eran de tal naturaleza.

En 2014 fueron 276 los conflictos planteados sobre interpretación y o aplicación, concretamente el 72% del volumen total de conflictos planteados, únicamente fueron resueltos 77 (27.9%), 171, es decir el 61.95%, no fueron resueltos en el SIMA y 155 acabaron en sede judicial (56.15%). En 2013 las cifras son muy parecidas[26].

Todo ello ha provocado que centre mi atención sobre dicho tema, con el objeto de articular propuestas de solución sobre una serie de problemas técnicos que considero continúan irresueltos, y estimo, favorecen una menor efectividad de los sistemas autónomos.

## 2. Procedimientos autónomos de solución de conflictos sobre derechos: algunas disfunciones técnicas

La interpretación normativa con carácter vinculante es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales como así se deduce de los artículos 24 y 117.3 CE, y en virtud del principio de separación de poderes vigente en todo Estado de Derecho. No quiere decirse con ello, como ya he puesto de manifiesto en otras ocasiones[27], que los interlocutores sociales no puedan interpretar la norma para la resolución de conflictos, por supuesto que sí, pero dicha interpretación no puede tener carácter vinculante. Ciertamente los sujetos afectados por el conflicto podrán decidir si ejercen el derecho a la tutela judicial o no, y optan en tal caso por un procedimiento de mediación o arbitraje. Pero en el ámbito laboral existe la peculiaridad que sobre un mismo conflicto pueden iniciarse de modo simultáneo acciones judiciales individuales y colectivas. Por ello, los sujetos colectivos podrán desistir del ejercicio del derecho a la tutela judicial para en un momento determinado someterse a cualquier procedimiento autónomo, pero en ningún caso tal desistimiento afectaría a cada uno de los trabajadores singulares por los mismos representados y en ellos integrados pues el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho subjetivo de carácter personal, intransmisible e indisponible, cuyo ejercicio corresponde únicamente a cada titular.

---

[26] En 2013, 373 conflictos, el 70.2% de los conflictos planteados ante el SIMA fueron de interpretación y aplicación, sólo se resolvieron 98 (26,27%), 225 (60.32%) no fue posible resolverlos, de los que 162 (43.43%) acabaron en sede judicial.

No obstante, los sistemas de solución autónoma pactados en las distintas Comunidades alcanzan resultados similares o incluso en ocasiones evidencian menor efectividad. Así únicamente a título de ejemplo las estadísticas publicadas por la Fundación del Tribunal Laboral de la Comunidad Valenciana indican que de 219 conflictos sobre derechos que fueron planteados únicamente se resolvieron 38, es decir el 20%. En 2015 el porcentaje de acuerdos es muy similar 19.70%. La estadísticas del SERLA revelan unos resultados parecidos en Castilla León, en 2015 el 58% de los conflictos planteados eran sobre interpretación y aplicación de normas y se consiguió acuerdo para el 28.5%.

[27] Vid. in extenso mi trabajo La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistema autónomos, Valencia Tirant lo Blanch, 2009, pp. 215 y 341 y ss.

Además, en este caso, no se discierne un contenido colectivo y otro individual de la tutela judicial efectiva como puede ocurrir por ejemplo con el derecho de huelga, contenido colectivo del que sí pueden disponer los sindicatos, sino que se trata de derechos con contenidos coincidentes para sujetos de distinta naturaleza. Y no existen fundamentos jurídicos que permitan otorgar preferencia al ejercicio de unos respecto de otros, es decir, el ejercicio de los titulares singulares no puede ser impedido por la renuncia de los sujetos colectivos.

Es cierto que los sujetos colectivos tienen capacidad –y así les viene reconocido en virtud del derecho de negociación colectiva-, de disponer de los derechos individuales, pero ello se ha de entender siempre y con escrupuloso respeto al derecho necesario absoluto a los mínimos de derecho necesario y al orden público, del que el derecho a la tutela judicial efectiva forma parte.

En conclusión, los sistemas no judiciales de solución de conflictos colectivos sobre derechos aun siendo de carácter autónomo, no podrán impedir el acceso a los órganos jurisdiccionales a los sujetos individualmente considerados, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva[28].

Tal argumentación no puede ser destruida alegando que el derecho a la tutela judicial de los sujetos individuales, afectados por el conflicto (y sometidos a la solución), queda incólume precisamente por el control judicial posterior que sobre el mismo se pueda realizar. Pues se ha de tener presente, que el laudo o el acuerdo de conciliación o mediación que resuelvan el conflicto colectivo sobre derechos únicamente podrán impugnarse por incumplimiento de las normas de procedimiento ya sean legales o pactadas (en el caso del laudo también se ha de incluir el incumplimiento del arbitral, laudo «infra» o «extra petita»), o porque sean contrarios a normas de rango superior, pero en ningún caso se puede cuestionar el sentido de la solución dada. Y hay que tener muy presente que el derecho a la tutela judicial efectiva no implica solamente el libre acceso a los órganos jurisdiccionales para obtener, de éstos, la protección de derechos subjetivos e intereses legítimos a través de una resolución fundada en Derecho, sino también es necesario que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión.

Con ello no pretendo se considere inviable la solución de conflictos sobre interpretación y aplicación de normas a través de la negociación colectiva, pero sí quiero poner de manifiesto que la dinámica de funcionamiento actual, o quizá la aprehensión actual, no es técnicamente adecuada.

---

[28] Sobre este tema *vid. in extenso* mi trabajo "La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?", R.L., núms. 21-22, 2012, pp.71-78.

Estimo que los sistemas de solución autónoma de conflictos en general han sido planteados de un modo erróneo. Quizá las dificultades técnicas puestas de manifiesto se deban a un interés desmesurado por asignar a los agentes sociales una función que no les corresponde: la interpretación jurídica. A mi juicio hay posibilidades jurídicamente viables para la solución del conflicto colectivo sobre derechos a través de sistemas autónomos.

## 3. Viabilidad jurídica de la solución autónoma de conflictos colectivos sobre derechos

Descartada la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan llevar a cabo una interpretación vinculante de la norma sobre la que se plantea la controversia, potestad que ha sido reservada al poder judicial, resulta obligado cuestionarse sobre la legitimidad de la solución del conflicto interpretativo a través de la creación de una norma. Considero que este debe ser el camino a explorar pues precisamente los interlocutores sociales tienen reconocida capacidad normativa creadora en virtud del art. 37 CE. Además entiendo sería ésta la interpretación coherente de los artículos 156.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 24 del Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977 y 91.2 del Estatuto de los Trabajadores, cuando reconocen carácter de convenio colectivo al acuerdo o laudo que ponen fin a un conflicto colectivo sobre derechos. No obstante, ello requiere un riguroso análisis técnico jurídico, pues de lo contrario podríamos incurrir en el error de hacer de la interpretación una regla jurídica, algo inadecuado desde el punto de vista dogmático, pues conllevaría la alteración del sistema de fuentes.

Para iniciar el estudio que propongo es necesario distinguir entre aquellos conflictos que versan sobre la interpretación de normas estatales o convencionales, pues la problemática que generan en distinta. Se procede a analizar en primer término la que afecta a las normas estatales.

### *3.1. Las limitaciones de la autonomía colectiva en la solución de conflictos interpretativos sobre normas estatales*

La solución de un conflicto interpretativo sobre una norma estatal mediante la negociación colectiva, en los términos que se propone, supondría la modificación de las condiciones previstas en aquella. Las posibilidades que la negociación colectiva tiene de modificar lo previsto en la norma estatal viene marcado no sólo por el principio de jerarquía sino por las relaciones funcionales que existentes entre ambas fuentes del Derecho. Evidentemente la negociación colectiva no puede entrar a resolver un conflicto sobre normas que tengan carácter de Derecho necesario absoluto, ahora bien, si la norma sobre la que se plantea el conflicto, es de Derecho necesario relativo o dispositivo, es posible que la autonomía colectiva intervenga, veamos en qué términos.

*3.2. La intervención de la autonomía colectiva en los conflictos sobre normas mínimas y dispositivas: el desplazamiento de la controversia jurídica por la composición de un conflicto de intereses*

La solución de un conflicto interpretativo sobre una norma estatal que regula un mínimo indisponible es perfectamente posible a través de un procedimiento autónomo (mediación y/o arbitraje), evidentemente se acaba invadiendo el espacio competencial de la norma estatal, pero no habría ningún tipo de problema técnico si en lugar de dar sentido interpretativo a esa norma, o a la interpretación asignamos eficacia de acuerdo, se crea una nueva norma con una regulación que mejorase lo previsto en la norma estatal a pesar del carácter imperativo de la misma[29].

Realmente no se trata de resolver el conflicto sobre derechos, sino de crear una norma nueva, convencional, para aplicarla al supuesto de hecho, en lugar del precepto estatal cuya interpretación y/o aplicación se discute. Dicho comportamiento será intachable, ante normas de derecho necesario relativo, siempre que la nueva disposición introduzca condiciones mejores que las ya previstas en el mínimo de derecho necesario.

Razonamiento este que es igualmente aplicable cuando la relación que se describe es de supletoriedad. Teniendo en cuenta que en ese caso la autonomía colectiva goza de total capacidad reguladora sobre la materia tratada en la norma estatal[30], nada impide que se cree una norma convencional que trate el mismo supuesto de hecho. Se trata por tanto de una situación bastante parecida a la de un conflicto sobre norma mínima, pues es posible crear una norma convencional que contemple el mismo supuesto de hecho, con la diferencia de que el tratamiento de la nueva norma no tendrá que ser más favorable.

Por tanto, si la autonomía colectiva carece de potestad para alcanzar la solución del conflicto interpretativo, sí que queda abierta la posibilidad de tratamiento como conflicto de intereses. De modo que se creará una nueva norma que al contemplar el mismo supuesto de hecho que aquélla cuya aplicación y/o interpretación estaba siendo conflictiva, desplazará a la misma (en virtud del principio de norma más favorable, si se trata de un mínimo de Derecho necesario, o simplemente debido al carácter dispositivo de la misma si se trata

[29] "[…] la aplicación del principio de jerarquía normativa se aplica con el más depurado o exquisito rigor, pues el carácter «relativo» de la norma de derecho necesario no puede afectar en ningún caso a su más estricta imperatividad.", *vid.* VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, *Op. Cit.*, p. 288.

[30] En este sentido GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, 1987, p. 293.

de Derecho supletorio[31]), y al ser aplicada produce el efecto de resolución del conflicto.

Tal medida no supone la vulneración del principio de jerarquía normativa pues la propia norma estatal autoriza la intervención de la autonomía colectiva en dicho campo[32], de modo que la creación de una norma convencional supone una actuación totalmente lícita.

En realidad no se alcanza un pacto para solucionar el conflicto sobre derechos, sino que se crea una nueva norma para evitar aplicar aquella que plantea problemas interpretativos. De este modo lo que se pretende es la solución de un conflicto de intereses, pues si bien no hay vacío normativo, la norma estatal vigente no satisface las pretensiones de las partes. Desde este punto vista la creación de la norma convencional para la resolución del conflicto no supone ninguna anomalía técnica, no es más que el extracto de la secuencia que pone de manifiesto el proceso de "Juridificación" del conflicto sociolaboral. No se puede olvidar que el convenio colectivo es la exteriorización formal de la solución del conflicto colectivo de intereses[33]. Por tanto, ante la aparición de un conflicto, los sujetos afectados, en tanto investidos de fuerza normativa creadora (arts. 37.1 y 7 CE), reaccionan con la creación de un pacto que viene a satisfacer los intereses encontrados.

Conviene pues dejar muy claro que la creación de la norma convencional no tiene como objetivo la solución de un conflicto sobre derechos, sino la composición de un conflicto de intereses cuya exteriorización coincide con el conflicto interpretativo de la norma estatal, comportamiento éste totalmente lícito, y con efecto múltiple, pues la solución del conflicto de intereses, viene a neutralizar la controversia interpretativa[34].

3.2.1. La dependencia del sistema judicial

La solución del conflicto interpretativo y/o aplicativo de una norma estatal mediante la negociación colectiva encuentra ciertos obstáculos.

---

[31] *Vid.* STSJ Comunidad Valenciana de 24-1-2002, AS. 3197 (f.j. 1º).

[32] En este sentido *vid.* STSJ Comunidad Valenciana de 24-1-2002, *cit.* (f.j. 1º).

[33] En este sentido VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MONERO VIDA, M.N., *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2017, p. 178.

[34] La creación de una norma convencional para la solución de un conflicto interpretativo es la situación reflejada en las sentencias del TS de 27-5-1998 (ar. 4931), de 1-6-1998 (ar. 5781), de 2-6-1998 (ar. 4942), de 4-2-1999 (ar. 1588), de 16-2-1999 (ar. 1804), de 17-2-1999 (ar. 1809), de 8-3-1999 (ar. 2118); de 11-5-1999 (ar. 4719), de 7-12-1999 (ar. 9691), de 4-12-2000 (ar. 2001/2055); STSJ Galicia de 19-2-1998, AS. 1027 (f.j. 3º), es cierto que en estos casos la interpretación conflictiva era de normas convencionales, no obstante, en la conciliación previa se crea una nueva norma que acaba sustituyendo a aquellas cuya interpretación se discutía.

Se ha de tener en cuenta la constatada dificultad con la que se encuentra el jurista para determinar la naturaleza, imperativa o relativa, de buena parte de los preceptos jurídicos legales y reglamentarios[35], lo cual conlleva una tremenda inseguridad jurídica, que se traslada a la vigencia de la nueva norma convencional que viene a solucionar el conflicto, provocando en definitiva que sobre ella penda "la espada de Damocles". Y es que una sentencia judicial posterior, que determinase que la norma mejorada no es un mínimo sino que es un precepto imperativo, supondría la nulidad radical del precepto convencional. No obstante, la situación no es distinta a la de cualquier proceso negociador en el que las partes se extralimitan.

3.2.2. El principio de irretroactividad de las normas y su aplicación en el ámbito laboral

A esta vía de solución se puede hacer una segunda objeción. Hemos de plantearnos en qué medida sería técnicamente correcto que la controversia sea resuelta por una norma que entró en vigor después de que la misma surgiera y se exteriorizara, creada, expresamente, para resolver tal conflicto. Es cierto que al ser considerado conflicto de intereses el momento de la solución es el adecuado, recuérdese el proceso conflicto-convenio, no obstante, para aquellos supuestos en los que existe una regulación de la norma estatal que podría ser aplicada al caso, hemos de plantearnos si no provoca cierta inseguridad jurídica el hecho de que se resuelva la controversia mediante un norma expresamente creada para ello.

Se ha de tener presente que un principio básico de nuestro Ordenamiento jurídico es el de irretroactividad de las normas, en virtud del cual los actos se rigen por las normas del tiempo en que nacieron, por tanto el conflicto se habrá de solucionar por la aplicación de aquel precepto vigente en el momento en el que el conflicto se exterioriza. Por ello, hemos de analizar la legitimidad de la aplicación de una norma convencional, creada expresamente para solucionarlo.

El punto de partida, para responder a la cuestión precedente, será la aproximación a la dimensión del principio de irretroactividad de las normas y su aplicación en el ámbito laboral.

El art. 9.3 CE junto con el art. 2.3 del Código Civil constituyen el régimen jurídico básico en materia de vigencia temporal de las normas. En virtud

[35] "Fuera de […] casos, excepcionales, en los que los preceptos legales se autocalifican jurídicamente en cuanto a su grado de imperatividad, existe una gran inseguridad jurídica en orden a la calificación del grado imperatividad de las normas legales (y reglamentarias) laborales", SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., "Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate", en VV.AA., *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, Dir. por T. SALA FRANCO, Madrid, MTAS, 2001, p. 18.

del art. 9.3 CE se proclama la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales[36], entendiendo por tales derechos, a tenor de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en los arts. 15-29 CE, es decir los recogidos en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I[37]. Por tanto, a *sensu* contrario, se ha de interpretar que está permitida la retroactividad del resto de las normas, idea que corrobora el art. 2.3 del Código Civil al formular de un modo dispositivo el principio de irretroactividad de las leyes[38].

No obstante, el máximo garante constitucional matiza que si bien es en ese campo material donde opera la irretroactividad, además ha de tratarse de situaciones jurídicas, «agotadas» o «consolidadas»[39], nacidas al amparo de una legislación anterior. Es decir, "*lo que se prohíbe en el art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores*"[40], o en otros términos, la pretensión de "*anudar efectos jurídicos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la Ley y ya consumadas*"[41].

Por el contrario, no se contempla dentro del supuesto de hecho de tal precepto constitucional la incidencia de una nueva norma sobre "*situaciones en curso de adquisición, pero no consolidadas por no corresponder a situaciones ya causadas*"[42], es decir no se trata de un supuesto de retroactividad si la nueva norma afecta a "*situaciones jurídicas actuales y aún no concluidas*"[43]. Como

---

[36] Si bien una lectura superficial del art. 9.3 parece aludir a dos tipos de normas "*disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*", realmente esa dualidad normativa, como indica DIAZ AZNARTE es sólo aparente "ya que los que realmente existe entre ambos tipos de disposiciones, es una relación género-especie; las «disposiciones sancionadoras no favorables» constituirán una clase o grupo de normas comprendidas dentro del amplio género de las «disposiciones restrictivas de derechos individuales» […]. Optar por tal equiparación, implica decantarse por un concepto amplio de sanción, superador de concepciones penalistas o administrativistas" (*Vid. Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 54, 102 y 103). Idea esta última que refleja el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 42 de 10 de abril de 1986, cuestión de inconstitucionalidad núm. 131/1985, ponente: Luís Díez-Picazo y Ponce de León, (BOE de 29 de abril), "*la expresión restricción de derechos individuales del art. 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción*" (f.j. 3º).

[37] *Vid.* STC 42/1986, de 10 de abril *cit*, f.j.3º.

[38] En este sentido STSJ País Vasco de 18-1-2000, AS. 764 (f.j. 2º).

[39] "…situaciones jurídicas cuyos efectos ya se hayan producido en el momento de la entrada en vigor de la nueva normativa", *Vid.* DÍAZ AZNARTE, M.T., *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo*, *Op. Cit.*, p. 111.

[40] *Vid.* STC 99/1987, de 11 de junio, BOE de 26 de junio (f.j. 6º). Refleja esta doctrina la STSJ de 11-12-2002, AS. 3189 (f.j.2º).

[41] *Vid.* STC 197/1992, de 19 de noviembre, BOE (ff.jj. 4º y 5º).

[42] *Vid.* STC 97/1990, de 24 de mayo, BOE de 20 de junio (f.j. 4º).

[43] *Vid.* STC 197/1992, *cit.*, (ff.jj. 4º y 5º).

pone de manifiesto DÍAZ AZNARTE, "los efectos futuros o no consumados de situaciones jurídicas creadas conforme a la normativa anteriormente vigente, sólo son expectativas de derecho y, como tales, pueden verse afectadas por lo dispuesto en una disposición normativa posterior"[44].

De modo que el principio de irretroactividad solamente se podrá oponer cuando se plantee un conflicto en relación a situaciones jurídicas ya agotadas en virtud de la normativa precedente.

Evidentemente las afirmaciones realizadas en los párrafos anteriores son igualmente aplicables a la norma convencional, no obstante el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 86 y 90.4, realiza previsiones específicas sobre la sucesión de convenios y su entrada en vigor. La lectura de los preceptos citados permite afirmar la absoluta libertad de las partes para determinar el momento de la entrada en vigor del convenio, y de sus efectos retroactivos.

El art. 86.1 ET otorga amplísima libertad a los sujetos negociadores para que determinen la vigencia del convenio, y el art. 90.4 ET, se pronuncia directamente sobre la fecha de entrada en vigor del convenio, limitándose en este aspecto a otorgar plena autonomía a las partes. Por tanto, nada parece obligar a que el momento en el que comienza su vigencia tenga que ser necesariamente posterior a la firma del mismo. Al contrario, es muy frecuente, como el estudio de la jurisprudencia evidencia, que se asignen efectos retroactivos a determinados aspectos del convenio (derechos económicos principalmente), y también que los efectos del convenio se retrotraigan al momento de expiración del convenio anterior para evitar solución de continuidad.

Por ello nada impide que, aunque el convenio colectivo no existiese en el momento en el que se planteara el conflicto y hubiera una norma estatal aplicable, se utilice aquél para resolverlo, ya que evidentemente en virtud del principio de norma más favorable prevalece respecto de aquella si establece un mínimo, y si se trata de una norma dispositiva, igualmente tiene preferencia de aplicación.

No se puede alegar en este caso que se afecten derechos adquiridos[45], pues con independencia del contenido material de la norma sobre la que versa el conflicto, dado que, la controversia está aún vigente, no se pretende producir efectos sobre una situación jurídica consolidada, sino que la nueva norma se aplicará, en todo caso, sobre una situación jurídica anterior pero cuyos efectos no se han consumado. Es decir, con la aplicación del convenio colectivo en

[44] *Vid. Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo*, *Op. Cit.*, pp. 110-111.

[45] Como indica la STSJ Madrid de 6-6-1996 (AS. 3181) los derechos adquiridos son un límite a la retroactividad de las normas laborales "*al ser de aplicación, con carácter supletorio, las disposiciones transitorias del Código Civil*" (f.j. 2º).

lugar de la norma estatal tan sólo se pondrán en juego meras expectativas, de modo que no se trata de una aplicación retroactiva de la norma[46].

Lo cierto es que la resolución de un conflicto interpretativo sobre una norma estatal de carácter dispositivo o de Derecho necesario relativo mediante la creación de una norma convencional, no plantea problema de irretroactividad alguno.

3.2.3. Iniciación simultanea de un proceso de conflicto colectivo

El hecho de que los sujetos afectados por el conflicto intenten desplazar al mismo mediante la creación de la norma convencional, no impide que de un modo paralelo otros sujetos colectivos con representación en el ámbito del conflicto inicien un procedimiento judicial con objeto de resolver la controversia, solicitando la interpretación y/o aplicación de la norma estatal. Y ello no sólo es factible, sino que ha de ser totalmente viable para evitar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, el inicio del proceso de conflicto colectivo tampoco va a afectar al proceso negociador que es técnicamente posible en los términos vistos. El juez deberá dictar sentencia interpretando la norma estatal, pero si se pactara norma convencional en la que se regule el mismo supuesto de hecho, la sentencia va a perder toda virtualidad, ya que únicamente se aplicará a los derechos adquiridos, para todas las situaciones presentes y futuras en el ámbito del acuerdo, se aplicará éste, pues goza de preferencia en virtud de la relación que mantiene con la norma estatal. Pero ello no supone la afectación del derecho a la tutela judicial, éste queda totalmente salvado con el acceso a los tribunales y el pronunciamiento judicial sobre la cuestión.

## 4. La solución autónoma de conflictos sobre normas convencionales: la revisión del convenio colectivo "ante tempus"

Cuando el conflicto interpretativo afecta a una norma convencional, la problemática se plantea en un sentido distinto. La solución del conflicto requiere la negociación del convenio "ante tempus", es decir, vigente un convenio colectivo, sin que medie denuncia ya que no ha concurrido la causa que habilite para ello, se inicia un proceso negociador.

Con la redacción actual del Estatuto de los Trabajadores considero que es una opción perfectamente viable, hemos de tener presente que el art. 86.1

[46] En el ámbito del Derecho del Trabajo "tampoco encuentra justificación el recurso al principio de irretroactividad de las leyes […] cuando las situaciones jurídicas en cuestión no hayan alcanzado la calificación de verdaderos derechos consolidados, esto es, cuando nos enfrentemos a meras expectativas", *vid.* DIAZ AZNARTE, M.T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 11-12.

párrafo segundo apunta a esta posibilidad: "Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 ET podrán negociar su revisión", en ningún momento se exige que se haya llegado a término final, sino que indica que podrá tener lugar durante la vigencia del convenio.

Además una interpretación en conexión de los preceptos reguladores de la negociación colectiva estatutaria corrobora tal postura. La duración del convenio viene regulada por el Estatuto de los Trabajadores con carácter dispositivo, el art. 86.1 deja a la autonomía de las partes la competencia para fijar el período de vigencia del convenio.

Tampoco la consulta del Derecho Civil, como Derecho supletorio, nos permite obtener conclusiones en un sentido distinto. En tanto norma, puede ser derogada en cualquier momento por otro convenio posterior (art. 2.2 del Código Civil). Por otro lado su carácter de pacto, refuerza la tesis de la modificación "*ante tempus*". Pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) las partes poseen el poder de modificar la relación obligatoria, sin que ello suponga necesariamente la extinción del contrato[47]. La novación modificativa, de carácter objetivo, es una institución del derecho de obligaciones que, en virtud del acuerdo de ambas partes, permite la modificación de alguna o algunas de las estipulaciones de la relación obligacional, provocando la transformación del contrato, sin que éste pierda su identidad.

La interpretación sistemática realizada permite concluir que la modificación del convenio colectivo "ante tempus" a través del mutuo acuerdo es técnicamente posible. Es cierto que no tiene cabida una denuncia unilateral, es decir no es lícito compeler a una de las partes para que negocie, sin embargo, nada parece impedir la renegociación libremente decidida por ambas partes[48]. También se exige la no afectación de un convenio por otro de ámbito distinto, pero precisamente la interpretación a contrario permite afirmar la posibilidad de afectación por uno del mismo ámbito[49].

---

[47] V*id.* OSSORIO MORALES, J. *Lecciones de Derecho Civil*, 3ª ed., 1996, Granada, Comares, p. 164.

[48] En este sentido *vid.* RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo", *Op. Cit.*, p. 107, y ALBIOL MONTESINOS, I. *et. alt.*, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, 7ª ed, 2005, p. 463.

[49] *Vid.* STS 21-2-2000 (ar. 2052): "*La garantía de la estabilidad del convenio se logra, en primer lugar, a través de la regla de concurrencia que contiene el art. 84.1 del Estatuto de los Trabajadores. Pero esta regla no es aplicable al caso, pues sólo establece una garantía para el convenio anterior frente a los «convenios de ámbito distinto», lo que además conduciría a la conclusión de que un convenio durante su vigencia sí puede ser afectado sin ninguna limitación por otro del mismo ámbito*" (f.j. 3º). Interpretación ésta que fue apuntada por la STCT 13-5-1984, ar. 3927 (f.j. 4º). En este sentido también STSJ Valencia de 11-12-2002, AS. 3189 (f.j. 2º).

Ahora bien, precisamente la existencia de preceptos como el 82.3 ET que establece la fuerza vinculante del Convenio Estatutario, el art. 84 ET que declara la intangibilidad del convenio estatutario, y el art. 89.1, párrafo segundo, en virtud del cual una parte se puede negar a negociar cuando se proponga la modificación de un convenio aún no vencido, la renegociación que se propone como mecanismo de solución de conflictos, ha de tener unos rasgos determinados, pues de lo contrario se produciría la vulneración de cualquiera de los preceptos estatutarios indicados. Ha sido principalmente la jurisprudencia la que se ha ocupado de delimitarlos.

La renegociación "ante tempus" del convenio colectivo, para que sea jurídicamente viable, tiene que producirse en la misma unidad de negociación.

En segundo lugar es la comisión negociadora[50] la que tiene potestad para llevar a cabo tal modificación del convenio, es decir, los sujetos que negociaron y aprobaron la norma convencional. Por ello si se trata de un convenio de empresa y se negoció con la representación unitaria, sólo con ésta se podrá llevar a cabo la renegociación[51]. No obstante, se ha de puntualizar que con ello no se exige una coincidencia exacta con los sujetos integrantes de las partes de la negociación inicial. Los sujetos legitimados para llevar a cabo la modificación del convenio son los designados por los arts. 87, 88 y 89.3 ET[52], por lo que se ha de entender que si durante el tiempo de vigencia del convenio se han producido cambios de representatividad éstos se habrán de reflejar, de lo contrario el convenio colectivo podría ser impugnado. Por supuesto, en ningún

[50] *Vid.* STSJ Madrid 27-9-2000, JUR 309690 (f.j. 3º).

[51] En este sentido STS de 29-10-2002, Ar. 462: "*como es lógico, la facultad de introducir posibles modificaciones en un Convenio vigente, queda reservada a las partes que los negociaron, en este caso a RENFE, y su Comité General Intercentros. No se produjo por consiguiente para la CGT ninguna lesión de su derecho fundamental invocado*" (f.j. 4º).

[52] "*Pero que fuese la misma comisión negociadora u otra de composición distinta es irrelevante en orden a su legitimación, porque lo decisivo aquí no es la identidad del órgano, sino sus poderes de negociación en función de las exigencias de representatividad en la unidad de negociación y éstas son las que se establecen en los artículos 87.1, 88.1.1º y 89.3 ET*", STS 30-6-1998, *cit.* (f.j. 2º), en el mismo sentido STSJ Galicia 6-11-2003, *cit.* (f.j. 2º). La SAN de 15-6-2001, JUR 305321 (f.j. 8º) se hace igualmente eco de esta doctrina, al remitir al art. 154.2 LPL para indicar los requisitos de legitimación que se han de cumplir para que tenga lugar la modificación del convenio. En esta línea la STSJ Cataluña de 5-3-1999 (AS. 907) manifiesta: "*Si el convenio colectivo nace como fruto de la negociación que la partes llevan a efecto de acuerdo con las normas de los arts. 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, cualquier modificación de su contenido en aquellos aspectos de naturaleza normativa* […] *tan sólo puede hacerse respetando los trámites y requisitos que para la negociación de convenios colectivos establecen estos preceptos legales*" (f.j. 2º).

caso la modificación podrá ser llevada a cabo por una comisión que no goce de legitimación plena[53].

En tercer lugar la modificación del convenio colectivo habrá de cumplir con todos los requisitos de tramitación y las distintas formalidades exigidos por el Estatuto de los Trabajadores para la elaboración del convenio de eficacia general[54], pues de lo contrario, el nuevo pacto sólo podrá aspirar a tener el carácter extraestatutario.

Por último, sólo indicar una vez más, que dicha negociación tendrá que tener lugar de mutuo acuerdo[55], sin que una parte pueda compeler a la otra para llevar a cabo la misma.

Resulta evidente, que la modificación del convenio durante su vigencia, de mutuo acuerdo por las partes que integran la comisión negociadora, no plantea ningún problema de ajuste al Ordenamiento Jurídico. Por tanto, planteado cualquier conflicto sobre la interpretación de uno o varios de los preceptos del convenio, la solución autónoma modificando el precepto conflictivo, siempre que tenga lugar en los términos indicados, es perfectamente viable.

*4.1. La renegociación del convenio: la apuesta por un modelo dinámico de negociación colectiva*

En relación a los conflictos interpretativos y/o aplicativos de normas convencionales, conviene aclarar que el art. 91.2 ET legitima a los Acuerdos Marco y Acuerdos sobre Materias Concretas, para establecer procedimientos de solución de controversias colectivas de carácter interpretativo y/o aplicativo sobre preceptos jurídicos convencionales. De este modo, hemos de entender, que el Legislador pretende dejar en manos de los interlocutores sociales, de los ámbitos estatal y autonómico, la activación de una nueva dimensión del deber de negociación. Necesariamente ha de ser ésta la interpretación que debemos realizar, en tanto en cuanto el conflicto considero debe ser tratado como una controversia de reglamentación.

Ahora bien, la interpretación del art. 91.2 en dicho sentido implica admitir como lícita la modificación del convenio cada vez que se plantee una duda interpretativa sobre el mismo y en definitiva que los Acuerdos de solución de conflictos (ASAC, SERCLA…) puedan modular el deber de negociación. Ello sin duda supondría la pérdida de la estabilidad del convenio colectivo durante su vigencia, pero ello no se hace en virtud del debilitamiento del derecho de ne-

[53] En este sentido STSJ Galicia de 1-12-2003, AS. 2004/2106 (f.j. 2º); STSJ de 12-12-2003, AS. 2004/1603, (f.j. 4º).

[54] En este sentido STSJ de Cantabria 16-1-1995, AS. 198, (f.j.3º); STSJ Galicia de 1-12-2003, *cit.* (f.j. 2º).

[55] *Vid.* STS de 18-10-2004, *cit.* (f.j. 3º). También SAN de 15-6-2001, *cit.*, (f.j 8º).

gociación colectiva sino que lo redimensiona, pues permite que el convenio colectivo adquiera una funcionalidad que hasta ahora no se había reconocido, de este modo tal interpretación del art. 91 acentúa los rasgos del convenio como institución gestora del conflicto, y sin dejar de ser norma atiende la necesidades de un mundo en transformación constante[56].

Consecuentemente se ha de aceptar que dicha interpretación nos conduce a la apuesta de un modelo dinámico de negociación colectiva, si bien ello en ningún caso supone afectación del art. 37 CE, porque no altera la fuerza vinculante del convenio que es el contenido garantizado en el texto constitucional, como veíamos en la primera parte de la ponencia. Es cierto, que se defiende la modificación del convenio antes de que expire su vigencia, pero lo realizan los propios sujetos que lo negociaron, y no de un modo caprichoso, sino porque el pacto inicial no resolvió plenamente el conflicto de intereses y hace conveniente una nueva redacción, es decir, esa menor estabilidad es el coste de la solución autónoma, que a su vez posibilita la realización de otro derecho constitucional previsto en el art. 37.2 CE: la adopción de medidas de conflicto colectivo.

*4.2. La solución del conflicto en el ámbito inferior al convenio: inconvenientes técnicos ante la heterogeneidad de sujetos*

Ahora bien, la interpretación anterior debe ser matizada, y ello sobre la base de mantener un campo de actuación dentro del marco de la constitucionalidad. El art. 91 ET, prevé la posibilidad de que la solución del conflicto no se realice únicamente por los sujetos que integraron la comisión negociadora, pues exige legitimación en el ámbito del conflicto para poder resolverlo, que no tiene que coincidir con el ámbito del convenio colectivo sobre el que se plantea la controversia[57].

Ciertamente, el pacto que se realizara en esa situación no sería propiamente un convenio colectivo, sino un pacto sobre un tema puntual sobre el que ya existe un convenio que precisamente se pretende desplazar, se trataría de un acuerdo de pacificación o de resolución de conflictos colectivos. Ambos instrumentos normativos no tendrían el mismo rango jerárquico, pues el acuerdo

[56] Sobre la necesidad de modelos más flexibles para la organización del trabajo, y de contratación dinámica para una acomodación permanente a las transformaciones de la empresa, *vid*. MONEREO PÉREZ, J.L., "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la Ciencia del Derecho". Estudio preliminar a la obra de GALLART FOLCH, a., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Granada, Comares, 2000, pp. CXXVIII y CXXXIX.

[57] Es una realidad constatada que el conflicto puede desplegar un ámbito de aplicación menor que el convenio colectivo respecto del cual se plantea la controversia. Sobre esta cuestión vid. in extenso mi trabajo *La sentencia colectiva*, Granada, Comares, 2001, pp. 170-187.

está subordinado[58] al convenio ya que viene suplir una omisión del mismo, el acuerdo puede regular válidamente una materia ante la falta de previsión del convenio[59], de lo que se deduce claramente la relación de jerarquía[60].

La argumentación precedente nos permite concluir que para que un acuerdo o laudo pueda resolver un conflicto sobre derechos generado en un ámbito menor que el geográfico del convenio, entiendo, que sólo sería técnicamente posible si el propio convenio autoriza a tal intervención[61]. Estimo que admitir de modo generalizado la vigencia simultánea de normas convencionales con ámbitos parcialmente coincidentes, y la afectación constante de convenios colectivos desde ámbitos inferiores, implica un ataque directo al contenido esencial del derecho de negociación colectiva, ya que al poder desvincularse del convenio ante la aparición de cualquier problema aplicativo, se acaba con el carácter normativo del mismo. No siendo viable que tal habilitación la realicen los Acuerdos sobre materias concretas que regulan los sistemas de solución extrajudicial, ya que en ningún caso podría tratarse de estructuración de la negociación colectiva, pues no hay modo de determinar *a priori* desde qué ámbitos se ha de permitir la afectación del convenio, ni sobre qué materias se podría plantear el conflicto.

## IV. CONCLUSIÓN FINAL

A pesar de la reforma laboral es posible una gestión eficaz del conflicto, ahora bien, ello requerirá un gran esfuerzo y tremenda voluntariedad por parte de los interlocutores sociales. Es esa la vía para evitar la puesta en práctica de mecanismos con tintes intervencionistas e incrementar la efectividad de los

[58] En este sentido *vid.* GARCÍA JIMÉNEZ, M., *Los Acuerdos Colectivo de empresa: naturaleza y régimen jurídico,* Granada, Comares, 2006, pp. 427-428; CORREA CARRASCO, M., *Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 173-174; GARCÍA MURCIA, J., *Los acuerdos de empresa*, Madrid, CES, 1998, p. 220.

[59] "… el papel de la ley no puede ser otro que el de habilitar espacios de actuación al acuerdo de empresa que, no obstante, sólo tendrá cabida, bien, ante una eventual inhibición reguladora del convenio (acuerdos subsidiarios y de reorganización productiva), o bien ante una expresa habilitación convencional (acuerdos derogatorios)", *vid.* CORREA CARRASCO, M., *Convenios y acuerdos colectivos…, Op. Cit.*, pp. 173-174.

[60] *Vid.* GARCÍA MURCIA, J., *Los acuerdos de empresa…*, *Op. Cit.*, p. 223.

[61] En este sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de noviembre de 2003, AS 2004/1401:" lo dispuesto en el presente Convenio podrá alterarse o modificarse por la aplicación de pactos que puedan suscribirse entre la Administración y las organizaciones sindicales cuando en su contenido se haga referencia al personal laboral sujeto a dicho convenio», es decir, que el Sindicato accionante con su demanda está impugnando lo que el mismo aprobó al suscribir el Convenio, que no es otra cosa que la posibilidad de modificación del Convenio, tras los oportunos pactos, y siempre que la modificación afecte al personal laboral sujeto a dicho convenio, como así ocurre en el presente caso" (f.j. 2º).

sistemas autónomos de solución de conflictos. Los interlocutores sociales deberán ser conscientes que se inicia una nueva etapa, el sistema de negociación colectiva que se diseñó en los años ochenta ya ha cerrado su ciclo, no obstante, aunque hubiera sido deseable un régimen jurídico distinto, es el momento de apostar por un sistema de negociación permanente, que en ningún caso, como se ha visto, supondrá la reducción del contenido del derecho de negociación colectiva, sino todo lo contrario, la plenitud del convenio colectivo como instrumento básico de gestión y solución de conflictos.

# LOS PLANES DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Profesora Titular. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Murcia

ÍNDICE:

I. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LOS PLANES DE IGUALDAD
II. NUEVOS ÁMBITOS DE NEGOCIACIÓN EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO: LOS PLANES DE IGUALDAD DE SECTOR Y DE GRUPO DE EMPRESAS
III. ERRORES Y PROBLEMAS PRÁCTICOS MÁS FRECUENTES EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD
IV. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN A LOS INTERLOCUTORES SOCIALES
V. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: Transcurridos ya diez años desde la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y con ella, de la obligación por parte de las empresas de más de 250 trabajadores de elaborar planes de igualdad, se detecta que todavía los interlocutores sociales desconocen el alcance real de este tipo de medidas. Esta comunicación se dedica a analizar la figura de los planes de igualdad, poniendo de manifiesto los errores más frecuentes en los que se suele incurrir en la elaboración de este tipo de planes, al tiempo formulan propuestas de actuación en materia de igualdad de género que, a modo de sugerencias, pueden servir como modelo de reflexión en futuros procesos negociadores.

## I. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LOS PLANES DE IGUALDAD

Es por todos conocido que la LO 3/2007 establece que los planes de igualdad han de ser un conjunto coordinado de medidas tendentes a alcanzar la igualdad de género en la empresa, pero no se puede olvidar que lo que la citada norma persigue es que se trate de guías de actuación efectivas, con operatividad práctica que se traduzca en la consecución real de los objetivos propuestos. Por ese motivo, el segundo párrafo del art.46.1 de la citada Ley de Igualdad concreta que "*los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a alcanzar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces se seguimiento y evaluación de los objetivos fijados*".

Por su parte, por lo que respecta a las Administraciones públicas debe recordarse que el art. 64 de la LO 3/2007, con el fin de salvaguardar la plena aplicación del principio de igualdad en el empleo público, contempla la aprobación por el Gobierno, al inicio de cada legislatura, de un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, que incluya los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución[1].

[1] En cumplimiento de este mandato legal, por Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011, se aprobó el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos. Actualizando este deber, la Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos (BOE 10 diciembre 2015). El resto de Administraciones públicas, quedarán obligadas a elaborar un plan de igualdad en el momento en el que, como ocurre con cualquier otra empresa (dado el concepto amplio de empresario que subyace del art. 1.2 ET), cuenten con más de 250 trabajadores vinculados a ella por una relación laboral (empleo público

Pese a que la legislación laboral es clara, en la práctica resulta muy habitual en la negociación colectiva nacional encontrar varios tipos de errores:

Al supervisar el contenido de los planes de igualdad sucritos en nuestro país, se detectan una serie de defectos muy habituales. Se trata de prácticas erróneas, repetidas con insistencia por un gran número de planes de igualdad y que en realidad demuestran que la redacción de este tipo de documentos no siempre se ha realizado con la minuciosidad e individualización que estos textos requieren[2]. Al contrario, a la vista de que gran parte de ellos reproducen una redacción muy similar, se puede concluir que, en realidad, en su proceso de redacción se ha utilizado un texto base, que se ha tomado como modelo, y que se ha copiado de forma prácticamente íntegra, introduciendo, si acaso, alguna matización o particularidad.

Se trata de una práctica que, aunque sin duda encaminada a simplificar el proceso de redacción de los planes de igualdad, en realidad revela la falta de interés por parte de los sujetos negociadores en erradicar los factores de desigualdad que existen en la empresa y, por lo tanto, se ha de evitar en todo lo posible.

Posiblemente derivado del hecho de utilizar como referencia el texto de un hipotético plan de igualdad que pretende ser un texto tipo o modelo, reutilizable por empresas de diferente tipo, gran parte de los convenios analizados pecan de una generalidad y una ambigüedad injustificables.

En concreto, resulta muy frecuente encontrar que la negociación colectiva de nuestro país, al hacer referencia al elenco de medidas en materia de igualdad de trato y oportunidades vigentes en la empresa, cae en dos tipos de errores:

---

laboral). Fuera de estos supuestos, aunque no estén legalmente obligadas a ello, cualquier tipo de entidad pública podrá, si lo desean, negociar en su seno un plan de igualdad. Debe destacarse que, aunque no quede materializado en el deber de elaborar un plan de igualdad, toda Administración pública, independientemente de sus dimensiones, queda sujeta a la obligación legal de llevar a cabo ciertas actuaciones en aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, como se desprende de la lista detallada de medidas de actuación que proclama sin distinción el art. 51 de la LO 3/2007 (adviértase que este precepto contempla la obligación de cualquier tipo de administración pública de realizar un conjunto de actividades de evaluación inicial, planificación y mejora muy similares a las que integran los planes de igualdad, aunque no deban necesariamente materializarse bajo dicho formato). En todos los casos expuestos debe resaltarse que en la elaboración tanto de los planes como de cualquier tipo de estrategia en materia de igualdad de género, desempeñarán sin duda un papel muy importante las posibilidades de recurrir a la negociación colectiva que el Estatuto Básico del Empleado Público reconoce no solo al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, sino también al personal funcionario.

[2] Cfr. AAVV, "El principio de igualdad en la negociación colectiva, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, pág. 453 y ss.

- Incluir previsiones de contenido tan genérico que en realidad constituyen únicamente la plasmación del deseo empresarial de contribuir a luchar contra la desigualdad de género, de mero valor teórico y sin dar lugar a ningún derecho de exigibilidad directa.

- O bien, reiterar el contenido literal de los derechos ya reconocidos por el legislador en materia de protección a la mujer, la maternidad o la conciliación de la vida familiar y laboral. Así pues, al reproducir el contenido de derechos previstos como mínimos e indisponibles por parte de la negociación colectiva, sin incluir ninguna medida concreta de ampliación o mejora, se habrá dado lugar a unas previsiones que, aunque rubricadas bajo el atractivo nombre de "igualdad de género" o "protección a la mujer", en realidad, carecen de valor práctico de ninguna clase.

Ante esta situación no se puede dejar de insistir que la obligación de negociar en materia de igualdad que el art. 85 ET impone como contenido mínimo de todo convenio colectivo, no queda correctamente cumplida simplemente por el hecho de incluir este tipo de previsiones reiterativas. El legislador está haciendo referencia a la obligación de negociar medidas que verdaderamente puedan contribuir a luchar contra los fenómenos de desigualdad que se puedan presentar en la empresa, sin que a estos efectos pueda en modo alguno considerarse este deber cumplido simplemente por el hecho de dedicar una cláusula del convenio colectivo a reproducir derechos preexistentes o plasmar meras expectativas de derecho.

Aunque muchas veces, la negociación colectiva utilice de forma extremadamente amplia la calificación de "plan de igualdad", técnicamente sólo podrán recibir esta calificación aquellos textos elaborados siguiendo el procedimiento descrito y sin omitir ninguna de sus fases, que finalmente sean aprobados en el seno de un proceso de negociación colectiva (de hecho, habitualmente, suelen formar parte del texto de un convenio colectivo, aunque también pueden aprobarse en el seno de un proceso negociador *ad hoc,* siempre que se reunieran las mismas mayorías en su aprobación que las exigidas para dar lugar a un convenio colectivo).

Por lo tanto, del tenor literal del segundo párrafo del art. 85.1 ET se deduce que por las propias características de la materia negociada, no caben acuerdos extraestatutarios, y por lo tanto, de eficacia limitada a los sujetos firmantes del acuerdo y sus representados, pues la finalidad que persiguen los planes de igualdad, quedaría frustrada.

De la misma forma, como la previa negociación con los representantes de los trabajadores resulta obligada, tampoco cabría calificar como un verdadero "plan de igualdad" a las posibles medidas o conjunto de medidas que, llegado el momento, pudiera reconocer de forma unilateral el empresario, aunque és-

tas persiguiesen mejorar la igualdad entre hombres y mujeres en el seno de la empresa.

Por ese motivo deben rechazarse aquéllas previsiones, aparentemente calificadas como "planes de igualdad", en las que únicamente se está remitiendo a un hipotético texto elaborado en el seno de la empresa (incluso por acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresarios) –muchas veces a un texto todavía no elaborado-, que no haya seguido el proceso de aprobación del que deriva la vigencia de un convenio colectivo[3]. De la misma forma, tampoco se habrá cumplido correctamente la obligación de elaboración de un plan de igualdad cuando en el texto del convenio colectivo simplemente se recuerde que la empresa ya dispone de un acuerdo de este tipo, pero sin proceder a realizar la obligada actualización que este tipo de medidas requiere[4].

Más complejo resulta determinar si constituye un verdadero plan de igualdad aquélla previsión convencional en la que directamente se remite al plan de igualdad previamente elaborado en otra empresa (normalmente perteneciente al mismo sector de actividad o grupo empresarial, respecto a la que cabe intuir las mismas necesidades de actuación. Por lo que a este particular problema se refiere, debe tenerse en cuenta que si no se ha producido un análisis individualizado de la situación particular en la que se encuentra la concreta empresa, no se habrá elaborado un verdadero plan de igualdad. Es cierto que por medio de estas remisiones se conseguirán mejorar las medidas destinadas a facilitar la igualdad de géneros en la empresa, pero no se tratará en realidad del "conjunto ordenado de medidas" que definen y caracterizan a este tipo de textos.

## II. NUEVOS ÁMBITOS DE NEGOCIACIÓN EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO: LOS PLANES DE IGUALDAD DE SECTOR Y DE GRUPO DE EMPRESAS

Es importante destacar que, según la LO 3/2007, la obligación de elaborar planes de igualdad recae únicamente sobre las empresas[5] (bien porque tengan más de 250 trabajadores, porque previamente hayan sido sancionadas en materia de igualdad y no discriminación, bien porque voluntariamente hayan

[3] Así, no es un verdadero "plan de igualdad" la remisión que realiza el art. 49 del I Convenio colectivo de Unedisa Comunicaciones, SL., Código de Convenio n.º 90100452012011, (BOE 18 de julio de 2011), a un texto de elaboración futura.

[4] Como hace, bajo la rúbrica, de "plan de igualdad", el I Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes (Código de Convenio nº 90100272012010), BOE 3 de diciembre de 2010, o la sección 6ª del I Convenio colectivo de Tecnocom España Solutions, Tecnocom Telecomunicaciones y Energía y Tecnocom SyA (código de convenio n.º 90100133012013), BOE 28 de junio de 2013.

[5] En este sentido, los arts. 45 y 46.1 de la LO 3/2007 no generan duda alguna acerca de ello.

asumido el citado compromiso en el seno de un proceso de negociación colectiva). Ahora bien, cada vez es más frecuente en la práctica encontrar planes de igualdad con ámbitos de aplicación mucho más extensos.

¿Existen planes de igualdad de grupos de empresa? ¿Puede un plan de igualdad negociarse y aprobarse en este concreto ámbito negociador?

La respuesta, ha de ser afirmativa. Y es que aunque la obligación de elaborar planes de igualdad (como a continuación se analiza con más detalle) sigue recayendo únicamente sobre empresas y no sobre grupos de empresas (arts. 46 y 47 de la LO 3/2007 y 85 ET), dado el reconocimiento expreso que actualmente existe en la legislación laboral de la negociación colectiva en el ámbito de grupo, debe entenderse que también las empresas habrán dado cumplimiento a esta obligación legal si el plan negociado en el seno del grupo de empresas incluye un "plan de igualdad" debidamente elaborado, razonado y justificado, destinado a resultar aplicable a todas las empresas del grupo.

A estos efectos, no se puede olvidar que la presencia creciente de los grupos de empresas en ámbito jurídico provoca que, también éstos tengan una presencia cada vez más acusada en la realidad negocial. En este sentido, el RD-Ley 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, introdujo importantes modificaciones sobre el Título III del Estatuto de los Trabajadores destinadas a articular expresamente, como nivel de negociación colectiva estatutaria, la formulada por un grupo de empresas[6]. Y es que habida cuenta de que cada vez tienen más presencia en el tráfico jurídico los grupos de empresas y las empresas-red (aquéllas formadas por una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas, o productivas), el legislador por fin ha reconocido legitimación negocial a los representantes de este tipo de entidades (tercer párrafo del art. 87.1 ET)[7].

Se trata de una modificación normativa encaminada a simplificar el proceso de aprobación de lo que anteriormente se venía conociendo como "convenios colectivos de ámbito de empresa". Y es que no se puede negar que antes de que se modificara la redacción del citado precepto, la negociación colectiva

[6] Sobre este tema, *in extenso*, véase TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia, "El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red", *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, nº. 356, 2012.

[7] Sobre este interesante tema, véase los recientes estudios de SAGARDOY Y BENGOECHEA, Juan Antonio y GIL Y GIL, José Luis, "La negociación colectiva en los grupos de empresas", y de VICENTE PALACIO, Mª Aranzazu, "Grupos de empresas y negociación colectiva: dos ejemplos del tratamiento de los grupos de empresa por el ordenamiento jurídico español: de lo patológico a lo fisiológico", ambos incluidos en AAVV, "*El derecho a la negociación colectiva: "Liber Amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés*" (coord. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, págs. 443 y 537 respectivamente.

de grupo ya existía, aunque exigía una tramitación mucho más compleja. Así pues, ante la ausencia de una forma de negociación y aprobación conjunta, se exigía la reiteración de exactamente las mismas cláusulas convencionales en los acuerdos negociales que se alcanzaran de forma individual en el seno de cada una de las mesas negociadoras, y cuyo ámbito de aplicación se limitaba a cada una de las empresas que componían el citado grupo, consideradas de forma aislada.

Así pues, desde el momento que el legislador no sólo acepta la existencia de situaciones de negociación colectiva en el seno de los grupos de empresas, sino que también articula un cauce jurídico específico para facilitar este proceso, se ha de admitir que en este concreto ámbito, pueden negociarse medidas tendentes a fomentar la igualdad de géneros en el grupo, medidas que en ocasiones pueden presentarse de forma organizada y sistematizada, dando lugar a verdaderos a planes de igualdad, destinadas a extender sus efectos simultáneamente sobre las diversas entidades empresariales que componen el citado grupo mercantil y sobre todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

Ahora bien, debe tenerse presente que, por el momento, la obligación de elaboración de un plan de igualdad sólo recae (salvo supuestos de sanción o compromisos voluntarios) sobre *las empresas* de más de 250 trabajadores (art. 45.2 LO 3/2007), para cuyo cómputo será necesario sumar todos los empleados que componen la plantilla de la misma, aunque estos estén distribuidos en varios centros de trabajo, pero no los empleados que formalmente aparecen adscritos a otras de las empresas del grupo, aunque entre ellas existan fuertes vínculos económicos o jurídicos (mismo capital social, mismos miembros del consejo de administración, personal directivo coincidente, etc.).

Ante esta situación debe entenderse que aunque este tipo de acuerdos dan lugar a unos compromisos directamente aplicables sobre todas las empresas y trabajadores que forman parte del citado grupo mercantil, y aunque se presuma que en materia de igualdad de trato y oportunidades todas las entidades incluidas presentan una situación similar, cuando lo que se ha aprobado es un "plan de igualdad", este proceso negociador "grupal" ha debido ir precedido de un *análisis individualizado* de la situación en la que se encuentra cada una de las empresas que integran el citado grupo. Por el mismo motivo, las diferentes estrategias de actuación que se haya podido acordar deben estar adaptadas a las concretas necesidades de actuación que pueda requerir cada una de las empresas implicadas (si es que, llegado el caso, se demuestre que éstas son diferentes).

Pero, si bajo la forma de un aparente "plan de igualdad" el convenio de grupo tan sólo hace referencia a los objetivos generales que se desean alcanzar

en dicho ámbito empresarial en materia de igualdad de géneros o reproduce los derechos que sobre esta materia que reconoce la legislación laboral, sin realizar un diagnóstico previo de la situación de cada una de las empresas del grupo ni establecer medidas específicamente destinadas a corregir los defectos detectados en cada una de ellas, en realidad, no se habrá elaborado un verdadero "plan de igualdad" y por lo tanto, debido a su generalidad, las citadas previsiones convencionales no servirán para justificar que las empresas del grupo afectas por la obligación de elaboración de este tipo de textos, han cumplido con su obligación, lo que les exigirá elaborar, negociar y aprobar sus propio plan de igualdad en un proceso de negociación posterior de ámbito de empresa.

Pese a todo, ha de señalarse que el análisis de la negociación colectiva nacional permite comprobar que los planes de igualdad negociados en el seno de un grupo de empresas no pecan de la generalidad e indeterminación de la que sí adolece, con carácter general la negociación de planes de igualdad que se pretende llevar a cabo en el seno de un convenio de sector, pues éstos se presentan por lo general como un conjunto claro y ordenado de objetivos y estrategias de acción concretas, directamente encaminadas a alcanzar fines específicos en materia de igualdad de trato y oportunidades en el citado grupo empresarial[8].

Se ha de matizar que aunque no todas las empresas del grupo, tengan plantillas superiores a más de 250 trabajadores, una vez incluido un plan de igualdad en un convenio de grupo, se estará reconociendo la asunción voluntaria de cada una de ellas del compromiso de elaborar este tipo de acuerdos, compromiso que, como se ha expuesto, implicará necesariamente cumplir con los trámites de evaluación y revisión periódica que este tipo de textos exige. En definitiva, se trata de una situación por el momento poco habitual, pero sin duda, lícita y que progresivamente irá adquiriendo una presencia más acusada en la negociación colectiva de nuestro país.

Teniendo en cuenta la redacción de la LO 3/2007, se aprecia que la obligación de elaborar planes de igualdad recae únicamente sobre las empresas[9]

[8] Así por ejemplo, destaca la minuciosidad del plan de igualdad de ámbito de grupo incluido en el Capítulo III del Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía, (código de convenio n.º 90100233012014) BOE 21 de octubre de 2014, en el Capítulo VIII del Convenio colectivo para el grupo integrado por Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL, (código de convenio n.º 90100183012014), BOE 30 de enero de 2014, en el Capítulo VIII del Convenio colectivo del Grupo Colt en España (código de convenio n.º 90100243012014), BOE 15 de diciembre de 2014, en el Anexo VI del Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA), Código de convenio n.º 90100033012011, BOE 20 de diciembre de 2011, o en el Capítulo sexto del Convenio colectivo marco del grupo E.ON España (código de convenio n.º 90100013012011), BOE 30 de enero de 2015.

[9] En este sentido, los arts. 45 y 46.1 de la LO 3/2007 no generan duda alguna acerca de ello.

(bien porque tengan más de 250 trabajadores, porque previamente hayan sido sancionadas en materia de igualdad y no discriminación, bien porque voluntariamente hayan asumido el citado compromiso en el seno de un proceso de negociación colectiva). Ahora bien, en la práctica, sorprende comprobar que son diversos los sectores de actividad los que deciden aprobar un texto de plan de igualdad con vocación de resultar aplicable a todas las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación. Ahora bien, a la vista de esta situación, deben plantearse las siguientes cuestiones:

1. Fuera de los supuestos cuya elaboración resulta impuesta directamente por la ley, la obligación empresarial de elaborar un plan de igualdad, aunque no alcance los 250 trabajadores que compongan la plantilla, ¿puede incluirse en un convenio de sector? ¿Este texto tiene fuerza vinculante en este orden de cosas, respecto a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación?

2. Y, si esto es así, ¿se puede aprobar su contenido también a través de esta vía? Si un plan de igualdad ha de ser un conjunto individualizado y razonado de objetivos y medidas de actuación, tendentes a corregir los posibles episodios de desigualdad que se puedan detectar en el seno de una empresa, atendiendo en todo momento a la situación de ésta, ¿puede el convenio de sector realizar una valoración inicial con la minuciosidad que este proceso requiere, de todas las empresas incluidas en su ámbito de aplicación?

Obviamente el convenio de sector puede resultar el instrumento adecuado para asumir la obligación de elaborar un plan de igualdad, que vincule a todas las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación, independientemente del número de trabajadores que compongan su plantilla. En muchas ocasiones, se aprecia que el compromiso que asumen los convenios de sector no es general, sino que sólo se intenta rebajar ligeramente la obligación legal (por ejemplo, para que afecte no a las empresas de más de 250 trabajadores, sino simplemente a las de más de 100[10] o más de 150[11]).

[10] Recomendación que se incluye, respecto a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, en el art. 87 de la Resolución de 16 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia.

[11] Así lo hace, por ejemplo, el art. 47 de la Resolución de 12 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas, y también el plan de igualdad incorporado al anexo III de la resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería.

Ahora bien, aunque el convenio de sector pueda asumir esta obligación, lo que no puede en modo alguno es preconstituir el contenido del plan de igualdad que deban reproducir íntegramente las empresas de dicho sector de actividad. Y es que todo plan de igualdad, como se ha indicado anteriormente, exige un proceso previo de elaboración individualizada, destinado a garantizar la razonabilidad de las medidas acordadas y su utilidad para solventar los problemas detectados. Es decir, el contenido de este tipo de textos debe configurarse *ad hoc*, atendiendo a la concreta situación de la empresa en cuestión, sin que quepa en modo alguno reproducir fórmulas genéricas no individualizadas (cfr. art.46.1. *in fine* de la LO 3/2007).

Por lo tanto, debe entenderse que los convenios de sector tan sólo están ofreciendo a través de esta vía unas indicaciones básicas sobre los distintos aspectos que deberán contemplar las empresas afectadas llegado el momento de elaborar un plan de igualdad, sin que quepa la posibilidad de introducir la obligación de reproducir íntegramente su contenido sin realizar un diagnóstico previo y una valoración minuciosa de la situación[12].

Prueba de ello es que, muchos de los denominados "planes de igualdad de ámbito sectorial", conscientes del papel secundario que ocupan, se limitan a reproducir la obligación legal (que por lo general, incide sólo sobre empresas de más de 250 trabajadores) pasando a continuación a enumerar, el elenco de previsiones que no puede olvidar recoger el plan de igualdad que cada empresa, llegado el momento, elabore. Así pues, el plan de igualdad sectorial contendrá únicamente indicaciones básicas que tienen como finalidad simplificar después la negociación el ámbito de empresa, pues a través de ella se marcan los pasos de actuación[13], el contenido mínimo y las directrices generales que deberá respetar todo plan de igualdad que se apruebe en su ámbito de aplicación[14].

---

[12] Sobre este tema, véase el estudio minucioso que realiza FABREGAT MONFORT, Gemma, "La negociación de los planes de igualdad en los convenios colectivos de ámbito sectorial", en AAVV, "*Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género"* (dir. MOLINA HERMOSILLA, Olimpia), págs. 61-90.

[13] Como hacen, entre otros, el plan de igualdad incluido en el capitulo XIV de la Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, y el incluido en el art. 86 de la Resolución de 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines.

[14] Así lo reconoce expresamente el plan de igualdad incluido en el Capitulo XVI de la Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química, que especifica que "con esta finalidad, el presente Convenio recoge a continuación *una serie de directrices y reglas en relación con los planes de igualdad y los diagnósticos de situación que podrán seguir las em-*

Así, si las previsiones generales y reiterativas son particularmente frecuentes, como se ha puesto de manifiesto, en el contenido de los planes de igualdad, si se valoran de forma aislada los planes de igualdad de ámbito sectorial se aprecia que esta generalidad, es todavía mucho más acusada[15]. Y es que en realidad actúan como una mera manifestación de intenciones, a través de la que se proclama la intención de las empresas incluidas en dicho ámbito, de aplicar una política tendente a facilitar la igualdad de géneros. Meros objetivos generales, redactados con altas dosis de ambigüedad e indeterminación, que en realidad no son más que la plasmación escrita de un deseo de actuación respetuosa con la igualdad de género, carentes de valor práctico si posteriormente no son desarrollados de forma individualizada a través de la negociación colectiva de empresa. Pero ¿esto quiere decir que un convenio sectorial nunca puede incluir verdaderas estrategias de mejora directamente exigibles por parte de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación?

Obviamente, para responder a esta pregunta, deben recordarse las reglas sobre concurrencia de convenios que marca la legislación laboral, en virtud de las cuales, sin duda, se contempla la posibilidad de introducir compromisos por la vía de la negociación colectiva de sector, entre los que sin duda pueden incluirse, por ejemplo, ciertas mejoras de las medidas destinadas a mejorar las condiciones de igualdad de trato predominantes en el citado sector o a facilitar

*presas de más de 250 trabajadores incluidas dentro de su ámbito de aplicación y cuya finalidad es facilitar a estas últimas la aplicación e implantación de la Ley Orgánica 3/2007*".

[15] Así por ejemplo, aunque el art. 75 de la Resolución 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, incluya un aparente " plan de igualdad" para el citado sector de actividad, en realidad no se ha aprobado un verdadero plan de igualdad, sino sólo el compromiso de elaborar en el futuro un plan de igualdad que sólo afectará a las empresas de dicho sector de actividad que cuenten con más de 250 trabajadores, realizando un simple recordatorio, en términos generales, de los objetivos de los planes de igualdad marcados por la Ley. La misma consideración puede realizarse, por ejemplo, en relación al denominado "plan de igualdad" plasmado en el capítulo XI de la Resolución de 25 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, sobre el "plan de igualdad" incluido en el capítulo XVIII de la Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, sobre la Disposición adicional primera de la Resolución de 2 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la madera, o sobre el capítulo XII de la Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, entre otros muchos. Y es que tanta es su generalidad que en realidad no puede hablarse de un verdadero plan de igualdad, sino de una mera enumeración de objetivos generales de actuación, que no incluye ningún tipo de medida de actuación concreta destinada a erradicar la desigualdad de género.

la conciliación de la vida laboral y familiar, aunque eso sí, al haberse formulado en abstracto, sin atender a las condicionas particularizadas de cada una de las empresas en las que deberán ser aplicadas, por sí solas, no dispondrán de la organización y estructuración necesarias para poder ser calificadas como un verdadero "plan de igualdad".

Pese a todo, no se puede dejar de destacar que, en la práctica, son muy excepcionales las previsiones incluidas en el un plan de igualdad de ámbito se sector con las que efectivamente se estén mejorando los derechos mínimos reconocidos en la ley en materia de igualdad de trato u oportunidades o acerca de las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, dando lugar a un derecho directamente exigible por parte de los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de actuación[16].

En síntesis, puede afirmarse que los derechos en materia de igualdad de género y oportunidades reconocidos en el seno de un convenio colectivo de ámbito sectorial presentarán sin duda un importante valor práctico pero que, independientemente de la denominación que les hayan atribuido los sujetos negociadores, no habrán dado lugar a un "plan de igualdad" propiamente dicho pues, por las propias características del proceso negociador en el que se han gestado, resulta prácticamente imposible que presenten la individualización que este tipo de textos requiere.

## III. ERRORES Y PROBLEMAS PRÁCTICOS MÁS FRECUENTES EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD

Es hoy una práctica generalizada, comenzar la redacción de un plan de igualdad enumerando los objetivos generales que dicho texto persigue. Todos y cada uno de los convenios estudiados incluyen un apartado preliminar en el que recuerdan la finalidad de la LO 3/2007, reproducen el contenido del art. 14 CE o enumeran, formulados en términos amplios, las actuaciones que se desean implantar en la empresa.

[16] Prácticamente como un ejemplo simbólico puede citarse el plan de igualdad aprobado por la Resolución de 14 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria, en su art. 46.6, opta por mejorar, en beneficio de los trabajadores la duración de la reducción de jornada por cuidado de hijos, especificando que Los trabajadores, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en 45 minutos con la misma finalidad (y no los 30 minutos que prevé el Estatuto de los Trabajadores). Precisamente por el contenido tan concreto de esta previsión, cualquier trabajador de este sector de actividad podrá exigir el disfrute de este derecho, incluso aunque la empresa en la que preste servicios no esté obligada a elaborar un plan de igualdad, o incluso, aunque haya aprobado un plan de igualdad en el que se haya omitido una previsión de esta índole.

Este tipo de cláusulas o previsiones convencionales constituyen más bien de una declaración de intenciones que una plasmación de un compromiso en torno a la puesta en marcha de unas medidas concretas de actuación destinadas a combatir la desigualdad de géneros en la empresa. Por lo tanto, su valor es mucho más teórico que práctico, puesto que la fuerza vinculante de las citadas previsiones en realidad proviene de su proclamación en el texto de una norma jurídica y no de su incorporación a un convenio colectivo, que en este caso, únicamente se limita a reproducir exigencias normativas preexistentes. En definitiva, se trata de prácticas evitables que muchas veces pueden producir el "espejismo" de que se ha avanzado en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el seno de la empresa, cuando en realidad no se ha hecho.

Pero ¿por qué en la negociación colectiva se sacrifica tiempo y esfuerzo en llegar a plasmar, de forma literal, obligaciones que ya vienen impuestas en el texto de una norma? Obviamente, si se trata de previsiones configuradas a modo de derecho mínimo e indisponible por el legislador, el convenio colectivo sólo podrá ampliar o mejorar los derechos reproducidos en ellas pero ¿por qué los copia en su texto, sabiendo que esta actuación no les aporta ningún plus de efectividad?

Son diversos los factores que explican este comportamiento:

Unas veces, la reproducción se utiliza a modo de "introducción" a los planes de igualdad, con el fin de poner al lector en antecedentes de la situación jurídica de la que deviene el deber (o la conveniencia) de redacción de un plan de igualdad en la empresa.

Otras veces, esta práctica revela que existe un desconocimiento generalizado por parte de los sujetos negociadores que cuál es el nivel de derechos reconocido actualmente como mínimo e indisponible en materia de igualdad de género o conciliación de la vida familiar y laboral en el texto de la Ley, y por ese motivo, y con ánimo de facilitar su difusión generalidad y la correcta información entre los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, opta por volver a plasmar, entre las cláusulas del convenio colectivo, los derechos que ya desde hace años, reconoce la legislación laboral. De esta manera, puede afirmarse que muchas veces esta práctica simplemente persigue que no pasen desapercibidos ciertos derechos y obligaciones ya reconocidas por el legislador, sólo por el hecho de que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación no suelen tener acceso a los textos legales, o al menos, no los consultan de forma habitual y sistemática para poder llegar a tener una visión completa de cuál es hoy en día el abanico de medidas reconocidas en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social destinadas a evitar las desigualdades de género.

En último lugar, no se puede dejar de reconocer el valor interpretativo que, llegado el caso, pueden representar este tipo de cláusulas genéricas si lo que se trata es de interpretar cualquier otra previsión convencional que se haya podido formular en términos difusos. Y es que al ser estos compromisos generales claramente representativos de la finalidad que persiguen en su conjunto las medidas implantadas en la empresa en materia de igualdad de género, se deduce que cualquier previsión convencional, formulada en términos ambiguos, deberá interpretarse en el sentido más favorable posible para alcanzar la igualdad de género. En definitiva, con ellas no se hace más que insistir sobre el hecho (ya reconocido en el art. 4 de la LO 3/2007) de que la igualdad de trato y oportunidades es un "*principio informador del ordenamiento jurídico*" que se ha de observar en la "*interpretación y aplicación de las normas jurídicas*". Y es que desde que se produjo la entrada en vigor de la LO 3/2007, la igualdad de género empieza a actuar como un nuevo criterio interpretativo, completando así las clásicas previsiones no sólo del art. 3 C.C. (en relación con la interpretación de las normas) sino también del art. 1281 C.C. (en torno a la interpretación de los contratos)[17].

En cualquier caso, como se ha adelantado, este tipo de previsiones no constituyen realmente "medidas de actuación" y su valor práctico es meramente introductorio o ejemplificativo, pues en realidad no dan lugar más que a una plasmación escrita de una declaración de buenas intenciones por parte de los sujetos negociadores.

Por otra parte, y aunque muchas veces este hecho pase desapercibido durante el proceso de negociación colectiva, existen muchas fórmulas que, en la práctica, ayudan a los trabajadores a compaginar sus responsabilidades laborales y personales con comodidad que no implican un coste económico añadido para la empresa. Y es que muchas veces, erróneamente se confunde un avance en materia de conciliación de la vida familiar y laboral por la vía de la negociación colectiva, con la asunción de un coste añadido para la empresa, olvidando que existen múltiples fórmulas y estrategias que únicamente exigen

[17] De esta manera, aunque no se plasme expresamente en el texto de los planes de igualdad, a la luz de las obligaciones marcadas por el art 4 de la LO 3/2007, pude decirse que existe una obligación general de *dirimir* las controversias que puedan suscitarse en el seno de la empresa en materia de contratación, promoción profesional, distribución horaria, retribución, etc. de la manera que resulte más favorable para conseguir la igualdad de género y oportunidades en el entorno empresarial. Y es que, aunque genérica, al estar expresamente reconocida en el texto de la ley, se trata de una previsión que, llegado el momento pueden exigir los trabajadores afectados, y de la que derivará la obligación empresarial de justificar la razonabilidad de las decisiones adoptadas.

una reorganización del tiempo de trabajo o de la distribución de la actividad productiva[18].

Así pues, admitir jornada intensiva o jornada partida (si el tipo de actividad empresarial así lo permite), ampliar la duración máxima de la excedencia por cuidado de hijos o familiares, elevar el periodo de reserva cualificada del puesto de trabajo en los casos de excedencia por cuidado de hijos de un año hasta los 18 meses, ampliar la edad del hijo que da derecho a disfrutar de la reducción de jornada, extender el grado de parentesco en virtud del cual se podría solicitar una excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos, o facilitar que los trabajadores con cargas familiares hagan coincidir su turno de vacaciones con el periodo estival, podrían ser algunas de las alternativas.

Sorprende comprobar la escasísima frecuencia con que la negociación colectiva establece, mejorando así el elenco de derechos reconocidos hoy en el estatuto de los trabajadores, prioridades de permanencia en los supuestos de traslado o despido colectivo basados en razones de igualdad de género o de conciliación de la vida laboral y familiar.

Constituiría una medida de acción positiva, toda previsión por la que se estableciera, en las empresas en las que un sexo se encontrara claramente infra-representado en relación con el otro, prioridad de permanencia en el caso de que la empresa se viera obligada a tramitar un despido colectivo o un expediente de suspensión de efectos colectivos, para el sexo menos representado, con el fin de no perder de esta manera los avances que se hubiesen podido conseguir en su seno en materia de igualdad de género. Con la misma finalidad, también podría llegar a plasmarse una prioridad de permanencia similar ante las situaciones de traslado, ya sea temporal o definitivo, si es que a través de esta técnica se pretende mantener la igualdad de representación en todos y cada uno de los centros de trabajo de los que disponga la empresa.

Incluso, se consideraría razonable incluir una previsión que ofreciera prioridad de permanencia ante las situaciones citadas, a los trabajadores con hijos en edad escolar. Se trata de medidas que por el momento no se encuentran incluidas en la legislación laboral, pero que, de llagar a adoptarse a través de la negociación colectiva, tendrían un importante papel a la hora de favorecer, directa o indirectamente, la igualdad de géneros en la empresa.

[18] Una buena muestra de ello, es el amplio catálogo de estrategias propuestas por AAVV (Coord. CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y LUJÁN ALCARAZ, José), "*Buenas prácticas en la negociación colectiva. Promoción de la igualdad de género y conciliación de la vida familiar y laboral*", Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, Murcia, 2008.

Y es que aunque el legislador se ocupa expresamente de recordar que "*mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos*", sólo cita, a modo de ejemplo, los "*trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad*" (arts. 40.5 ET –acerca de la movilidad geográfica- y 51.5 ET –sobre los despidos colectivos-[19]), y omite, al realizar esta enumeración ejemplificativa, cualquier tipo de referencia respecto al sexo menos representado, aunque un acuerdo de esta índole encajaría perfectamente en la posibilidad que confieren los citados artículos. Se trata de una práctica razonable, útil y perfectamente justificada, pero que, pese a todo, posiblemente por el hecho de no encontrarse mencionada expresamente en el texto de la ley, por el momento pasa prácticamente desapercibida en el proceso de elaboración de los planes de igualdad.

En cuanto a las medidas que, aunque de importante valor, generan un coste añadido para la empresa, debe destacarse que han demostrado ser prácticamente excepcionales. Son escasísimas las empresas en las que se reconoce el derecho de los trabajadores a ampliar los permisos retribuidos por motivo de atención de sus cargas familiares (acompañar a hijos menores de edad o personas dependientes a reconocimientos médicos, ampliación de los días concedidos por nacimiento de hijo, hospitalización o fallecimiento de familiar, etc.), ofrecen ayudas por natalidad o nupcialidad, sufragan los gastos de guarderías[20], o incluso, se comprometen a integrar el 100% de la retribución de las trabajadoras embarazadas que se encuentren en situación de IT derivada de contingencias comunes.

Precisamente a estos efectos, debe advertirse que bajo la denominación "cheque guardería" o "retribución flexible" se ha detectado una situación muy llamativa: las empresas, manifiestan su disponibilidad a abonar, en los casos en los que el trabajador así lo estime conveniente, parte de la retribución de éste en forma de prestaciones en especie (normalmente sufragando determinados servicios, como seguros médicos o guarderías)[21].

---

[19] Por lo que se refiere a los trabajadores discapacitados, esta posibilidad de adoptar una prioridad de permanencia viene motivada no sólo por el esfuerzo añadido que para este colectivo supondría tener que emprender la búsqueda de un nuevo empleo, sino también, para asegurar que toda empresa que ha cumplido la obligación de reserva que le viene impuesta por la ley, no deje de hacerlo por causas sobrevenidas. Al respecto véase SELMA PENALVA, Alejandra, "*Marco normativo de las políticas sociolaborales. Protección jurídico laboral a los colectivos especialmente vulnerables*", EDITUM, Murcia, 2013, págs. 106 y ss.

[20] Cfr. art. 80 del Convenio colectivo de Martinez Loriente, SA BOE 27 de junio de 2013).

[21] El art.15 de la Resolución de 4 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Umivale Matepss n.º 15 (código de convenio n.º 90018022012010) BOE 15 de febrero de 2013, con el título "Retribución flexible", especifica que: "La empresa mantendrá un programa de retribución flexible, de adscrip-

Desde otro punto de vista, sorprende comprobar que a pesar de la habitualidad con que los planes de igualdad introducen medidas tendentes a identificar y actuar con rapidez y discreción en los supuestos de acoso sexual o acoso por razón de género, en muy pocas ocasiones se ha previsto expresamente la figura del "acoso virtual". Desde el momento en que las nuevas tecnologías y las comunicaciones virtuales irrumpen en nuestra sociedad en general, el acoso virtual pasará quizá a convertirse en una de las formas más habituales de llevar a cabo este tipo de actuaciones discriminatorias. El correo electrónico, aplicaciones informáticas como whatsapp o las redes sociales, se pueden convertir en una peligrosa vía de difusión de comentarios encuadrables dentro del concepto de "acoso", pero que en cambio, precisamente por no haberse formulado de forma personal, pueden pasar desapercibidas o, al no tomar consciencia el

---

ción voluntaria, mediante el que cada trabajador puede configurar su propio paquete retributivo en función de las necesidades que tenga en cada momento de su vida laboral, eligiendo cómo quiere percibir parte de su salario". Por su parte, los apartados 2 y 3. 24 de la Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Asepeyo - Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, n.º 151 (Código de convenio n.º 90017972012010), BOE 19 de agosto de 2013, indican que "2. Con esta modalidad retributiva el trabajador podrá destinar parte de su retribución anual bruta fija, a la obtención de servicios y productos en especie. La sustitución del importe de la retribución bruta en metálico por servicios o productos en especie se llevará a cabo cuando se produzca la efectiva adquisición o contratación por parte de la Empresa de dichos productos o servicios, por los que opte el interesado de forma particularizada y voluntaria, mediante los anexos al contrato de trabajo que se determine para dicho fin. 3. En todo caso la totalidad del importe destinado a la obtención de productos o servicios no podrá superar el límite máximo que a tal efecto establece el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores del salario anual bruto fijo del trabajador. De la misma forma, el Anexo V del Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA servicio BSH al cliente (zona 1, noroeste), código de convenio n.º 90100091012013, BOE 25 de octubre de 2013, al plasmar el plan de igualdad, establece como "medida responsable" los "planes de retribución flexible *de exentos*: servicios de guardería, seguros salud, vivienda, formación y hogares conectados a Internet". Ahora bien, ¿por qué al trabajador le va a interesar sustituir parte de su retribución en metálico por una retribución en especie? Obviamente sólo estará interesado cuando el bien o servicio, si se obtiene a través de la empresa, puede resultar más económico que si el propio trabajador emprende su contratación directa. Y es que la empresa puede firmar convenios con guarderías, colegios, compañías aseguradoras, en virtud de los cuales obtenga unas condiciones de contratación mucho más ventajosas que las que puede alcanzar un cliente individual. Incluso, se pueden sospechar aplicaciones abusivas de esta posibilidad, queriendo indicar, al utilizar la expresión "retribuciones exentas" que las percepciones recibidas a través de esta vía escapen del deber de cotizar y tributar que recae sobre toda retribución salarial. Obviamente se trata de una interpretación errónea tanto de la legislación fiscal como de la laboral, tergiversando las reglas existentes en materia de cotización a la Seguridad Social (encubriendo bajo aparentes "medidas de acción social", lo que en realidad son sólo ejemplos de retribuciones en especie -recuérdese que las retribuciones en especie siempre han cotizado-), y obviando totalmente las últimas reformas operadas al respecto con el fin de eludir cualquier tipo de práctica empresarial destinada a eludir el pago de las cotizaciones (Cfr. cambios introducidos por el RD-Ley 16/2013).

afectado de la trascendencia práctica que este tipo de comportamientos pueden tener, convirtiéndose en conductas toleradas.

Debe advertirse que el acoso virtual puede tener una finalidad o una causa laboral aunque no se produzca en tiempo y lugar de trabajo, e incluso, aunque el tipo de trabajo desarrollado en la empresa no exija manejar herramientas informáticas. Así, siempre que el vínculo que une a acosador y acosado tenga su razón de ser en la existencia de una relación laboral, podrá calificarse como una conducta de "acoso laboral" y por lo tanto, resulta importante contemplarlas en los planes de igualdad[22].

Aunque obviamente este tipo comportamientos queda sin duda encuadrado dentro del amplio grupo de figuras que pueden constituir episodios de acoso, en la práctica, resulta aconsejable incluir una previsión específica al respecto. Y es que una información adecuada al respecto, ayudará a la persona que puede sufrir este tipo de abusos a identificarlos y denunciarlos con rapidez.

## IV. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN A LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

- Resulta un contrasentido intentar negar o maquillar el hecho de que en la práctica son las mujeres las que asumen, con una frecuencia abrumadoramente superior a los hombres la atención de las cargas familiares. Por mucho que la legislación laboral contemple de forma neutra la mayor parte de los derechos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadores, se trata de una realidad que la normativa vigente no es capaz de corregir. Se demuestra así que el problema de la escasa corresponsabilidad de los hombres es un tema social y no jurídico contra el que es muy difícil luchar.

Éste debe ser el punto de partida con el que comiencen a trabajar los planes de igualdad, puesto que querer ocultar o maquillar este hecho no hará

[22] En concreto, todo protocolo de actuación en materia de acoso sexual debería hoy en día prever no sólo los canales de comunicación y denuncia y denuncia que en general puede utilizar toda persona que se considere víctima de una de estas actuaciones, sino que también debe difundir las nociones e indicaciones básicas que ayudarán a los sujetos que sufren este tipo de episodios a identificarlos y denunciarlos, prestando especial atención a las situaciones de "acoso virtual" o "no presencial" con el fin de evitar que pasen desapercibidas ciertos comentarios discriminatorios falsamente encubiertos bajo la forma de comentarios jocosos o lúdicos, que no por ello, dejan de ser peligrosos. Al respecto, véase entre otros el protocolo de actuación contra el acoso sexual y la discriminación por razón de sexo en Limber Multiservicios, S.L. incluido en el Anexo II del Convenio colectivo de Limber Multiservicios, SL. (BOE 23 de febrero de 2012), en el que se establece una previsión específica del acoso realizado mediante el envío de archivos informáticos.

más que dificultar la satisfacción del objetivo final de garantizar la igualdad de género en la empresa.

- Los planes de igualdad deben estar centrados exclusivamente en intentar alcanzar la igualdad de género y no en otras causas de discriminación (edad, discapacidad, orientación sexual, religión, raza, etc.). Y es que aunque unas y otras constituyan conductas prohibidas, generadoras de idénticas consecuencias (arts. 24 CE y 17 ET) responden a motivaciones diferentes, afectan a colectivos distintos y presentan una incidencia práctica muy distinta. A estos efectos, no se puede dejar de recordar que el concepto de plan de igualdad, tal como queda configurado en la LO 3/2007 se limita a la igualdad de género. Querer incluir otros factores de discriminación puede no solo complicar al máximo el proceso de negociación y redacción de los citados planes, sino también provocar confusión o atenuar la eficacia de las medidas que se pueden establecer.

- Aunque todas las empresas estén obligadas a evitar situaciones de discriminación y todo convenio colectivo entre su contenido mínimo, deba incluir aspectos relativos a la igualdad de género, solo las de más de 250 trabajadores están afectadas por la obligación legal de elaborar un plan de igualdad. Tal exigencia convierte este tipo de obligaciones en algo excepcional, pues en la práctica son muy pocas las empresas españolas que reúnen una plantilla tan elevada. Como expresamente se ha reconocido, el 99% de las empresas españolas tiene menos de 50 trabajadores (cfr. Exposición de motivos de la Ley 20/2012), por lo que la obligación de elaboración de planes de igualdad, salvo supuestos de asunción voluntaria, es en realidad simbólica. Como se puede apreciar, aunque en el momento en el que se aprobó la Ley de Igualdad pareciera lo contrario, se trata de una obligación abrumadoramente de menor intensidad que la relativa a la elaboración del Plan de Prevención de Riesgos Laborales, pues ésta recae sin excepción sobre cualquier empresa, independientemente del número de empleados que tenga su plantilla y del sector de actividad en el que preste sus servicios. Y así, precisamente ante el escaso alcance de la obligación legal de elaborar planes de igualdad ¿por qué esperar que las empresas que no alcance dicha cifra de personal decidan voluntariamente comprometerse a elaborarlos?

- Todavía hoy, prácticamente diez años después de la aprobación de la Ley de Igualdad, sorprende comprobar la abrumadora generalización en el texto de los convenios colectivos de fórmulas ambiguas que bajo la denominación de "planes de igualdad" se limitan a realizar meras declaraciones de intenciones o a reproducir el contenido de derechos que ya reconoce la legislación laboral. Huelga decir que este tipo de previsiones no constituyen un verdadero plan de igualdad pues en realidad no implican asumir compromiso alguno más allá de las exigencias ya marcadas por la legislación vigente. Eso sí, no se puede negar que demuestran el desconocimiento por parte de los interlocutores sociales del alcance real de los derechos laborales existentes en materia de igualdad de

género y conciliación que, o bien se conforman con un mero desiderátum de actuación, bien incluso, en ciertos casos han aceptado como un avance lo que en realidad es simplemente una reproducción de la legislación vigente.

En otras palabras: no hay un conocimiento real de los derechos mínimos en materia de igualdad de género marcados por la legislación laboral ni por parte de trabajadores ni empresarios. Por ese motivo, desde estas líneas se ha de insistir en la imperiosa necesidad de que los miembros de la comisión negociadora encargados de elaborar los planes de igualdad posean formación suficiente al respecto, pues solo así se podrá garantizar el éxito del proceso.

- Es ya un hecho admitido que entre los distintos escenarios en los que pueden producirse fenómenos de discriminación por razón de género, sigue encontrando especiales dificultades de prueba acreditar la discriminación en el acceso al empleo. Pero no sólo eso. Una vez que los perfiles de la discriminación no solo en el empleo sino también en el acceso al empleo empiezan a quedar claros en la práctica social, comienzan a surgir otras formas de discriminación materializadas esta vez en fórmulas no laborales de acceso a la empresa.

Y es que al convertirse los prácticum académicos en la primera toma de contacto con las empresas puede actuar a modo de cantera de futuros empleados, por lo que la desigualdad de género detectada en el acceso a este tipo de prácticas académicas actuará en definitiva como un primer estadio de la discriminación en el acceso al empleo, minorando las posibilidades de ocupación futura de las mujeres, aunque a través de una vía que todavía hoy muchas veces consigue pasar desapercibida.

- Es un dato fundamental que pocas veces se refleja en los planes de igualdad conocer cuál es el porcentaje de mujeres que conservan el puesto de trabajo en la empresa tras maternidad (teniendo en cuenta que la excedencia por cuidado de hijos es causa de suspensión pero no de extinción del vínculo laboral). Y es que la antigüedad media de trabajadores mujeres y hombres puede reflejar de una forma muy fiel cual es la situación en la que se encuentra la concreta empresa en materia de igualdad de género, permitiendo detectar posibles irregularidades y obstáculos y articular estrategias específicas de actuación.

- Por último, resulta interesante poner de manifiesto que el ámbito de aplicación de los planes de igualdad cada vez más extenso. Muchas veces, ya no se limitan al estricto ámbito de empresa en el que inicialmente fueron configurados, y empiezan a surgir planes de igualdad de grupo de empresas y planes de igualdad de sector. Es importante incidir en que por el momento, la obligación de elaboración de planes de igualdad sólo afecta a las *empresas* de más de 250 trabajadores (no a grupos de empresas como tales ni a sectores de actividad). Se trata de prácticas con las que muchas veces únicamente se intentan alcanzar unos compromisos mínimos en materia de igualdad de

género, sobre los que deberá partir cada una de las empresas incluidas en su ámbito de actuación en el caso de que proceda a elaborar su respectivo plan de igualdad.

Al respecto, debe advertirse que muchas empresas de nuestro entorno económico ni siquiera han hecho uso de la posibilidad que les confiere el ordenamiento laboral de negociar un convenio colectivo de ámbito de empresa, con lo que muchas veces, las posibilidades de asumir compromisos a través de esta vía, como contempla el art. 85 ET, se frustran, y los planes de grupo o de sector se convierte entonces en la única vía de actuación posible de la que dispone la negociación colectiva con el fin de valorar y mejorar la igualdad de género en un determinado campo de actividad, y por lo tanto, aunque suelan llegar a acuerdos de alcance muy general, ya por sí solos implican un avance.

- El proceso de elaboración de un plan de igualdad no estará completo si no se ha designado una "comisión de igualdad", integrada por representantes de la empresa y representantes de los trabajadores. Y es que son tantos los aspectos que se pueden suscitar en la práctica relacionados con la igualdad de género, que muchas veces en el seno de la empresa se plantearán situaciones que no están expresamente previstas en el texto del plan de igualdad, o para las que las previsiones incluidas resulten demasiado genéricas. Es por ello por lo que una comisión de igualdad resulta especialmente útil para garantizar que el compromiso empresarial en materia de igualdad de género es un compromiso dinámico y no estático, y como tal, evoluciona y se adapta con el fin de dar respuesta los problemas puntuales que se pueden plantear en la práctica.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, "*El principio de igualdad en la negociación colectiva*", SÁNCHEZ TRIGUEROS (Dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.

AAVV (Coord. CAVAS MARTÍNEZ y LUJÁN ALCARAZ), "*Buenas prácticas en la negociación colectiva. Promoción de la igualdad de género y conciliación de la vida familiar y laboral*", Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, Murcia, 2008.

CARRERA GARROSA, V. "Los planes de igualdad en la empresa privada: contenidos y fases", en AAVV, "*¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?*" (Dirs. FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M. y LEÓN ALONSO, M.), págs. 25-31.

FABREGAT MONFORT, G., "La negociación de los planes de igualdad en los convenios colectivos de ámbito sectorial", en AAVV, "*Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género"* (Dir. MOLINA HERMOSILLA, O.), págs. 61-90.

GÓMEZ ETXEBARRÍA, G., en "Igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, nº. 98, 2012, págs. 54 y ss.

OLMO GASCÓN, M., en "El contenido de los planes de igualdad: guías y directrices prácticas", *Aequalitas: Revista jurídica de igualad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº. 32, 2013, págs. 38 y ss.

SAGARDOY Y BENGOECHEA, J.A. y GIL y GIL, J.L., "La negociación colectiva en los grupos de empresas", en AAVV, "*El derecho a la negociación colectiva: "Liber Amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés*" (coord. GORELLI HERNÁNDEZ), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, págs. 443 y ss.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo", en *Retos del Derecho del Trabajo frente el desempleo juvenil: XXXII Jornadas* Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (coord. por Monereo Pérez), CARL, Junta de Andalucía, 2014, págs. 175-217.

SÁNCHEZ VALERA, M., "Medidas clave en la implementación de un plan de igualdad en la empresa", *Equipos & Talentos: gestión, selección y formación en RR HH*, nº. 71, 2010, págs. 16 y ss.

SELMA PENALVA, A., "*Marco normativo de las políticas sociolaborales. Protección jurídico laboral a los colectivos especialmente vulnerables*", EDITUM, Murcia, 2013.

TOMÁS JIMÉNEZ, N., "El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red", *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, nº. 356, 2012.

VICENTE PALACIO, M.A., "Grupos de empresas y negociación colectiva: dos ejemplos del tratamiento de los grupos de empresa por el ordenamiento jurídico español: de lo patológico a lo fisiológico", en AAVV, "*El derecho a la negociación colectiva: "Liber Amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés*" (coord. GORELLI HERNÁNDEZ), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, págs. 537 y ss.

ZOCO ZABALA, C., "Evaluación de los planes de igualdad en las empresas: hacia medidas de conciliación compartidas" en AAVV, "*Eficiencia, igualdad y empresa: la aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*" (coord. por SIERRA HERNÁIZ y ARAGÓN GÓMEZ), 2011, págs. 231-255.

# PERSPECTIVA DE LA CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE ANDALUCÍA SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LA REFORMAS LEGALES

MANUEL-CARLOS ALBA TELLO

*Director Área Juridica y Relaciones Laborales de CEA*

ÍNDICE

1 LA REFORMA LABORAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2 LA PRIORIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA
3 INAPLICACIÓN DE LOS CONVENIOS
4 ULTRAACTIVIDAD
5 CONCLUSIONES

## 1 LA REFORMA LABORAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como todos sabemos, las últimas reformas legislativas aprobadas hace ya cinco y seis años, han venido introduciendo importantes novedades en nuestro sistema de negociación colectiva del Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Sin duda, la más controvertida de 2012 generó cambios sustanciales con el declarado propósito de ofrecer opciones reales para dinamizar y fortalecer las relaciones laborales a través de la negociación colectiva.

La finalidad de la negociación colectiva, como ejercicio máximo de las funciones de las organizaciones que defienden los intereses generales de los trabajadores y los empresarios, no puede ser otra que la de propiciar que el convenio colectivo sea realmente un instrumento útil, eficaz y efectivo para facilitar a las empresas su competitividad y capacidad productiva mediante una mejor adecuación de las relaciones laborales a las circunstancias reales de la economía y de las empresas, y constituir al mismo tiempo garantía efectiva para el mantenimiento y la creación de empleo, como he señalado antes.

Es por ello, que cualquier modificación legislativa del marco normativo de la negociación colectiva que se realice debe contar con la participación y consenso de los interlocutores sociales.

## 2 LA PRIORIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA.

La reforma de 2012 arrastró desde su promulgación este pecado: la deslegitimación del papel del Diálogo Social como instrumento fundamental para habilitar la intervención de los agentes sociales y económicos más representativos en la planificación de la política económica y social, y en particular en el diseño de las reglas del juego en el que se desenvuelven las relaciones colectivas de trabajo.

No sólo en las formas, también en el contenido de la misma parecía intuirse una capitidisminución de la capacidad representativa de los representantes institucionales de trabajadores y empresarios orientando el modelo de negociación colectiva hacia una mayor descentralización, derivando la capacidad decisoria a un ámbito de actuación más cercano a la realidad de las empresas, por entender que es en este nivel donde pueden adecuarse mejor y de manera más eficiente las condiciones laborales con las circunstancias económicas de las empresas.

Se trataba de un cambio sustancial en la estructura negocial de nuestro jerarquizado modelo de negociación colectiva. El convenio de empresa sube en el escalafón y adquiere "prioridad aplicativa" respecto de cualquier otro de ámbito superior en aquellas materias que constituyen el núcleo troncal del con-

venio colectivo: cuantía y estructura salarial, jornada y distribución del tiempo de trabajo, clasificación profesional, fórmulas de contratación, etc.

Las críticas a esta reforma legislativa se centraron en vaticinar dos consecuencias negativas que se derivarían de este atrevimiento del legislador: una atomización considerable de la negociación colectiva (aún más de lo que ya lo está, pues son cerca de 1.000 los convenios colectivos que se firman en Andalucía); y en la desnaturalización del derecho a la negociación colectiva que el marco legal confiere a las organizaciones sindicales y empresariales, poniendo en entredicho la estructura negociadora y los principios de la legitimación para negociar convenios colectivos con eficacia general (erga omnes) y con la fuerza vinculante que con efecto normativo tienen atribuido.

Si tuviéramos que resumir el balance de los efectos de la reforma laboral sobre estas dos cuestiones de la negociación colectiva, bien podríamos decir que aquellos temores o presagios no llegaron a materializarse.

No nos encontramos ante una situación de atomización de la negociación colectiva en Andalucía, o dicho de otro modo, la atomización de convenios sigue siendo la misma que había anteriormente a la reforma de 2012, un volumen de negociación cada año en torno a 800 convenios colectivos.

Del mismo modo que tampoco se ha originado un fenómeno de descentralización de la estructura negocial. El convenio de ámbito empresarial sigue representado en torno al 85% del total de la negociación, pero dan cobertura apenas a un 8% del conjunto de trabajadores afectados por convenio colectivo. En cambio, los convenios de sector de ámbito provincial suponen el 14% de la negociación y dan cobertura, sin embargo, a más del 90% de los trabajadores.

Quiero ello decir que nuestra negociación colectiva sigue siendo prioritariamente de carácter provincial sectorial, recayendo el protagonismo de la negociación de convenios en las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales que tienen la legitimación necesaria de acuerdo con el ámbito funcional y territorial del convenio.

En definitiva, diríamos que a pesar de la habilitación que el nuevo art 84º.2 del Estatuto otorga al ámbito empresarial para regular las condiciones laborales de manera preferente en determinadas materias sobre las establecidas en el convenio de ámbito superior, la unidad del convenio empresarial no ha experimentado un crecimiento notable, y su incidencia en el conjunto de trabajadores con convenio colectivo apenas si supone un 1%, del total de trabajadores.

La razón de que esto haya resultado así puede identificarse en dos factores: uno, el ya comentado predominio inalterable del ámbito sectorial provin-

cial y, aunque poco significativo la verdad, el de carácter autonómico, que es muy residual.

El otro factor, viene dado por la realidad de nuestro tejido empresarial cuyo panorama es bastante elocuente: un 98% de pymes y el 95% microempresas con menos de 10 trabajadores.

Negociar un convenio colectivo de empresa propio no siempre es lo más deseable, ya sea por pura estrategia o porque no se está en condiciones técnicas de afrontarlo. Pero también es cierto, que cuando las circunstancias han determinado la necesidad de acudir a un ámbito más próximo al proceso productivo para obtener un ajuste más adecuado a la realidad propia de cada empresa esta opción de flexibilidad ha posibilitado la viabilidad de muchas empresas y el mantenimiento de puestos de trabajo. No podemos olvidar que en estos duros años de crisis económica han desaparecido más de 60.000 empresas en Andalucía.

La negociación colectiva en la empresa es un mecanismo esencial de flexibilidad y el marco legal no debe poner cortapisas en la libertad de los negociadores para establecer la estructura de negociación más adecuada en cada sector económico.

No obstante, ello no es óbice para reconocer que sería prudente acometer una adecuada revisión de la regulación del ámbito empresarial de negociación, pues hay que tener cautela con el uso indebido del principio de prioridad aplicativa que puede dar lugar a negociaciones ficticias que provocan una situación indeseable de dumping social y empresarial.

Si la negociación colectiva de empresa es necesaria también es conveniente que los que la protagonicen ostenten una representatividad acreditada y suficiente.

No se trata de eliminar esta prioridad aplicativa, sino en fortalecer si cabe, como digo, la capacidad representativa de las partes negociadoras que puedan intervenir en este ámbito.

Siempre hemos afirmado que una utilización abusiva o inadecuada de los instrumentos de flexibilidad laboral como pueden ser el aprovechamiento del carácter prioritario del convenio de empresa o el descuelgue de convenio como estrategia de optimización de beneficios, contravienen las reglas de competencia leal y provocan una distorsión de los mercados.

## 3 INAPLICACIÓN DE LOS CONVENIOS

Efectivamente, el descuelgue o la inaplicación de determinadas condiciones laborales establecidas en el convenio, constituyó otros de los instrumentos

innovadores de la reforma de 2012 con el que se pretendía facilitar la adopción de medidas internas en las empresas, cuando se den acreditadas razones económicas, organizativas o productivas, orientadas a preservar su capacidad competitiva y productiva y consecuentemente evitar la destrucción de empleo.

Esta habilitación del nuevo marco legal supone poner en "stand by" la fuerza vinculante del convenio colectivo y permite que mediante un proceso de negociación entre la empresa y los trabajadores que determinadas condiciones del convenio de ámbito superior, incluso del propio de la empresa, sean sustituidas por otras condiciones más acordes con la situación de la empresa, con el fin facilitar la viabilidad de la misma y el mantenimiento del empleo.

Se trata como decimos de un instrumento de flexibilidad que no debe desnaturalizar su finalidad. Tampoco el acceso a este procedimiento debe tener como origen el fracaso de un proceso natural de negociación previa del convenio.

El recurso a esta via como atajo para simple alivio de los costes laborales que resultan de aplicar el convenio vigente ha encontrado casi siempre la respuesta contundente del respectivo Laudo arbitral que ha puesto fin a dicho procedimiento.

Con independencia de cuantificar en términos absolutos el volumen de acuerdos de descuelgue que se han venido registrando desde 2013 hasta la fecha (699 en 2013 y 327 en 2017), lo cierto es que el porcentaje de trabajadores afectados por ello apenas ha llegado en cada año al 1%., concretamente en 2017, representa el 0,5%.

Podemos afirmar que el balance en la negociación colectiva de esta figura ha sido bastante moderado y no ha provocado una desregulación generalizada de las condiciones de trabajo acordadas en al ámbito general del sector.

No obstante, también con respecto a esta vía de flexibilización debemos acudir a una revisión del actual marco regulador, sobre todo en orden a legitimar la capacidad representativa de las partes que deben acometer y acordar las medidas alternativas, que siempre deben ser de carácter temporal y por causa suficientemente acreditada, a las establecida en el convenio de referencia.

Sobre todo teniendo en cuenta que dichas inaplicaciones se han producido en el 54% de los casos en empresas de menos de 6 trabajadores.

El descuelgue del convenio debe responder a una necesidad extraordinaria y justificada cuando el fin es salvar la empresa y el empleo, pero no puede ser entendida como mera estrategia para mejorar los balances.

Por otro lado, este dato tiene que invitar a reflexionar si sindicatos y asociaciones empresariales estamos firmando convenios adecuados a la realidad

económica del sector y esto sea la causa que induce a la necesidad de descolgarse cuando los mercados presentan signos adversos.

La disminución de inaplicaciones en más del 50% desde 2013 hasta la fecha, significa dos cosas: una mejora ostensible de la situación económica y una regulación del convenio más acorde con la realidad productiva y económica del sector, todo lo cual hace innecesario acudir al descuelgue del convenio.

## 4 ULTRAACTIVIDAD

La tercera cuestión objeto de análisis en los efectos de la reforma laboral en la negociación colectiva es la referente a la ultraactividad del convenio.

Sin perjuicio de que se requiere una mayor concreción del contenido y alcance de esta medida, lo cierto es que resulta conveniente poner al convenio colectivo fecha de caducidad, pues la eternidad del convenio más allá de su vencimiento no es un factor que favorezca especialmente las posibilidades de renovación y actualización de su contenido y fortalece las posiciones más inmovilistas al respecto.

La espada de Damocles de la ultraactividad lo que ha provocado es un efecto incentivador del proceso de negociación colectiva ante el temor de una caída libre de aquellos convenios colectivos que no hubieran blindado su vigencia.

No obstante, encontramos pocos casos de convenios que hayan decaídos como consecuencia de la reforma, siendo en la mayoría de ellos por la desaparición del propio sector o la empresa. En cualquier caso, no supera la decena de convenios los que actualmente hayan decaído como consecuencia de la reforma de la ultraactividad, y apenas alcanzan los 10.000 trabajadores afectados.

Mantener la vigencia del convenio colectivo puede ser un objetivo compartido por las dos partes, los convenios colectivos son instrumentos necesarios y fundamentales en un modelo de regulación colectiva de las relaciones laborales, pero tienen que ser instrumentos útiles y eficaces que permitan dar respuestas a la realidad en la que se desenvuelven las empresas y ajustar las condiciones de trabajo a su productividad y situación económica, como he señalado al principio.

No pueden ser herramientas obsoletas que lastren la capacidad operativa de las empresas en los mercados en los que actúan, ni pueden representar un tótem intocable de aquello que tiempo atrás se consiguió y que hoy no se puede mantener so pena de conducir a la pérdida de la competitividad empresarial y por ende del puesto de trabajo.

La negociación colectiva en Andalucía no ha hecho de la ultraactividad un recurso endemoniado para acabar con el convenio, quizás, porque se ha entendido que es mejor que existan empresas y trabajadores con convenios a que haya convenios sin empresas y trabajadores a quienes aplicar. Y ello sólo es posible haciendo convenios colectivos que respondan de manera efectiva a esas necesidades de los mercados.

Igualmente podemos hablar sobre este tema de la conveniencia de una mejor regulación de los efectos jurídicos y legales que debe provocar la pérdida de vigencia del convenio una vez agotada su ultraactividad.

La ambigüedad y la indefinición con la que el legislador despachó esta reforma ha provocado grandes dosis de inseguridad jurídica que en nada ha beneficiado a la finalidad que se pretendía con esta medida.

De hecho han sido notorios y significativos los supuestos en los que las partes han seguido negociando pese a haberse llegado al fin del período ultraactivo del convenio, incluso con sentencias firmes que han declarado la pérdida de vigencia de un convenio colectivo para el sector.

## 5 CONCLUSIONES

A modo de conclusión puede sostenerse que nuestro modelo de negociación colectiva no ha sufrido una profunda transformación tras la reforma de 2012, ni en cuanto a la estructura negocial ni en cuanto a sus propios contenidos; habrá que hacer un estudio en profundidad para ver si realmente hemos conseguido modernizar y actualizar los textos de los convenios colectivos y si se ha facilitado que estos mecanismos de regulación de las condiciones de trabajo se conviertan realmente en instrumentos al servicio de la productividad y el empleo.

Una vez más, y la historia de las reformas laborales habidas desde que el ET tiene uso de razón es tozuda, esta reforma laboral aprobada sin el consenso de los interlocutores sociales y económicos no ha obtenido todo el rédito que cabía esperar. Mucho me temo que ha vuelto a ocurrir lo mismo que en la reforma del 94: cerramos los convenios con una más que aceptable moderación salarial (1,1% en los convenios firmados en 2017), pero sin tocar demasiado los contenidos, ni tan siquiera en algo tan fundamental como la estructura salarial o la jornada laboral y el tiempo de trabajo, la llave que permite dosificar la flexibilidad interna que necesitan las empresas para ajustarse a los cambios.

La propuesta iniciativa del legislador se ha visto neutralizada por un lado, por la acción jurisprudencial que ha dado al traste con buena parte de los objetivos de la reforma, sencillamente porque cuando no se regula con claridad

y contundencia y se dejan abiertos demasiados resquicios a la interpretación jurídica los efectos se relativizan, y por otro lado, porque cuando se legisla al margen de los Acuerdos Interconfederales que organizaciones sindicales y empresariales suscriben en materia de negociación colectiva los resultados no siempre son los esperados, tal vez sea porque la auténtica reforma de la negociación colectiva la tienen que materializar quienes asumen la responsabilidad de negociar y firmar los convenios colectivos; pero ese es ya otro análisis.

# CUESTIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

RICARDO BODAS MARTÍN

*Magistrado*

Presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

ÍNDICE

1. LA NEGOCIACIÓN ANTE TEMPUS DEL CONVENIO COLECTIVO
2. LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO
3. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA CONCURRENCIA CONFLICTIVA DE CONVENIO
4. LA LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR CONVENIOS COLECTIVOS
5. PROCEDIMIENTO NEGOCIAL
6. CONTENIDO NEGOCIAL
7. SUCESIÓN CONVENCIONAL
8. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Como es sabido, durante años se pospuso la reforma de la negociación colectiva, porque se consideró siempre que debería ser abordada y convenida previamente entre los interlocutores sociales, a quienes se reconocía la máxima legitimidad para impulsar dicha reforma. Ese acuerdo entre los interlocutores sociales no se alcanzó en la legislatura anterior pese a los múltiples intentos de reforma negociada, lo que motivó, en su momento, una regulación legal mediante el RDL 7/2011, de medidas urgentes para la negociación colectiva, que provocó fuertes críticas, precisamente porque no se pactó con los interlocutores sociales[1].

*¿La negociación colectiva constituye un obstáculo para la adaptabilidad y competitividad de las empresas o las facilita?*

La reforma de la negociación colectiva, contenida en el art. 14 de la de ley 3/2012, de seis de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral (procedente del RDL 3/2012, de 10 de febrero), encuadrada en su capítulo III, agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo y tienen por objetivo, según su exposición de motivos, fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa, lo cual se interpretó, en su momento, como una vía para que las empresas busquen esencialmente su competitividad mediante el logro de ventajas laborales[2], aunque la jurisprudencia ha matizado el papel de la competitividad empresarial, que no constituye un valor absoluto[3]. La adaptabilidad, o lo que

[1] Del Rey Guanter, S., Informe sobre la Ley 35/2010, pág. 60

[2] Casas, M.E.; Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Valdés Dal-Ré, F.: La nueva reforma laboral.

[3] La modificación sustancial de condiciones de trabajo, introducida por Sanitas Seguros, consistente en el establecimiento de un copago en la prestación de servicios sanitarios en atención al coste comparado de éstos, no es causa organizativa, ni productiva, sino en su caso económica y se declara que la medida no está justificada ni hay un hecho susceptible de operar como causa, ni de existir éste, sería un hecho sobrevenido. Se establece una doctrina muy rica en la que se sostiene que una medida meramente redistributiva en el sentido de que la "mejora" de la empresa se obtiene únicamente de una nueva distribución de los rendimientos de su actividad entre los titulares del establecimiento empresarial y los trabajadores. Éstos "empeoran" en lo que lo que aquéllos -o si se prefiere, la empresa– "mejoran", sin que haya ningún dato objetivo -técnico, organizativo, productivo o económico– que justifique ese cambio en la distribución. Si se interpreta así el precepto legal, toda restricción de los derechos económicos de los trabajadores representará siempre una mejora que justificará la modificación, pues la mejora en sí misma se ha convertido en causa de la modificación en lo que no es más que un razonamiento circular. La justificación opera de manera distinta: hay un hecho objetivo susceptible de alterar el régimen de prestaciones del contrato -una innovación técnica, organizativa o productiva, un cambio de la coyuntura económica- y a partir de ese cambio (la actualización de la causa) la medida se justifica si se corresponde con ese cambio y si sirve al objetivo de mejorar la posición competitiva de la empresa o a prevenir una evolución negativa (STS 20-01-2014, rec. 56/2013, confirma SAN 2-03-2013).

es lo mismo, la competitividad de las empresas constituye, en suma, el bien jurídico protegido por la reforma, por cuanto es la capacidad de las empresas para competir en el mercado en el que desarrollan su actividad la que les permitirá conservar y generar empleo[4].

La adaptabilidad de las empresas a las circunstancias sobrevenidas, se constituye, de este modo, en el primer objetivo de la reforma, que cuestiona el papel de la negociación colectiva en su regulación precedente a tal punto que duda, según la exposición de motivos, si esa regulación anterior constituyó un obstáculo para adaptar las condiciones de trabajo a la realidad empresarial, lo que no deja de ser llamativo, puesto que los interlocutores sociales han considerado, por el contrario, en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-2012, que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para cohonestar la capacidad adaptativa de nuestras empresas y la garantía de los derechos de los trabajadores. Dicho Acuerdo (BOE 6-02-2012) apuesta de modo decidido por una negociación colectiva sensible a las circunstancias del mercado, por lo que promueve un modelo de negociación colectiva adaptado a las necesidades de las empresa, mediante una utilización intensiva de las medidas de flexibilidad interna, que limiten al máximo la flexibilidad externa. Sucede lo mismo con el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE 20-06-2015), en cuya exposición de motivos se subraya que negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las Organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social.

La norma propuso, por consiguiente, acabar con la posible obstaculización de la negociación colectiva a las necesidades de adaptación de nuestras empresas a los requerimientos del mercado mediante las herramientas siguientes:

a. Posibilitar la inaplicación del convenio colectivo vigente, para lo que se viabiliza, en primer lugar, la revisión del convenio por los sujetos legitimados durante su vigencia (art. 86.1 ET) y se establece un nuevo procedimiento para la inaplicación de condiciones de trabajo originadas en convenio colectivo estatutario, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 82.3 ET), regulándose un original mecanismo de gestión del desacuerdo a través de la Comisión

[4] Blasco Pellicer, A.: Convenios colectivos estatutarios: contenido, eficacia e inaplicación.

Consultiva Nacional de Convenios Colectivos[5], cuya constitucionalidad se ha validado por la doctrina constitucional[6].

b. Se modificó el régimen de concurrencia de convenios colectivos, para lo que se prioriza, en primer lugar, al convenio de empresa respecto a cualquier otro en la mayoría de las materias esenciales de la negociación colectiva. Se equiparan, a estos efectos, los convenios de grupos de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas (art. 84.1 ET). Se posibilita también que el convenio colectivo de ámbito autonómico, suscrito por sujetos legitimados cualificados, tenga prioridad aplicativa sobre convenios de ámbito estatal, siempre que no lo impidan los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal, así como los convenios sectoriales estatales (art. 84.3 ET), excluyéndose, no obstante, algunas materias tasadas (art. 84.4 ET).

c. Se reformuló el régimen de ultractividad de los convenios, mediante el establecimiento de un límite máximo de un año desde la denuncia del convenio, en cuyo caso las relaciones laborales se regirán por el convenio de ámbito superior (art. 86.3 ET). Se determina, a estos efectos, el régimen de vigencia del convenio colectivo, una vez concluida la duración pactada y se encomienda a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico un procedimiento para solventar los desacuerdos en la negociación del convenio, apostándose decididamente por las soluciones arbitrales, que serán obligatorias, salvo que los acuerdos citados las declaren voluntarias (art. 86.3 ET).

d. Se reforma finalmente el contenido mínimo de los convenios colectivos, aligerándose sustancialmente el papel protagonista, que el RDL 7/2011 había dado a las comisiones paritarias, cuyas funciones quedan condicionadas a lo que se acuerde en la negociación colectiva (art. 85.3 ET).

La reforma de la negociación colectiva, promovida por la Ley 3/2012, no puede entenderse cabalmente, si no se tiene presente la profunda alteración del régimen de causas, requeridas para fundamentar decisiones empresariales novatorias o regulatorias, cuyo denominador común es una mayor flexibilización de las relaciones laborales, que tendrá una incidencia manifiesta en el desarrollo de la negociación colectiva, puesto que si esta no se ajustara a las necesidades de adaptación empresarial, se activarán normalmente las herramientas novatorias empresariales (flexibilidad interna) e, incluso, las regulatorias (flexibilidad externa).

[5] Las funciones de la CCNCC se desarrollan mediante el RD 1362/2012, de 27 de septiembre.

[6] STCo. 16-07-2014, rec. 5603/2012. y STCo 119/14.

Conviene precisar aquí, que el objetivo de la reforma de la negociación colectiva, perseguido por la Ley 3/2012, es la adaptabilidad de las empresas, por lo que las herramientas, referidas más arriba, no constituyen propiamente objetivos de la reforma, sino herramientas, impulsadas por el legislador, para conseguir que haya más y mejores convenios colectivos, entendiéndose como tales aquellos que permitan una mejor adaptación de nuestras empresas a las circunstancias sobrevenidas del mercado de trabajo[7]. Así se desprende de la exposición de motivos de la norma, donde se precisa que las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.

El objetivo de adaptación de las empresas a los mercados, así como a los requerimientos de la demanda, al que se debe adecuar la negociación colectiva, promoverá un modelo de negociación permanente, que obligará a planificar cuidadosamente su desarrollo, teniéndose presente que la competitividad y productividad empresarial tendrán que enfrentar procesos económicos en permanente movimiento, en los que la reacción rápida supondrá valores añadidos importantes para alcanzar los objetivos propuestos.

Negociación permanente, como alternativa a la denuncia y renegociación del convenio en su totalidad, que suele ser más conflictiva, por lo que se propone incentivar una renegociación del convenio adelantada al fin de su vigencia general sin necesidad de denunciarlo propiamente, porque se considera que así la negociación será más sosegada y equilibrada, evitando la petrificación del convenio y los retrasos para su renovación.

En cualquier caso, están legitimados, para denunciar el convenio, aquellos sujetos colectivos con legitimación inicial, aunque constituye presupuesto constitutivo, para renegociar el convenio, que los sujetos colectivos acrediten la negociación plena[8], sin que sea precisa denunciar el convenio, cuando se ha anulado por sentencia judicial que no ha alcanzado firmeza[9].

Se impulsa, por otra parte, que los negociadores del convenio puedan establecer períodos de vigencia diferenciados por materias o grupos homogéneos de materias (art. 86.1 ET), lo que facilitará, en principio, una negociación más ordenada y sosegada, que permitirá una mayor profundización en la negociación, al no verse contaminada por otros aspectos de la misma, que pudieran resultar más conflictivos, lo que exigirá programar los tiempos de manera

[7] Casas; Rodríguez-Piñero y Valdés Dal-Ré: El agotamiento de la ultractividad del convenio colectivo.

[8] STS 2-12-2016, rec. 14/16, Roj: STS 5619/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5619.

[9] SAN 5-05-2017, proced. 69717, ROJ: SAN 1822/2017.

adecuada, porque el régimen de ultractividad de un año desde la denuncia del convenio, regulado en el art. 86.3 ET, no distingue entre denuncias totales o parciales, pone en riesgo las negociaciones parciales, puesto que si los negociadores no son suficientemente diligentes y las concluyen con acuerdo, se solaparán con las negociaciones siguientes, lo cual provocará situaciones paradójicas, puesto que, si no se alcanzan acuerdos parciales en el plazo de un año desde la denuncia, la materia negociada sin éxito perderá su vigencia, mientras se negocian las demás materias del convenio. De producirse dicha situación, pérdida de vigencia parcial del convenio en algunas materias (art. 82.3 ET), debería aplicarse la regulación de las mismas en el convenio de ámbito superior (art. 86.3 ET), si lo hubiere, mientras se continúan negociando otras materias del convenio de la unidad negociadora correspondiente. Sería recomendable, para fomentar las negociaciones parciales, que las partes recurrieran al pacto en contrario, contemplado en el art. 86.3, para asegurar que, si dichas negociaciones parciales no concluyeran con éxito en los plazos de ultractividad, se mantuviera vigente el régimen anterior hasta que se cierre la negociación global del convenio, para evitar el riesgo de la pérdida de la unidad de negociación.

Caso de no haberse pactado un calendario progresivo de negociación, el art. 86.1 ET viabiliza, sin más límite que la concurrencia de legitimación para negociar, la negociación ante tempus, que se constituye en alternativa real al régimen de inaplicación del convenio colectivo, regulado en el art. 82.3 ET, puesto que dicha negociación no está sometida a plazo alguno, ni requiere la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción[10].

## 1. LA NEGOCIACIÓN ANTE TEMPUS DEL CONVENIO COLECTIVO

El art. 86.1 ET permite que los sujetos legitimados conforme a los arts. 87 y 88 ET podrán revisar el convenio durante su vigencia, posibilitando, en aras a la adaptabilidad empresarial, la negociación "ante tempus" del convenio, lo que ya se había viabilizado por la jurisprudencia[11], entendiéndose que no son sujetos legitimados quienes ostenten legitimación inicial, sino quienes ostenten la legitimación deliberativa[12], aunque el convenio esté vigente. Parece claro, en todo caso que la negociación ante tempus exigirá el acuerdo de ambas partes, como sucedía anteriormente, puesto que la norma establece la expresión potestativa "podrán", refiriéndose a ambas partes[13]. La exposición

[10] Escudero Rodríguez, R.: El RDL 3/2012: la envergadura de una reforma profundamente desequilibrada de la negociación colectiva.

[11] TS 10-10-06, rec. 133/05.

[12] STS 14-12-2010, EDJ 2010/290715.

[13] Sala Franco, T.: La ultractividad y la duración de los convenios.

de motivos de la ley precisa que no será necesaria la denuncia del convenio en estos supuestos, por cuanto se basan en la conformidad de ambas partes, que no deberán someterse, por tanto, al plazo mínimo de denuncia, que forma parte del contenido mínimo del convenio (art. 85.3.d). Si no fuera así, si tenemos presente, que el régimen de denuncia, así como su plazo mínimo, constituye parte del contenido mínimo del convenio (art. 85.3.d ET) y se considera que la ultractividad finaliza al año de la denuncia (art. 86.3 ET), podría suceder que los sujetos con las legitimaciones citadas pudieran dejar sin efecto los plazos de denuncia del convenio, vaciándolo de contenido, si no se alcanza acuerdo en el plazo de un año, lo que no parece admisible, puesto que excedería con mucho el objetivo de adaptabilidad de las empresas. Por estas razones, parece más razonable que la negociación ante tempus no exija la previa denuncia del convenio, que mantendrá su vigencia pactada, salvo que se alcancen acuerdos por los sujetos legitimados, si bien nada impedirá la denuncia anticipada, cuando en el propio convenio se pactó únicamente que el convenio debería denunciarse dos meses antes de su vencimiento[14], debiendo tenerse presente, en todo caso que, tanto si se denuncia anticipadamente el convenio, como si se decide negociarlo ante tempus (art. 86.1 ET) deberán convocarse a los sujetos legitimados (SAN 14-01-2014, proced. 400/2013), entendiéndose como tales, quienes tengan legitimación al iniciarse la nueva negociación y no quienes la tuvieron en el convenio precedente[15].

Cuestión distinta será cuando una de las partes, apoyándose precisamente en la emergencia sobrevenida de un desequilibrio radical en el convenio, pretenda anticipar su negociación con oposición de la otra, en cuyo caso deberá denunciar el convenio, identificar las causas sobrevenidas y reclamar judicialmente la obligación de negociar por dichas circunstancias, si no se acepta negociar por la contraparte, aunque esta alternativa se ve con reticencia por algún sector de la doctrina[16]. Dicha opción, apoyada en la aplicabilidad de la cláusula rebus sic stantibus, cuyo despliegue no permite la inaplicación directa de los convenios colectivos[17], tratándose de un criterio pacífico en la

[14] STSJ Galicia 9-06-2014, rec. 1465/2014

[15] SAN 17-12-2015, proced. 284/15.

[16] Sala Franco, T., obra citada.

[17] "…si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula -«rebus sic stantibu »- tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [arts. 39 a 41 ET], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [art. 3.1 ET], al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte (STS 10/06/03 -rco 76/02-). Hasta el punto de que la teoría [« rebus sic stantibus »] únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase de obligaciones derivadas del

jurisprudencia[18], así como en la doctrina judicial[19]. No obstante, no parece aconsejable seguir esa vía, puesto que, si se ha producido un grave desequilibrio en el convenio colectivo, concurrirán normalmente las causas para la inaplicación del convenio, reguladas en el art. 82.3 ET, que tiene, como veremos más adelante, mecanismos de gestión del desacuerdo mucho más seguros que la negociación ante tempus, donde concurrirá obligación de negociar, a diferencia del convenio ante tempus[20].

Se ha admitido, no obstante, que los sujetos, legitimados para negociar el convenio sectorial, decidieran reducir su plazo de vigencia y negociar un nuevo convenio colectivo, en el que redujeron determinados derechos a cambio de otros en un negocio jurídico complejo, que equilibró los intereses en presencia, sin que se vulnerara la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, puesto que las retribuciones pactadas en los mismos se activarían desde su entrada en vigor[21].

---

contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredicable de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]; e incluso -tratándose de condición individual de trabajo- la citada cláusula « rebus sic stantibus » habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET , pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa (así, la STS 19/03/01 -rcud 1573/00-)."

Para posteriormente recordar que: "Estas afirmaciones se ven corroboradas por diversos precedentes de esta Sala, sentados no sólo en la sentencias que acaban de citarse, sino en otras muchas. En efecto, si bien excepcionalmente se ha contemplado la incidencia de circunstancias sobrevenidas en las condiciones de trabajo pactadas colectivamente, en tales casos no se ha entrado a resolver el tema planteado por inexistencia de datos de hecho que lo consintieran (así, la STS 23/02/96 -rco 2543/95 -); o bien se accedió a la pretensión, no por aplicación de la cláusula « rebus sic stantibus », sino por la desaparición del presupuesto sobre el que se asentaba la mejora de cuya supresión se trataba (caso de la STS 04/07/94 -rco 3103/93 -, que trató la incidencia sobre ILT producida por el RD- ley 5/1992, de 21 /Julio, y la Ley 28/1992, de 24 /Noviembre, desplazando al empresario el abono del subsidio de los días cuarto a decimoquinto). Y la restante casuística jurisprudencial va referida a condiciones más beneficiosas (SSTS 11/03/98 -rcud 2616/97 -, acerca de abono de cuotas por asistencia sanitaria; 08/07/96 -rco 2831/95-, sobre asignación por gastos de desplazamiento y comida; 04/07/94 -rco 3339/93-, sobre complemento de ILT...), cuya unilateral alteración por causas sobrevenidas se rechaza."(STS 26 de abril de 2007 rec. 84/2006).

[18] STS 14-10-2008, rec. 129/2007; 28-09-2011, rec. 25/2011; 16-01-2013, rec. 1877/2012; 25-03-2013, rec. 1706/2012; 15-04-2013, rec. 1823/2012; 28-05-2013, rec. 1893/2012; y 10 y 11-06-2013, rec. 1857 y 1821/2012.

[19] SAN 16-11-2012, proced. 302/2012; 10-01-2013, proced. 135/2012 y 291/2012; 13-02-2013, rec. 344/2012; 9-05-2013, rec. 95/2013 y 28-06-2013, proced. 202/2013.

[20] Sanguineti Raymond, W.: La inaplicación o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la negociación colectiva.

[21] SAN 6-07-2016, proced. 133/16.

En cualquier caso, la gravedad de la actual crisis económica permite pensar que la adaptabilidad pretendida se orientará decididamente a la negociación a la baja[22], que no podrá, en todo caso, aplicar retroactivamente las reducciones salariales[23], aunque nada impedirá una negociación expansiva, cuando se supere la crisis, lo que afectará a la necesaria estabilidad de lo pactado, que podrá alterarse, incluso en la situación actual, en sectores con gran poder de negociación, especialmente en determinados convenios franja de empresas del transporte.

## 2. LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO

El nuevo art. 82.3 ET mantiene la regla general, según la cual los convenios colectivos estatutarios obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. No obstante, excepciona dicha obligación, nuevamente en aras a la adaptabilidad de la empresa, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que se alcance acuerdo con los representantes legitimados de los trabajadores (art. 87.1 ET), previo período de consultas en los términos del art. 41.4 ET, en cuyo caso la empresa podrá inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa y fuere cual fuere el número de trabajadores implicados, que afecten a las siguientes materias:

a) Jornada de trabajo.

b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.

c) Régimen de trabajo a turnos.

d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.

e) Sistema de trabajo y rendimiento.

f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley.

g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, que deberán cumplirse en los términos previstos en el convenio[24].

---

[22] Gorelli Hernández, J.: Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios.

[23] SAN 23-06-2016, proced. 144/16.

[24] Se reclama que el complemento de las prestaciones por IT, riesgo durante el embarazo y maternidad, incluya las cantidades percibidas en concepto de complementos por guardia, festividad y rodaje, se estima dicha pretensión, porque así lo dispone expresamente el convenio colectivo (SAN 23-09-2016, proced. 202/16, ROJ: SAN 3456/2016).

El art. 82.3 ET incorpora las modificaciones reguladas en el antiguo art. 41.6 ET, tratándose de un listado tasado[25], que no puede interpretarse extensivamente[26], aunque se ha interpretado así por la jurisprudencia de modo puntual[27]. Añade las mejoras voluntarias, no contempladas en la regulación precedente, con la finalidad de combatir el absentismo laboral[28], aunque su inclusión supondrá también un grave problema de seguridad jurídica para las mejoras voluntarias ya causadas por sus beneficiarios, cuyo ejercicio supere los plazos de vigencia del convenio[29] y subraya la cuantía salarial para integrar precisamente el descuelgue del régimen salarial, contenido en el anterior 82.3 ET, que ahora podrá producirse también en los convenios de empresa o ámbito inferior, a diferencia de la regulación anterior[30], con lo que se despoja a los convenios sectoriales la potestad de regular su inaplicación, como sucedía con anterioridad a la reforma[31], lo que incentivará el dumping social. La inclusión de la cuantía salarial constituye una novedad muy importante, tanto en las modificaciones sustanciales (art. 41 ET), como en el procedimiento de inaplicación de convenio, porque la jurisprudencia había descartado, que la cuantía salarial constituyera una condición salarial susceptible de modificación sustancial, aunque el listado, contenido en el art. 41.1. ET, no está tasado[32], si bien será requisito constitutivo, para modificar condiciones convencionales, seguir el procedimiento de inaplicación[33]. La integración de los supuestos,

[25] Mercader Uguina, obra citada.

[26] Impugnada resolución de la CCNCC por la empresa, quien pretendía retrasar el abono de la paga de Navidad, así como el fraccionamiento de las nóminas mensuales en dos parte, así como el desplazamiento de su abono, se desestima dicha impugnación, porque no hay posibilidad descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración y cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente le norma, en tanto que el sistema de remuneración, son los criterios o reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos , pero nunca se refieren a la fecha de pago por la prestación del trabajo, pues en otro caso el legislador habría optado por referir "la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivo (SAN 4-04-2017, proced. 46/17, ROJ**:** SAN 1178/2017).

[27] Considera que la inaplicación del régimen de vacaciones, contenida en un convenio colectivo, puede producirse por el procedimiento de descuelgue, regulado en el art. 82.3 ET, porque las vacaciones están implícitas en la regulación de la jornada. Entiende, por otra parte, que ha habido período de consultas, que el acuerdo se suscribió por la mayoría de los representantes de los trabajadores y que despliega presunción de concurrencia de causas, que no se destruyó de contrario (STS 27-05-2013, rec. 90/2012).

[28] TS 26-12-2011, rec. 66/2011.

[29] Gala Durán, C.: Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

[30] SAN 24-06-2009, proce. 74/2009.

[31] Sanguinetti Raymond, W.: La inaplicación parcial o descuelgue de convenios: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva.

[32] STS 12-06-2013, rec. 103/2012, revoca SAN 23-04-2012.

[33] STS 2-02-2015, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014).

contemplados en el art. 41.6 ET, en el art. 82.3 comporta que todo el régimen de descuelgue haya pasado a ser imperativo, de manera que, si las modificaciones del régimen convencional perjudican a los trabajadores, no podrán, como sucedía anteriormente solicitar la extinción indemnizada de sus contratos de trabajo[34]. Tampoco será viable su impugnación individual por el procedimiento del art. 138 LRJS, por cuanto el art. 82.3 ET no se contempla en dicha norma.

Como vemos, se trata de las materias nucleares de la negociación colectiva, cuya modificación vaciará de contenido lo pactado colectivamente, sea cual fuere su ámbito, ya que la regulación precedente solo permitía el descuelgue del régimen salarial de convenios de ámbito superior a la empresa, mientras que ahora podrá realizarse también en los convenios de empresa o de ámbito inferior a la empresa. Es cierto que su ejecución deberá realizarse mediante la negociación colectiva[35], pero no es menos cierto que dicha negociación se producirá con unas garantías de muy bajo nivel, cuando el descuelgue se negocie con las "comisiones ad hoc", reguladas en el art. 41.4 ET, compuestas por representantes atípicos de los trabajadores, que no gozarán, siquiera, del régimen de garantías de los demás representantes de los trabajadores, siendo llamativo que las "comisiones ad hoc" no puedan negociar el convenio colectivo, pero sí su inaplicación en materias nucleares, así como la regulación de las nuevas condiciones de trabajo hasta que concluya su vigencia[36].

Negociación condicionada también, porque estará extremadamente afectada por el riesgo de utilización de medidas de flexibilidad externa por la empresa, como alternativa a la conclusión del período de consultas sin acuerdo, ya que la frontera de las causas, para aplicar una u otra opción, es extremadamente leve, al haber omitido por el legislador algún criterio de intensidad, eludiendo, incluso, los criterios finalistas existentes en la regulación precedente. Por esas razones, se ha entendido que el descuelgue de condiciones de convenio es, en la práctica, la última frontera entre la flexibilidad interna y la externa[37].

La empresa no puede modificar unilateralmente las tablas salariales del convenio sectorial, cuando se ha alcanzado acuerdo de mediación, en el que se comprometió a no hacerlo[38]. No cabe tampoco que la empresa modifique el régimen de jornada, pactado en acuerdo de mediación, puesto que dicho acuerdo tiene valor de convenio colectivo[39]. - Se ha descartado que la empresa pueda

[34] Blasco Pellicer, obra citada.

[35] Mercader Uguina, J: La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012.

[36] STS 6-06-2017 y STSJ Galicia 9-06-2014, rec. 1465/2014.

[37] Mercader Uguina, J: La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: La reforma de la Ley 3/2012, Lex Nova.

[38] STS 2-02-2016, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014.

[39] STS 2-02-2016, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014.

imponer, mediante acuerdos individuales en masa, el trabajo en sábados, prohibido por el convenio, con base a que se liberalizó administrativamente el horario, ya que debió seguirse el procedimiento de inaplicación del convenio[40], o imponer un calendario laboral, cuando el convenio preveía su negociación con la RLT[41] y también la modificación de jornada y salario convenio por el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo[42], ni modificar jornada y horario, pactado en convenio colectivo, sin seguir los trámites mencionados[43]. No cabe modificar unilateralmente el sistema de dietas, pactado en convenio colectivo, debiendo seguirse el procedimiento de inaplicación del convenio[44], ni cabe tampoco modificar las funciones del grupo de especialistas, establecida en convenio colectivo, sin seguir el trámite del art. 82.3 ET[45]. Tampoco suprimir en empresa pública la mejora de prestación de IT, pactada en convenio, si no se acredita que su mantenimiento supera los límites presupuestarios[46]. No obstante, se ha admitido la supresión de antigüedad, a cambio de la promoción de empleo fijo, sin seguir los requisitos establecidos para ello en el convenio colectivo, porque se alcanzó un acuerdo de empresa al respecto, que nunca fue impugnado[47].

### 2.1. La nueva regulación de las causas

Las causas, que habilitarán la inaplicación del convenio, son iguales a las del despido colectivo (art. 51.1 ET), salvo la reducción de ingresos y ventas, que solo exigirá dos trimestres consecutivos, comparados con los del año precedente, lo que constituye un fuerte incentivo para la consecución de acuerdos, ya que la negativa sindical a suscribir el acuerdo de inaplicación del convenio, cuando concurra causa, cargará de razones a la empresa para desplegar medidas de flexibilidad externa, habiendo desaparecido los criterios finalistas requeridos por los precedentes arts. 41 y 82.3 ET[48].

---

[40] STSJ PV 17-01-2017, rec. 2392/16.

[41] SAN 27-07-2017, proced. 183/17

[42] STS 30-06-2016, rec. 238/15, Roj: STS 3931/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3931, confirma SAN 16-04-2015.

[43] STS 30-06-2016, rec. 238/15, Roj: STS 3931/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3931, confirma SAN 16-04-2015

[44] STS 29-06-2017, rec. 186/16.

[45] STS 20-07-2016, rec. 145/15, Roj: STS 3990/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3990, confirma SAN 19-02-2015.

[46] SAN 22-03-2016, proced. 23/16.

[47] Se impugna la supresión del complemento de antigüedad, fundada en convenio colectivo, desarrollado por acuerdo de empresa, en los que se transó la antigüedad a cambio de consolidación de empleo fijo y se desestima dicha pretensión, por cuanto la medida deriva de los pactos colectivos antes dichos, que no fueron impugnados nunca (STS 27-06-2017, rec. 164/16).

[48] STSJ Valladolid 7-03-2012, rec. 168/2012, donde se autoriza la extinción del contrato

Así pues, se entenderá que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas, precisándose, en todo caso, que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos, comparados con los del año precedente. Se ha interpretado razonablemente que, si se producen modificaciones por reducción de ingresos o ventas durante dos trimestres consecutivos, no se podrán acumular las del trimestre siguiente para extinguir por la misma causa, salvo que se pruebe cualificadamente por el empresario la imposibilidad de mantener el empleo[49], aunque la indemnización no podría calcularse conforme al salario reducido, porque constituiría abuso de derecho[50]. Se ha entendido, en todo caso, que la acreditación de pérdidas previsibles obligará a una prueba exigente[51], debiendo resaltarse, en última instancia, que la ley se refiere a ingresos o ventas ordinarios, lo que descarta su comparación con ingresos o ventas extraordinarios[52]. Así, se han admitido la concurrencia de la causa en casos en los que se ha perdido al cliente principal[53], puesto que dicha circunstancia provocará necesariamente reducción de ingresos y consiguientemente pérdidas, cuando la estructura de la empresa pivotaba esencialmente para atender a sus necesidades[54], así como en supuestos, en los que el concurso de la empresa principal provocará inevitablemente pérdidas a sus proveedores o empresas auxiliares[55], aunque parece claro que el pronóstico de pérdidas constituye una medida preventiva, frente a las pérdidas actualizadas o la disminución persistente de ingresos y ventas, en las que el despido será una medida más reactiva.

Concurrirán causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda

---

de una trabajadora, a quien se ofertó previamente la reducción de jornada, ante los desajustes presupuestarios de la entidad.

[49] Goerlich Peset, J.M.: La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: la culminación de una larga evolución. Lex Nova.

[50] TSJ Cataluña 27-07-2011, rec.245/2011.

[51] Cuando se alegan pérdidas previsibles, deberán acreditarse indicios sólidos de que van a producirse, no concurriendo si la empresa tuvo beneficios en 2011 y la previsión negativa se apoya únicamente en un trimestre (STSJ Rioja 27-02-2012, rec. 18/2012) y SAN 15-07-2014, rec. 119/2014.

[52] Mercader Uguina, J. obra citada.

[53] SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

[54] SAN 26-10-2015, proced. 232/2015.

[55] Desdentado, A. obra citada.

de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. La nueva regulación ya no pivota, como antes, sobre la "crisis de la empresa", sino que apuesta, sobre todo, por la mejora de su competitividad y productividad, así como por su mejor adaptabilidad a los requerimientos de la demanda[56]. De este modo, se ha admitido la concurrencia de causa productiva, cuando se pierde al cliente, que generaba el 80% de la actividad de la empresa[57].

Aunque la norma no menciona la intensidad de la causa, se ha defendido con razón, que esta no se puede exigir la misma entidad para la inaplicación de convenio que para los despidos[58], puesto que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional[59].

En cualquier caso, el empresario deberá informar y razonar suficientemente la concurrencia de la causa en relación con el funcionamiento de la empresa, porque dicha información es el requisito constitutivo para que el período de consultas pueda alcanzar buen fin[60], lo que no sería posible si el empleador se limita a demostrar la concurrencia de causas[61]. Así lo dispone el art. 4 del Convenio 158 de la OIT[62], que exige dos requisitos: *concurrencia de causa justificada y que esté relacionada, entre otras, con el funcionamiento de la empresa*. La jurisprudencia más reciente ha establecido que corresponde controlar al poder judicial, sin que ello comporte la sustitución del empresario o la aplicación de criterios de oportunidad, si la intensidad de las causas se

[56] Martín Valverde, A.: El control judicial del despido colectivo.

[57] SAN 24-10-2016, proced. 231/16, ROJ: SAN 3898/2016

[58] Goerlich Peset, obra citada.

[59] TS 17-05-2005, rec. 2363/2004.

[60] TS 30-06-2011, rec. 173/2010.

[61] STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263.

[62] No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

adecua razonable y proporcionalmente a las medidas tomadas[63], o en supuestos de reducción de la contrata, que reduce sustancialmente la actividad de la empresa[64].

La jurisprudencia, por todas TS 2-03-2009, RJ 2009\1719 y 16-05-2011, ROJ 3647/2011, ha mantenido que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las inaplicaciones del convenio y las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción[65].

La exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por la ley 3/2012 en la nueva versión del art. 41 ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que afecten a su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo[66]. Con más razón, los presupuestos, para la inaplicación del convenio, son los siguientes: Acreditar la concurrencia de las causas y demostrar la adecuación entre su intensidad y las medidas propuestas, lo que se relacionará normalmente con la competitividad, productividad y adaptabilidad de la empresa a las exigencias del mercado y los requerimientos de la demanda.

---

[63] La Sala desarrolla una rica doctrina sobre la interrelación entre causas y medidas tomadas, subrayando que el control judicial pasa, sin que ello signifique control de oportunidad o exigencia de optimización de la medida a la empresa, por acreditar la idoneidad y razonabilidad de la medida, advirtiendo que en el supuesto debatido concurren causas y se adecuan a la medida, pero descarta que pueda tratarse de una medida abierta y sin límite para el empleador (STS 27-01-2014, rec. 100/2013, confirma SAN 22-11-2012).

[64] SSTS de 16 de julio de 2014 -Rec. 1777/2013-, de 17 de septiembre de 2014 -Rec. 2069/2013- , de 3 de marzo de 2015 -Rec. 1070/2014- y de 10 de enero de 2017 -rcud. 1077/2015-). Existencia de acuerdo durante el período de consultas que fue suscrito por amplia mayoría de los integrantes de la comisión negociadora en representación de los trabajadores (11 de los 13 miembros). -La reducción salarial durante 24 meses es una medida coyuntural que aminoró los efectos del despido (6-04-2017, rec. 3566/15, Roj: STS 1759/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1759).

[65] SAN 28-05-2012, proce. 81/2012.

[66] SAN 28-05-2012, proce. 81/2012.

Así se deduce de los arts. 22.3 y 24.3 RD 1362/2012, de 27 de diciembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que dicen textualmente lo siguiente:

*"22.3: Cuando se aprecie la concurrencia de las causas, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La decisión podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la Comisión se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo"*.

*"24.4: Cuando aprecie la concurrencia de las causas, el árbitro deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. El laudo podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, el árbitro se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo"*.

Así pues, la resolución habrá de ser motivada y deberá resolver la discrepancia sobre la inaplicación del convenio, pronunciándose, en primer lugar, sobre la concurrencia de las causas, alegadas por la empresa. Cuando no concurran las causas, deberá manifestarlo así, en cuyo caso denegará la aplicación de la medida. Por el contrario, de concurrir la causa, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. Podrá también aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad, pronunciándose, en todo caso, sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo. Parece claro, por tanto, que el precepto examinado no contempla la autorización mecánica de la medida, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por parte de la Comisión, quien deberá valorar obligatoriamente la adecuación de la medida y sus efectos sobre los trabajadores afectados en relación con las causas acreditadas[67].

El control de la adecuación de la medida a las causas acreditadas, así como los efectos sobre los trabajadores, introducido por el RD 1362/2012,

[67] SAN 28-01-2013, proced. 316/2012.

ha sido considerado "ultra vires" por algún sector de la doctrina científica[68], aunque no así desde otros sectores[69] quienes, refiriéndose a los despidos colectivos, defienden que los despidos se justifican en la medida que hacen frente a una necesidad de amortizar puestos de trabajo, habiéndose seguido dicho criterio por la doctrina judicial[70]. Otros sectores de la doctrina judicial[71] han defendido la desaparición de la conexión de funcionalidad, porque ya no se contienen las regulaciones previas en el art. 51 ET. Lo que sucede es que la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causas económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, pero si acreditar que el contrato ha perdido su eficiencia económica para la empresa[72], o lo que es igual, que ha perdido su objeto y su causa[73]. La pérdida de la eficacia económica del contrato, debida a la concurrencia de causas objetivas, es compartida también por otros sectores de la doctrina[74], quienes defienden que no solo debe acreditarse la causa, sino también su adecuación a la medida propuesta, lo que dependerá de la intensidad con la que se manifieste sobre el funcionamiento y competitividad de la empresa[75]. La adecuación de la medida a las causas, así como a su intensidad, ha sido aplicada por la CCNCC y confirmada por la doctrina judicial[76].

---

[68] 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 ultractividad.

[69] Desdentado Bonete: Los despidos económicos tras la reforma de la ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales.

[70] SAN 21-11-2012, proced. 167/2012.

[71] STSJ Madrid 11-06-2012, rec. 22/2012 y TSJ Cantabria 26-09-2012, rec. 2/2012, quienes defienden que ha desaparecido la relación de funcionalidad, por cuanto la norma no exige ya que la medida contribuya a mejorar la viabilidad empresarial o la pervivencia del empleo.

[72] SAN 11-03-2013, proced. 381/2012 y SAN 26-04-2013, proced. 29/2013

[73] SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

[74] Martín Valverde, obra citada.

[75] Blasco Pellicer: Convenios colectivos…

[76] Impugnada una decisión de la CCNC, se declara que la decisión de la CCNCC debe pronunciarse no solo sobre las causas económicas alegadas por la empresa, sino que también ha de valorar su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La Comisión deberá examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, normalidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa. En el supuesto examinado se declara que la empresa no puede aplicar la medida que se solicita puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraor-

Así pues, de concurrir las causas, deberá probarse que las medidas tomadas se adecuan a la intensidad de las causas, entendiéndose por adecuación la acomodación al fin propuesto, consistente en promocionar la adaptabilidad de las empresas, que no se produciría si el mantenimiento de las condiciones convencionales comporta una merma de competitividad y productividad, que provoca una incidencia relevante de la utilidad económica de los contratos afectados, aunque no tanta como para justificar su extinción. Si no fuera así, si el empresario, solo tuviera que acreditar la concurrencia de causas, sin necesidad de demostrar la adecuación entre la medida y la intensidad de la causa, no habría razón para exigirle, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.k RD 1362/2012 que identifique el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor, exigiéndose, a continuación que, si afecta a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma. Del mismo modo, si las suspensiones del contrato, las reducciones de jornada o las extinciones de contratos colectivas, reguladas en los arts. 47 y 51 ET, no tuvieran que demostrar la relación de adecuación entre la medida y la intensidad de las causas, no habría ninguna razón para que tuvieran que precisar número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como criterios de selección, puesto que la mera concurrencia de las causas, daría vía libre al empresario para tomar la medida que considere oportuna.

La doctrina constitucional ha avalado la tesis expuesta, al subrayar la necesidad de que la medida impugnada resulte razonable y proporcionada. Para efectuar este enjuiciamiento es necesario atender al régimen jurídico que acompaña la cuestionada decisión o arbitraje del art. 82.3 ET, cuyo análisis permite apreciar los límites, circunstancias y garantías a que queda ligada su aplicación. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo, que constituye el objeto de la intervención decisoria o arbitral controvertida, está sujeta a límites causales; únicamente se autoriza cuando en la empresa concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos definidos por el propio precepto legal. Se trata de supuestos en que o bien los resultados empresariales reflejan una situación económica negativa (pérdidas, disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas...), o bien se producen cambios en los medios o instrumentos de producción, en los sistemas y métodos de trabajo del personal, el modo de organizar la producción, o en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar

dinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve (SAN 28-01-2013, proced.316/2012).

en el mercado. La aplicación de la medida controvertida requiere, por tanto, la presencia de las circunstancias justificativas indicadas, todas ellas estrechamente vinculadas a la viabilidad y competitividad de la entidad empresarial, destacando finalmente que la decisión de la CCNCC está sometida a control judicial, correspondiendo a los órganos judiciales comprobar si la medida se acomoda razonable y proporcionadamente a las causas en las que se fundamenta[77].

### 2.2. El procedimiento de inaplicación del convenio colectivo

Es requisito constitutivo, para inaplicar las condiciones de trabajo, listadas en el art. 82.3 ET, es alcanzar acuerdo con los representantes de los trabajadores que ostenten la legitimación del art. 87.1 ET, salvo en los convenios de grupos de empresas o empresas en red, en los que la legitimación debería corresponder a los sujetos contemplados en el art. 87.2 ET. La regulación de los procedimientos de flexibilidad interna y externa, regulados en el ET ha sido modificada sustancialmente por el art. 9 del RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico social, puesto que ha unificado la composición de la comisión negociadora, prevista en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, en los mismos términos previstos en el art. 41.4 ET, introduciendo una novedad muy positiva, que facilitará la negociación en el período de consultas, según la cual la comisión negociadora deberá estar conformada antes de iniciar el período de consultas, aunque si no sucediera así y no se constituyera en el plazo de 7 días, cuando todos los centros de trabajo afectados por la medida tengan representantes de los trabajadores, o de 15 días, cuando alguno de ellos no los tenga, no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración, salvo que las partes acuerden libremente su prolongación, puesto que el plazo máximo, contemplado en el art. 41.4 ET, extendido al procedimiento del art. 82.3 ET, significa que ninguna de las partes puede exigir a la otra que continúe negociando después de superar el plazo, pero nada impide que ambas partes continúen negociando de común acuerdo[78].

La norma apuesta de modo decidido por la representatividad de la comisión en los centros de trabajo afectados, que ya no dependerá de la representatividad de los representantes de los trabajadores en la empresa, sino en el centro o centros de trabajo afectados por la medida, por cuanto la negociación del período de consultas se va a desplazar de la empresa a los centros de trabajo afectados, aunque la negociación será conjunta, sin que quepa parcializar-

[77] STCo. 119/14, de 16-07-2014.

[78] SAN 13-03-2013, proced. 43/2013 y 19-09-2013, proced. 223/2013.

la centro a centro, como permitía el Reglamento procedente sin fundamento legal claro[79]. Dicha elección comporta que quienes negociaron el convenio colectivo, cuya inaplicación se pretende, podrían no ser representativos para negociar su inaplicación. En efecto, si las secciones sindicales mayoritarias en la empresa que negociaron el convenio decidieran negociar el período de consultas, deberán acreditar que ostentan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados, sin que quepa negociar individualmente con los trabajadores afectados, pretiriéndose a sindicatos legitimados para negociar la inaplicación del convenio[80]. Por el contrario, cuando no fuere así, ya no estarán legitimadas para negociar el período de consultas, perdiendo la primacía que les proporcionaba la regulación precedente, si bien cabría, en principio, otra interpretación, según la cual la mayoría exigida afectaría únicamente a los centros con representantes legales de los trabajadores, aunque estén afectados centros de trabajo, que no los tengan, pero dicha alternativa es poco concordante con el nuevo modelo, propuesto por la reforma, que busca garantizar la representatividad entre todos los trabajadores afectados.

Más compleja, si cabe, será la constitución de la comisión negociadora en los períodos de consulta, que pretenden promover un despido colectivo, así como otras medidas de flexibilidad interna, entre las que podría incluirse la inaplicación de convenio, cuando se trate de empresas complejas, a las que se apliquen diversos convenios. En dichos supuestos habrá que despejar si la comisión representativa para negociar el despido colectivo puede negociar también la inaplicación de convenios diferentes en los centros de trabajo afectados, o es necesario constituir tantas comisiones como centros afectados para tratar sobre la inaplicación del convenio, porque si se opta por la primera solución, decidirá una mayoría de representantes, que podría ser minoritaria en el ámbito del centro afectado por la inaplicación del convenio y si se optara por la segunda, la reducción de despidos, que es el bien jurídico protegido principalmente y su sustitución por medidas de flexibilidad interna, quedaría al arbitrio de comisiones minoritarias en el ámbito del despido, por lo que primará probablemente la negociación globalizada del despido y las medidas de acompañamiento, porque la negación del despido y su sustitución por medidas de flexibilidad interna, entre las que se encuentra la inaplicación de convenio, es el objetivo del período de consultas, a tenor con lo dispuesto en el art. 2.2 Direciva 1998/59/ CE, en relación con el art. 51.2 ET, así como el art. 8.1.e RD 1483/2012[81].

[79] Casas, M.E.: La huida del derecho del trabajo hacia el emprendimiento…

[80] SAN 27-03-2017, proced. 38/17

[81] STS 14-07-2016, rec. 271/15.

En dichos supuestos, la legitimación para negociar el período de consultas dependerá de que la medida afecte a un centro o a más de un centro de trabajo, en cuyo caso se conformará del modo siguiente:

Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal, salvo que las secciones sindicales mayoritarias del centro afectado decidan negociar como tales. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: si bien el art. 41.4.b dispone que la legitimación corresponderá en primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación, lo cual significa que, si el comité intercentros fue quien negoció el convenio, estará legitimado para negociar el período de consultas, aunque alguno de los centros de trabajo no participara en su elección, porque no tenía representantes de los trabajadores, lo hace únicamente cuando las secciones sindicales mayoritarias en los centros afectados hayan decidido no negociar como tales. La legitimación absoluta del comité intercentros para negociar estos procedimientos, aunque alguno de los centros afectados no tengan representantes, puede comportar, en la práctica, que esos centros no se consideren debidamente representados.

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1ª Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos, en cuyo caso se ha defendido la necesidad de convocar a todos ellos, aun cuando algunos hubieren cesado en la empresa, por cuanto debieron ser

sustituidos automáticamente[82], lo cual parece discutible, porque el representante pierde tal condición cuando ha extinguido su contrato de trabajo.

2ª Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen, lo que habilita las denominadas comisiones híbridas, ya admitidas por la doctrina judicial en la regulación precedente, siempre que se pactará entre la empresa y los representantes de los trabajadores y se respetara el principio de proporcionalidad[83]. No es posible constituir comisiones híbridas, compuestas por secciones sindicales, representantes unitarios y comisiones ad hoc[84], aunque la jurisprudencia[85], ha admitido, de manera aislada, con la regulación anterior una comisión híbrida, compuesta por dos secciones sindicales, cuya representatividad no se acreditó, un miembro de una Federación sindical y dos comités de empresa, quienes no alcanzaron acuerdo. Parece claro, a la vista de la redacción del precepto –que contempla la opción de los trabajadores "por designar la comisión a que se refiere el párrafo a)- si también pueden los trabajadores optar por una comisión de carácter sindical. Nada lo impide, sin embargo, pues el párrafo a) contempla ambas comisiones, la elegida por los propios trabajadores y la designada por los sindicatos mas representativos y representativos, lo que viene a reconocer el propio precepto al referirse después, en plural, a "las comisiones previstas en dicho párrafo"[86].

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión del párrafo a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen. Dicha medida constituye una aportación positiva, puesto que ni

[82] STSJ País Vasco 10-12-2013, rec. 45/2013.

[83] SAN 28-09-2012, proced. 151/2012; 16-11-2012, proced. 197/2012; 20-02-2013, proced. 357/2012; 1-04-2013, proced. 17/2013; 22-04-2013, proced. 73/2013; 22-04-2013, proced. 82/2013; 13-06-2013, proced. 105/2012; 24-07-2013, proced. 14472012 y 30-07-2013, proced. 154/2013.

[84] SAN 26-04-2013, proced. 76/2013 y STS 15-04-2014, rec. 127/2013, confirma SAN 4-10-2012.

[85] STS 1-04-2014, rec. 95/2013.

[86] Casas, M.E., La huída del derecho del trabajo…

no se produce la elección de la comisión ad hoc en el plazo establecido, no se bloquearía la constitución de la comisión con las consecuencias ya descritas, sino que se asignaría la representatividad de los centros de trabajo en los términos descritos.

3ª Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen. En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

Las comisiones ad hoc constituyen, sin duda, el punto débil del procedimiento de inaplicación por la indefinición del régimen de elección, así como por la falta de garantías de sus miembros, lo que las hará más vulnerables a las presiones empresariales, lo que aconseja promover regulaciones de ambos aspectos en la propia negociación colectiva[87]

La nueva composición de la comisión negociadora provocará problemas a la hora de determinar con precisión la representatividad, que ya no se mide por el número de representantes, sino por el número de trabajadores afectados que representen, lo que sucederá especialmente cuando concurran representantes de los trabajadores y comisiones ad hoc[88]. Conviene precisar que el empresario no está legitimado para elegir a sus interlocutores durante el período de consultas, puesto que su obligación concluye con la notificación fehaciente a los sujetos legitimados para negociar, quienes se convierten, de este modo, en los únicos responsables de la debida constitución de la comisión negociadora, de manera que, si se constituyera con la concurrencia de algún vicio grave, la consecuencia sería la nulidad del acuerdo producido.

Se ha descartado la viabilidad de promover la inaplicación de todos los convenios colectivos provinciales aplicables a la empresa en cada provincia, mediante una negociación con una comisión representativa de todos los centros de trabajo, debiendo negociarse con los representantes de los trabajadores a quienes se aplicaba cada convenio provincial[89].

Como vemos, el legislador ha desaprovechado la oportunidad de viabilizar la constitución de la comisión negociadora en el grupo de empresas, lo

[87] Sanguineti Raymon, obra citada.

[88] Casas, M.E., La huída del derecho del trabajo…

[89] SAN 25-09-2014, proced. 187/2014.

que hubiera despejado múltiples conflictos para los tribunales, quienes han mantenido, con apoyo doctrinal en este supuesto[90], que no cabe inaplicar el convenio en el grupo de empresas como tal, lo que no deja de ser llamativo, puesto que el art. 87.1 ET viabiliza el convenio de grupo de empresas, en cuyo caso la legitimación para negociarlos se ajustará a lo dispuesto en su apartado segundo. Así pues, cada una de las empresas, integradas en el grupo de empresas mercantil, tendrá que descolgarse por si misma[91], sin que quepa propiamente constituir una comisión representativa del grupo como tal[92], por cuanto cada empresa del grupo mercantil responde como tal, sin que quepa extender sus responsabilidades a las demás empresas del grupo[93], aunque nada impediría, en principio, una negociación marco a nivel de grupo de empresas, siempre que la decisión se remita a comisiones negociadoras a nivel de cada una de las empresas, que deberán asegurar una composición ajustada a las reglas precedentes.

Distinta solución habría que dar a los grupos de empresa laborales, en cuyo caso si habría de negociarse con los representantes de todas las empresas del grupo[94], por cuanto todas ellas ostentan realmente la condición de empleadoras[95]. La comisión negociadora debería elegirse de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.4 ET, sin que el número de componentes, repartido con arreglo a su representatividad, pueda superar el número de trece miembros.

En cualquier caso, es presupuesto, para seguir obligatoriamente el procedimiento antes dicho, que se pretenda inaplicar un convenio colectivo estatutario, puesto que si se pretende inaplicar un acuerdo de empresa, aun cuando su eficacia se haya generalizado, es el previsto en el art. 41.4 ET[96]. Consiguientemente, si la jornada, que se pretende reducir, está pactada en convenio vigente, debe seguirse el procedimiento de inaplicación del convenio y no el de modificación sustancial de condiciones de trabajo[97]. Por el contrario, si no se sigue el procedimiento del art. 82.3 ET, para inaplicar condiciones originadas en convenio colectivo estatutario, la consecuencia podría ser, si se

[90] Mercader Uguina, obra citada.

[91] SAN 31-05-2013, proced. 165/2013.

[92] SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

[93] TSJ Murcia 22-10-2012, rec. 896/2011; TSJ Galicia 21-11-2012, rec. 22/2012; SAN 11-03-2013, proced. 381/2012; SAN 20-03-2013, proced. 19/2013; SAN 25-02-2013, proced. 19/2013; SAN 20-03-2013, proced. 219/2012); SAN 4-07-2013, proced. 169/2013

[94] STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, proced. 324/2012

[95] STS 20-03-2013, rec. 81/2012.

[96] SAN 5-02-2014, proced. 469/2013 y STS 11-02-2014, rec. 2772013, confirma SAN 29-12-2011.

[97] STS 30-06-2016, rec. 238/15, Roj: STS 3931/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3931, confirma SAN 16-04-2015

han producido vicios graves en la composición de la comisión negociadora, la nulidad de la medida[98], lo cual comportaría que, una vez firme la sentencia, debería seguirse el procedimiento de gestión del desacuerdo, regulado en el art. 82.3 ET, puesto que el empresario no puede imponer unilateralmente la inaplicación del convenio estatutario, lo cual supondría quebrar una negociación en la que el empresario no es responsable de la debida conformación de la comisión negociadora. Otra alternativa podría ser validar el acuerdo, por quiebra unilateral de las reglas de buena fe, exigibles a todas las partes, lo cual evitaría ciertas prácticas en las que se constituye indebidamente la comisión negociadora sin reproche alguno, pretendiéndose anular después lo acordado en la misma.

*2.2.1. ¿Qué documentación debe aportarse por la empresa al período de consultas?*

El período de consultas, exigido en los procedimientos de flexibilidad externa o interna, como sucede con la inaplicación de convenios estatutarios, es propiamente una manifestación específica de la negociación colectiva, que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, sobre las posibilidades de evitar o reducir las medidas empresariales o atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos (art. 2.2 Directiva). Así pues, estamos ante una negociación finalista, que obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe (STJCE 16-07-2009, TJCE 2009\237).

Se trata, por tanto, de una negociación colectiva compleja, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines. Se entiende por información pertinente, a tenor con el art. 2.3 Directiva la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil (STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263). Dicha información no puede eludirse, siquiera, aunque la empresa esté en proceso de liquidación (STJCE 3-03-2011, EDJ 2011/8346). Tampoco es eludible cuando la decisión ha sido tomada por la empresa dominante (art. 2.4 Directiva y art. 51.8 ET), lo cual obligará efectivamente a acreditar que concurre una sociedad dominante, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo denuncie (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012).

[98] STS 5-11-2013, rec. 66/2013.

La obligación empresarial de proporcionar información pertinente a los representantes de los trabajadores se cumple, tal y como dispone el art. 64.1 ET, cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del período de consultas (SAN 1-04-2013, proced. 17/2013 y 4-04-2013, proced. 63/2013). Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 30-06-2011; 18-01-2012; 23-04-2012 y 27-05-2013, rec. 72/2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012). Ahora bien, la carga de la prueba de la pertinencia de más documentación, que la exigida legal y reglamentariamente, corresponde a quien la demande[99].

La doctrina judicial ha extendido a los procedimientos de modificación colectiva e inaplicación de convenios colectivos, la obligación empresarial de aportar a los representantes de los trabajadores la información pertinente, entendiéndose como tal la que permita a dichos representantes hacerse una cabal composición de lugar de la situación de la empresa y estar en condiciones de ofertar alternativas a la misma[100]. Así se ha entendido por la jurisprudencia, que considera documentación trascendente la que posibilite la consecución del acuerdo[101].

Un factor decisivo, para que la negociación pueda alcanzar sus fines, es que la información pertinente esté a disposición de los representantes de los trabajadores, como prevé el art. 13.1.a Convenio 158 OIT, que establece la obligación del empleador de proporcionar a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. Por tiempo oportuno ha de entenderse el que permita que la negociación se desarrolle lo antes posible, como exige el art. 13.1.b Convenio 158 OIT, lo que no se cohonesta razonablemente con la entrega al inicio del período de consultas, por cuanto ello

[99] SAN 4-04-2013, proced. 63/2013; 20-05-2013, proced. 108/2013 y 8-09-2013, proced. 234/2012.

[100] SAN 15-02 Y 19-03-2013, proced. 376/2012 y 21/2013.

[101] STS 27-05-2013, rec. 78/2012.

supondrá que no se podrá empezar a negociar desde el primer día, lo que se hace más ininteligible, si cabe, cuando el art. 9 RDL 11/2013 ha anticipado la constitución de la comisión negociadora al inicio del período de consultas con la finalidad de posibilitar una negociación efectiva del mismo.

La documentación pertinente en el período de consultas de los procedimientos de inaplicación de convenios ha de ser necesariamente la misma, que exige el art. 20 RD 1362/2012, para que resuelva la CCNCC, bien como comisión o mediante la designación de un arbitro, puesto que sería ininteligible que el órgano, a quien se responsabiliza de la resolución de los desacuerdos en los períodos de consultas, dispusiera de más información que los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, a quienes corresponde precisamente alcanzar sus fines. Por dicha razón, se ha anulado la medida, porque la empresa no aportó a la comisión negociadora las cuentas provisionales del ejercicio en curso[102].

La documentación, que deberá acompañarse a la solicitud a la CCNCC, conforme dispone el art. 20 del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, es la siguiente:

a) Identificación del solicitante, centros de trabajo afectados y dirección de correo electrónico.

b) Identificación de los representantes de los trabajadores, incluyendo, en todo caso, nombre, DNI y dirección de correo electrónico a la que se les puedan efectuar comunicaciones.

c) Acreditación de haberse desarrollado el periodo de consultas y, en su caso, actas de las reuniones celebradas y posición de la otra parte que da lugar a la discrepancia.

d) En el supuesto de haber sometido la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo, acreditación de ello y, en su caso, pronunciamiento de la misma.

e) En su caso, declaración de no ser aplicable a la parte que insta el procedimiento el Acuerdo Interprofesional de ámbito estatal para la solución efectiva de las discrepancias a que se refiere el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.

f) En el caso de haber sometido la discrepancia al procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, acreditación de ello y, en su caso, resultado de la misma.

[102] STS 21-06-2017, rec. 12/2017, confirma SAN 19-06-2016, proced. 265/13.

g) Identificación del convenio colectivo vigente del que se pretenden inaplicar determinadas condiciones de trabajo, indicando su vigencia temporal.

h) Documentación relativa a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A tales efectos se tomará como referencia la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos, teniendo en cuenta que cuando las causas económicas alegadas consistan en una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, deberá presentar, además, la documentación que acredite que se ha producido dicha disminución durante los últimos dos trimestres consecutivos.

i) Relaciones pormenorizadas de las condiciones de trabajo del convenio colectivo que se pretenden inaplicar y su incardinación entre las materias previstas en las letras a) a g) del párrafo segundo del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, detallando las nuevas condiciones del trabajo que se quieren aplicar y el período durante el cual se pretenden establecer.

j) Acreditación de haber entregado a la otra parte de la discrepancia copia de la solicitud presentada a la Comisión, junto con la documentación establecida en este artículo.

k) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor. Cuando afecte a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma.

l) Conformidad, en su caso, de las partes de la discrepancia sobre el procedimiento para la solución de la misma de entre los establecidos en el art. 16.3 y, de haber optado por la designación de un árbitro, conformidad, en su caso, sobre su nombramiento.

m) Información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora, especificando si son representación unitaria o representación elegida conforme al art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Parece claro, a mi juicio, que el empresario deberá aportar la misma documentación a los representantes de los trabajadores, salvo aquellos documentos, claro está, que sean consecuencia del propio proceso negociador, por cuanto su aportación a la CCNCC acredita por si misma, que se trata de documentación pertinente para asegurar que el período de consultas alcance sus fines.

Como vemos, la documentación exigida es la misma que se requiere en los procedimientos de despido colectivo, donde la Disposición Final Cuarta del RDL 11/2013 ha introducido una novedad muy relevante en el art. 4.5 RD 1483/2012, según la cual cuando la empresa promotora del procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no se aporta la documentación citada, la consecuencia será la nulidad de la medida[103].

Así pues, desde la entrada en vigor de la norma citada, el requisito constitutivo, para aportar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados, es que la sociedad dominante esté radicada en España, lo que no se exigía anteriormente, sin que el legislador se haya molestado en explicar qué razones de urgencia concurren para producir una alteración tan importante en la negociación del período de consultas, que redunda en la pérdida de transparencia sobre la situación de la empresa y que no había producido hasta la fecha ningún tipo de problema, puesto que las empresas dominantes, radicadas en la Unión Europea, cumplían con lo previsto en los arts. 42 y 43 del Código de Comercio. La ausencia absoluta de explicaciones sobre la concurrencia de razones de extraordinaria y urgente necesidad, requeridas por el art. 86.1 CE, podría poner en cuestión la constitucionalidad del precepto.

Por lo demás, el precepto examinado podría vulnerar lo dispuesto en el art. 64.4.a ET, que concede al comité de empresa el derecho a conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos. Dicho derecho debe conectarse con lo dispuesto en el art. 272.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, que reconoce a los socios, a partir de la convocatoria de la junta general, el derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata

[103] SAN 4-06-2013, proced. 1/2013.

y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. Ese derecho es extensible a las cuentas consolidadas de los grupos de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.5 del C. Comercio, donde se prevé que las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas.

Parece claro, por tanto, que las cuentas y el informe de gestión consolidados de la empresa dominante del grupo de empresas, salvo que concurran las excepciones del art. 43 C.Co., constituyen un documento pertinente, que facilitará la negociación del período de consultas. Por el contrario, su no aportación, amparada por la norma reglamentaria, podría vulnerar lo dispuesto en los artículos comentados anteriormente, de manera que parece aconsejable su aportación al período de consultas. Por lo demás, como se ha anticipado por la doctrina científica[104] la falta de aportación de las cuentas consolidadas de la empresa matriz, ubicada en la Unión Europea pero fuera de España, podría vulnerar la doctrina comunitaria[105]. Si la empresa dominante no está constituida con arreglo al derecho comunitario y está ubicada fuera de la Unión Europea, habrá que estar al derecho aplicable, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo alegue, correspondiendo al Tribunal resolver sobre el modo de aplicación, conforme dispone el art. 281.2 LEC[106].

Conviene destacar, en cualquier caso, que el art. 8 RDL 1/2010 aplica el derecho español a las sociedades domiciliadas en España, fuere cual fuere su lugar de constitución, entendiéndose por domicilio, a tenor con lo dispuesto en el art. 9 de la norma antes dicha, el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación o, en su caso, cuando su principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España, por lo que el legislador español ha optado por el domicilio real frente al domicilio formal.

[104] Casas Baamonde, La huida del derecho del trabajo…

[105] STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan, C-44/08.

[106] SAN 1-04-2013, proced. 17/2013.

En cualquier caso, la empresa deberá aportar la documentación complementaria que se solicite por la RLT, siempre que ésta acredite que la misma es pertinente, entendiéndose como tal, aquella que facilita que el período de consultas alcance sus fines[107], siendo necesario, en cualquier caso, solicitarla en el período de consultas[108].

*2.2.2. La negociación durante el período de consultas*

La segunda fase del período de consultas es propiamente la negociación, que consiste, conforme dispone el art. 64.1 ET, en un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sobre la propuesta empresarial y las alternativas que permitan evitarla, reducirla o atenuar sus consecuencias.

La negociación deberá ajustarse a las reglas de buena fe, que obliga a ambas partes y comporta su disponibilidad a ser convencidos por los argumentos de la contraparte[109]. Habrán de acreditarse propuestas y contrapropuestas (STS 30-06-2011; STSJ Asturias 2-07-2010 y SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Si la negociación fue inexistente, limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012, confirmada por STS 20-03-2013, rec. 81/2012 y STSJ País Vasco 11-12-2012, proced. 19/2012). La negociación se produce efectivamente, si se acreditan propuestas y contrapropuestas, lo que sucederá normalmente cuando se aceptan parcialmente algunas de las contrapropuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). Así, se ha entendido conforme a derecho pactar un acuerdo marco de ejecución progresiva de la medida (SAN 25-02-2013, proced. 324/2012); si concurre causa, la empresa no está vinculada a compromisos previos de no extinguir contratos (STSJ Madrid 8-02-2013, rec. 73/2012); quiebra la buena fe, cuando la empresa comunica los despidos antes de concluir el período de consultas (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012); no vulnera el deber de negociar de buena fe la no aportación de las cuentas anuales de otra empresa, cuando no forma parte del mismo grupo de empresas (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012); si la empresa tiene un déficit de tal magnitud, que está obligada a cerrar, no vulnera la buena fe negocial mantener dicha posición a lo largo de la negociación (SAN 20-03-2013, proced. 219/2012); si la empresa acredita que su capacidad productiva es muy superior a la demanda de bienes y servicios justifica la extinción por causas productivas (SAN 4-04-2013, proced. 66/2013).

[107] SAN 10-03-2017, proced. 347/16

[108] STS 23-09-2015, rec. 314/14, confirma SAN 11-02-2014 y STS 20-10-2015, rec. 272/2014.

[109] Martín Valverde, obra citada.

La nueva composición de la comisión negociadora, representativa únicamente de los centros de trabajo afectados, dificultará, como anticipamos más arriba, las negociaciones trasversales, en las que se negocien alternativas a la medida empresarial mediante la búsqueda de soluciones aplicables a la totalidad de los trabajadores de la empresa.

*2.2.3. Acuerdo en el período de consultas y su naturaleza jurídica*

Si se alcanza acuerdo, lo que obligará a su suscripción por los representantes de los trabajadores que acrediten la mayoría de los trabajadores afectados (art. 28 RD 1483/2012), se presumirá la concurrencia de las causas y solo podrá impugnarse por fraude de ley, dolo, abuso de derecho y coacción en su conclusión[110], lo que no significa que no deba concurrir causa[111], puesto que la concurrencia de causa es el presupuesto de estas modificaciones[112], como se ha interpretado por la doctrina científica[113]. Debe precisarse que no cabe modificar un convenio colectivo estatutario, que no se ha negociado con arreglo al procedimiento del art. 82.3 ET, aun cuando se haya alcanzado un acuerdo extraestatutario[114], si bien se ha admitido la validez de un acuerdo, alcanzado en asamblea de trabajadores, en la que participaron tres sindicatos[115].

El acuerdo deroga las condiciones modificadas y deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa, ni tampoco aplicarse retroactivamente[116], así como notificarse a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral, habiéndose entendido que los acuerdos tienen eficacia general y normativa[117], si bien será requisito constitutivo para la eficacia normativa su inscripción en el Registro de convenios (art. 2.1.h RD 713/2010), así como su publicación en el Boletín correspondiente[118]. Como vemos el acuerdo de inaplicación de convenio sucede al convenio y se le reconoce preferencia aplicativa sobre el mismo[119].

[110] STSJ Madrid 28-02-2014, proced. 1/2014.

[111] Voto particular STS 11-05-2004, rec. 95/2003.

[112] SAN16-01-2012, proce. 62/2012.

[113] Mercader Uguina, obra citada.

[114] STSJ Asturias 29-11-2013, rec. 2001/2013.

[115] STSJ Madrid 4-11-2013, rec. 619/2013.

[116] C y M 28-05-2002, RJ 2002\2750; TSJ Valladolid 13-12-2007, AS 2007\60410; SAN 7-04-2017, proced. 46/17.

[117] Mercader Uguina, obra citada.

[118] TS 21-05-2009, rec. 100/08.

[119] Cruz Villalón.

La jurisprudencia[120] viene sosteniendo que es requisito constitutivo, para que los convenios sean estatutarios y desplieguen eficacia jurídica normativa y eficacia personal "erga omnes", que se cumplan todos los requisitos previstos en el Título III ET, siendo también pacífico en la jurisprudencia y en la doctrina judicial, aunque no en la doctrina científica, que los acuerdos extraestatutarios, incluyendo los acuerdos sustitutivos de convenio colectivo, cuya eficacia personal es "erga omnes"[121], no están obligados a respetar el derecho de igualdad[122], que si se exige a los convenios estatutarios, porque no tienen eficacia jurídica normativa.

Consecuentemente, debe despejarse si los acuerdos de descuelgue, regulados actualmente en el Título III ET, tienen naturaleza jurídica de convenio colectivo y de ser así, si es obligado su registro y publicación o, por el contrario, aunque no se cumplan dichos requisitos formales, desplegarán efectos jurídicos normativos.

A mi juicio, estos acuerdos deberían considerarse estatutarios, no solamente porque se regulan en el Título III, sino por su propia finalidad modificativa del convenio, ya que sería ininteligible que una herramienta legal, prevista para modificar un convenio colectivo estatutario, fuera extraestatutaria, ya que liquidaría el principio de jerarquía normativa, habiéndose considerado así por sectores de la doctrina[123], debiendo tenerse presente, en todo caso, que se negocia con sujetos con legitimación plena, salvo cuando la interlocución corresponda a "comisiones ad hoc". Su inscripción en el Registro de convenios y acuerdos colectivos es incuestionable, a tenor con lo dispuesto en el art. 2.1.h RD 713/2010, no siendo decisiva, en estos supuestos, su publicación en el BOE, habiéndose entendido por la jurisprudencia, que los acuerdos modificativos, suscritos por la mayoría de los representantes unitarios, constituyen manifestación de la denominada negociación colectiva impropia, despliegan eficacia personal general, pero no normativa[124] y así se ha defendido por la doctrina judicial[125].

Debe admitirse, en todo caso, que cuando el legislador quiere dar valor de convenio colectivo a los acuerdos lo hace expresamente (arts. 86.3 y 91.2 ET), lo que no sucede con los acuerdos de descuelgue, como se desprende

---

[120] TS 4-12-2000, RJ 2001\2055; TS 23-09-2003, RJ 2003\8378; STS de 14-3-05 (RJ 20053191); TS 19-02-2008, ED 25828; TS 24-06-2008, RJ 2008\4234; (TSJ C y M 27-10-05, AS 2005\3192) y TSJ Valladolid 27-03-2006, AS 1521

[121] TS 25-02-08, rec. 29/07, confirma SAN 4-12-06, pro. 133/06

[122] TS 5-05-06, ROJ 3493/06; TS 3-11-2008, rec. 20/07; TS 11-11-08, rec. 120/07; SAN 31-03-2009, ROJ 1491/2009; TS 23-01-2009, ROJ 863/09 y TS 18-03-2009, rec. 98/07.

[123] Jesús Mercader Uguina, obra citada.

[124] STS 30-11-2010, rec. 142/2009, confirma SAN 26-06-2009.

[125] STSJ Comunidad Valenciana 10-09-2013, rec. 1432/2013.

expresamente del art. 82.3 ET, donde deja claro que los acuerdos alcanzados en la Comisión Paritaria, los que se alcancen mediante procedimientos de mediación o arbitraje, o los que resuelva la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas. Se ha viabilizado la inaplicación de convenio, concretamente los incrementos retributivos para el año 2012, aunque ya se hubieran devengado parcialmente, cuando se propone por el mediador y se admite mayoritariamente por los representantes de los trabajadores, porque se encomendó al mediador que resolviera, en el marco de un despido colectivo, sobre la citada inaplicación convencional, entendiéndose, que la aplicación retroactiva es admisible, porque estaba en juego un valor superior, que era el mantenimiento de puestos de trabajo, lo que se logró mediante esta medida[126]. En cualquier caso, si se pretende inaplicar lo pactado en acuerdo, alcanzado ante el SIMA en procedimiento de mediación y publicado en el BOE, el acuerdo tiene naturaleza de convenio colectivo y su inaplicación debe realizarse por el procedimiento de inaplicación de convenio, que obliga a alcanzar acuerdo y en su defecto seguir el procedimiento de gestión del desacuerdo regulado en el art. 82.3 ET, de manera que, si no se sigue el procedimiento, procederá la anulación de la medida[127].

Cuando no se alcance acuerdo, cualquiera de las partes podrá recurrir a la comisión del convenio, prevista para ello, lo cual comporta que no debe coincidir necesariamente con la comisión paritaria[128], quien deberá resolver en el plazo de siete días, tratándose de una medida potestativa, salvo que el convenio la convierta en obligatoria[129], habiéndose entendido que, desde la entrada en vigor del RDL 3/2012, no es necesario que haya unanimidad en la comisión paritaria, aunque así lo predicara el propio convenio colectivo[130]. Si no se alcanza acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos de solución extrajudicial, regulados en los Acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico (art. 82.3 ET)[131], en cuyo caso, si optan por el arbitraje el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y podrá impugnarse conforme al procedimiento y en base a los motivos del art. 91 ET.

La novedad más importante, contenida en la nueva regulación del art. 82.3 ET, es precisamente el procedimiento de gestión del desacuerdo, cuando

[126] SAN 17-07-2013, proced. 168/2013.
[127] SAN 31-10-2014, proced. 152/2014.
[128] Jesús Mercader Uguina, obra citada.
[129] Blasco Pellicer: Los convenios…
[130] STSJ Granada 22-05-2013, rec. 659/2013.
[131] Ver V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (BOE 23-02-2012).

hayan fracasado las herramientas citadas más arriba, en cuyo caso cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o a los órganos correspondientes de las CCAA, según sea el ámbito del convenio, quien deberá resolver directamente o mediante el nombramiento de un arbitro en el plazo de 25 días, tratándose de una medida, cuya constitucionalidad se ha puesto en duda por la doctrina científica[132], puesto que impone objetivamente un arbitraje obligatorio, cuando no se someta de común acuerdo por ambas partes, aunque la doctrina judicial ha descartado su inconstitucionalidad[133].

La Comisión resolverá en su propio seno, conforme a lo dispuesto en los arts. 21 y 22 RD 1362/2012, o mediante la designación del arbitro, conforme a los arts. 23 y 24 del RD citado. Ambas resoluciones serán vinculantes y ejecutivas, tendrán la eficacia de los acuerdos en período de consultas y se podrán impugnar por el procedimiento de impugnación de convenio, previsto en el art. 91 ET, aunque la decisión de la Comisión será directamente ejecutiva y tiene un gran valor de convicción, especialmente en lo que afecta a la adecuación de la medida en relación con las causas acreditadas[134], que deberán acomodarse necesariamente por la resolución[135].

Parece claro, no obstante, que la alternativa de flexibilidad externa constituye por si sola incentivo solvente para que se alcancen acuerdos masivos en los períodos de consulta sobre flexibilidad interna, porque la equiparación de las causas, cuya intensidad se ha limitado sustancialmente por la reforma, hace impensable que no se alcancen acuerdos, al menos mientras se mantenga la actual crisis económica[136], habiéndose entendido que es posible negociar al

[132] Cruz Villalón: Efectos incontrolados de la reforma.

[133] Impugnado un laudo arbitral de inaplicación salarial de convenio colectivo estatutario en procedimiento ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se descarta la inconstitucionalidad de la regulación de la inaplicación de convenios colectivos estatutarios en la redacción del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores dada por el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012, al ser posible una interpretación de la norma conforme con la Constitución, por lo que no es preciso elevar cuestión de inconstitucionalidad. Tampoco es aplicable al caso concreto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En cuanto al caso concreto, no se discuten los datos económicos aportados por la empresa, manifestándose una situación económica de gravedad que justifica la adopción de la medida de inaplicación salarial. Existió una negociación suficiente por las partes en el periodo de consultas, sin que la negociación simultánea de la inaplicación convencional, una modificación sustancial de condiciones y un despido colectivo sea determinante de ilicitud alguna, al no haber afectado a las garantías exigibles durante el proceso negociador. El laudo se encuentra suficientemente fundado y la decisión se encuentra dentro del margen de apreciación técnica que corresponde a la Administración Laboral (SAN 11-06-2014, proced. 356/2013).

[134] SAN 28-01-2013, proced. 316/2012).

[135] Blasco Pellicer: Los convenios…

[136] Acreditado el ajuste presupuestario de la empresa, que exigía, al menos, la reducción

tiempo un despido colectivo y la inaplicación del convenio[137], como no podría ser de otro modo, especialmente cuando la inaplicación se introduce como alternativa al despido, aunque sería necesario negociar con comisiones distintas, si el despido afecta a la empresa en su conjunto y el descuelgue pretendido afecta a tres convenios franja, salvo que se encomendara al mediador pronunciarse globalmente sobre el descuelgue y se aceptara por la mayoría de los representantes de los trabajadores[138]. Conviene precisar, en todo caso, que la función de la Comisión es resolver discrepancias en el período de consultas, lo cual comporta que no esté legitimada para resolver sobre propuestas empresariales, que no se sometieron a la consideración de la comisión negociadora[139].

*2.2.4. Las vías arbitrales y las dudas de constitucionalidad*

La ley 3/2012, de seis de julio, causada en el RDL 3/2012, apuesta decididamente por el arbitraje para gestionar el desacuerdo, tanto en la negociación de los convenios colectivos, como en los períodos de consulta para el descuelgue del convenio, lo que ha motivado un debate importante en la doctrina científica, que conviene perfilar.

El art. 86. 3 ET dispone que los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83.2 ET, deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Dicho sistema de resolución de los desacuerdos en la negociación colectiva se ha considerado "flagrantemente inconstitucional" (Arufe Varela), quien defiende que atenta directamente contra el principio de autonomía colectiva, establecido en el art. 37.1 CE, aunque se ha matizado dicha afirmación

de jornada del trabajador, su no aceptación, justifica la decisión extintiva empresarial (STSJ Valladolid 7-03-2012, rec. 168/2012).

[137] Mercader Uguina, obra citada.

[138] SAN 4-07-2013, proced. 169/2013

[139] SAN 19-06-2013, proced. 211/2013.

por otros sectores de la doctrina, quienes ponen en valor la doctrina de las STC 11/1981; 154/1995 y 352/2006 (Desdentado, obra citada). Del mismo modo, Escudero sostiene que la imposición obligatoria del arbitraje podría vulnerar el derecho constitucional a la negociación colectiva, por cuanto choca frontalmente con el principio de autonomía colectiva.

Otros sectores de la doctrina (Gabinete CCOO), estudiando lo previsto en la DA 1ª RDL 7/2011, han defendido, que no estamos propiamente ante un arbitraje obligatorio, puesto que su activación depende de la negociación colectiva, subrayando especialmente el carácter temporal del arbitraje. Señalaron, por otra parte, la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que, ante los bloqueos irresolubles de negociación, permite acudir de forma preferente mediante medios de autocomposición o heterocomposición, frente al abismo que supone la pérdida de vigencia del convenio. Se trata, sin duda, de un problema complejo, tanto que el anterior Mº de Trabajo (Observatorio para la negociación colectiva) dudó también sobre la constitucionalidad de fijar arbitrajes obligatorios para solucionar la gestión del desacuerdo en la negociación colectiva, lo que no deja de ser sorprendente.

Conviene destacar que el modelo de gestión del desacuerdo, promovido por el RDL 7/2011, que fue asumido por el RDL 3/2012 y finalmente por la ley 3/2012, de seis de julio, pivota sobre la negociación colectiva a su máximo nivel –los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos– a los que corresponderá establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación, entre los que se apunta el arbitraje, que podrá ser obligatorio o voluntario, lo que parece respetar el derecho a la autonomía colectiva, puesto que el arbitraje, sea obligatorio o voluntario, se promoverá por los sujetos legitimados para la negociación de acuerdos interprofesionales, que vincularán a todos los empresarios y trabajadores de su ámbito, conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 ET, lo cual permite concluir que la ley no impone un arbitraje obligatorio, aunque si "empuja a ello" (Sala Franco, obra citada), quien ha considerado razonable la constitucionalidad del procedimiento arbitral, cuando está pactado por los sujetos legitimados, aunque ha planteado dudas, cuando se impone a los negociadores del propio acuerdo interprofesional[140].

Más dudas plantea la medida promocional del arbitraje, contenida en el art. 86.3, según la cual si el acuerdo interprofesional no despeja la obligatoriedad o voluntariedad del arbitraje, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio, aunque no parece que se imponga externamente dicha medida a

[140] Sala Franco, T.: Las medidas de flexibilidad interna en las empresas.

la autonomía colectiva, que se respeta íntegramente, puesto que los negociadores del acuerdo interprofesional, conscientes de dicho mandato, tendrán la posibilidad de elegir entre arbitraje obligatorio o voluntario, puesto que la ley se limita a precisar las consecuencias de la indefinición, en cuyo caso se entenderá que optan por el obligatorio, ya que nada les impide no hacerlo, tratándose de una nueva manifestación del "empujón" legislativo, que puede afectar a las estrategias negociadoras pero no a la autonomía colectiva propiamente dicha (Gabinete CCOO), aunque Escudero ha defendido que la falta de mención sobre la naturaleza obligatoria o voluntaria del arbitraje equivale a un desacuerdo, lo que no deja de ser razonable, puesto que si hay discrepancia, la parte que defiende el arbitraje, se limitará a no pactar que sea voluntario, colocándose, por consiguiente, en situación de ventaja respecto de su contraparte.

Las dudas de constitucionalidad sobre dicho precepto han sido acentuadas por sectores de la doctrina, quienes han denunciado que el mecanismo de arbitraje obligatorio, incorporado por el art. 86.3 ET, traspasa las líneas rojas de la constitucionalidad, razón esta por la que augura un resultado contraproducente (Jesús Cruz Villalón: Modernizar la negociación colectiva). Sala Franco plantea también dudas en la obra citada, si bien cuestiona más la operatividad de la medida por la ausencia de delimitación de los sujetos, que deben proponer el arbitraje, procedimiento, responsabilidad del pago del árbitro etc., aunque desde otros sectores se ha considerado inconstitucional el arbitraje obligatorio durante la ultractividad del convenio (Juan García Blasco, Aranzadi, obra citada), mientras que Escudero ha señalado que rompe las costuras de los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE al no encajar con los exigentes y respetuosos espacios reservados a la autonomía colectiva reconocidos en ellos.

A mi juicio, la temporalidad de la medida, defendida por algún sindicato, no parece un argumento fuerte para defender su constitucionalidad, ya que la negociación de un acuerdo interprofesional puede prolongarse en el tiempo, vistas las dificultades negociadoras de los interlocutores sociales, por lo que se ha considerado "torpe" introducir elementos coactivos en el territorio de la autonomía de la voluntad (Carmen Sánchez Trigueros y Antonio Sempere, Aranzadi, obra citada), aunque parece más adecuado ponderar si la iniciativa legislativa asegura los controles de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad, requeridas por la doctrina constitucional (STC 27-04-2010, RTC 2010\22), para considerarla constitucional .

Despejar estas incógnitas obligará a ponderar todos los intereses en juego, sin olvidar que la gestión del desacuerdo en la negociación colectiva se ha convertido en un problema nacional, que incide, en primer lugar, sobre los empresarios y trabajadores afectados, pero también sobre los intereses generales, que exigen poner en valor nuestra economía, cuyo crédito está en juego ante los mercados internacionales y si los negociadores del convenio se muestran

incapaces de cumplir su función institucional, que es alcanzar acuerdos para promover empresas más competitivas y más ajustadas a los requerimientos de la demanda como presupuesto para asegurar un empleo estable y decente, deberá considerarse si la introducción de un procedimiento extrajudicial para resolver los desacuerdos de la negociación colectiva, es idóneo y razonable para la promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico y una distribución más equitativa de la renta, en el marco de un política de estabilidad económica, orientada esencialmente hacia el pleno empleo (art. 40.1 ET) y si la respuesta es positiva habrá que despejar finalmente si el sacrificio, que se impone a una autonomía colectiva bloqueada, es proporcional con los demás intereses legítimos en juego.

Por lo demás, no parece que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida controvertida encuentre acomodo directo en la STC 11/1981, que declaró inconstitucionales los arts. 25.b y 26 RDL 17/1977, porque el Tribunal consideró que no regulaban un auténtico arbitraje, ya que la Administración suplantaba a los negociadores del convenio, entendiéndose, por consiguiente, que se vulneraba la autonomía colectiva, mientras que aquí la norma se limita a exigir a los negociadores, cuando el convenio ha concluido sin acuerdo, a someterse a un arbitraje, aunque no determina de qué modo, en qué plazo y con qué financiación, lo que permite augurar, desde ahora, que solo habrá arbitrajes cuando las partes lo quieran. Tampoco creo aplicable la doctrina de las STC 174/1995 y 352/2006, que cuestionaron la constitucionalidad de arbitrajes obligatorios, porque dicha medida despojaba a los jueces y tribunales el derecho de tutela judicial efectiva, lo que no concurre aquí, puesto que se trata de arbitrajes sobre conflictos de intereses y no de conflictos jurídicos, debiendo recordarse, en última instancia, que la última frontera, para definir la constitucionalidad del arbitraje, es asegurar la imparcialidad del arbitro[141]. Por lo demás, los laudos podrán recurrirse por el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, asegurando, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva, habiéndose defendido que cabe ejercer el derecho de huelga frente al laudo (Gabinete CCOO), sin que pueda compartirse dicha tesis, porque el laudo tiene la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos (art. 86.3 ET).

En cualquier caso, no me parece discutible la constitucionalidad de los arbitrajes, que se promuevan para resolver los desacuerdos en los períodos de consulta de descuelgue de los convenios colectivos y las controversias, que pudieran producirse en las comisiones paritarias, cuando cualquiera de las partes les hubiera sometido la gestión del desacuerdo, cuando dichos arbitrajes se originan en acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos, puesto que en dichos supuestos expresarían una manifestación de la autonomía colec-

[141] STS (Sala 3ª) 11-05-2004, rec. 518/2001).

tiva, que debería cumplirse en sus propios términos por todos los empresarios y trabajadores de todos los sectores, a tenor con lo dispuesto en el art. 37.1 CE, en relación con los arts. 82.3 y 83.2 ET, no pudiendo olvidarse que la alternativa al modelo, es el vacío convencional. Como es sabido, el V Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos (BOE 23-02-2012) apuesta decididamente por los arbitrajes voluntarios, lo cual desactiva, al menos de momento, la polémica sobre la constitucionalidad de esta solución extrajudicial para gestionar los desacuerdos en la negociación colectiva.

El art. 82.3 ET ha establecido finalmente un procedimiento específico para gestionar el desacuerdo en el período de consultas, cuando no se haya alcanzado solución en la comisión paritaria, ni tampoco por el procedimiento, que pudiera haberse establecido mediante acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos, que permite a cualquiera de las partes someter la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos, cuando el conflicto afecte a más de una CCAA, o a los órganos autonómicos correspondientes, quienes podrán resolver directamente o designado un arbitro, quien deberá cumplir con las exigencias de imparcialidad, cuyo laudo, que deberá dictarse en un plazo de veinticinco días, tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas. Así, cuando se negoció separadamente la antigüedad, pactándose una plazo para la conclusión de la negociación que, de concluir sin acuerdo, se sometería a arbitraje, concluyendo sin acuerdo el plazo pactado, sin que ninguna de las partes promoviera el arbitraje, se mantiene transitoriamente el Convenio colectivo de la anterior empresa mientras se prorrogue el plazo de negociación y ninguna de las partes legitimadas, obligadas, en caso de desacuerdo, "a someterse a un arbitraje en el sistema de solución autónoma de conflictos correspondiente" lo inste[142].

La exposición de motivos del proyecto de ley defiende esta solución, que apoya en el art. 38 CE, entendiendo que no vulnera la autonomía colectiva, puesto que se trata de un órgano tripartito, en el que están presentes, además de la Administración, las organizaciones patronales y sindicales, pero la medida no deja de ser un arbitraje obligatorio[143], que se puede imponer por cualquiera de las partes a la otra, tratándose, por consiguiente, de una opción dudosa, aunque la alternativa se antoja peor, puesto que si no hay acuerdo en la aplicación de medidas de flexibilidad interna, la consecuencia será la aplicación de medidas de flexibilidad externa.

El debate ha quedado resuelto definitivamente mediante STC 16-07-2014, rec. 119/2014, donde se confirmó la constitucionalidad de la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos para

[142] STS 8-11-2016, rec. 279/15, confirma SAN 3-06-2015.

[143] Escudero Rodríguez, R., obra citada.

resolver la gestión del desacuerdo en los períodos de consultas[144]. El TC fundamenta la constitucionalidad del procedimiento arbitral, en que el legislador ha querido introducirla en un contexto de crisis económica muy grave, como mecanismo que permita superar la situación que se produce cuando la pretensión de modificar las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo para facilitar la adaptación de tales condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, ante la concurrencia de las causas sobrevenidas económicas, técnicas, organizativas o de producción que señala la Ley, resulta bloqueada por falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores o por el resultado infructuoso de los procedimientos extrajudiciales creados por las representaciones de los trabajadores y de los empresarios para resolver tales desacuerdos, en los términos a los que más adelante se hará referencia. De este modo, al posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias adversas que concurran en una empresa, sobrevenidas después de la aprobación del convenio, el propósito perseguido por el legislador con la medida cuestionada ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo; esto constituye una finalidad constitucionalmente legítima, atendidos el derecho al trabajo (art. 35 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España a la que ya antes se ha hecho alusión. Por tal razón, este Tribunal considera que la intervención de la CCNCC prevista por el art. 82.3 ET resulta constitucionalmente justificada, como la propia medida de inaplicación del convenio colectivo en las materias tasadas; dispone, como presupuesto del mantenimiento de la empresa, la adopción de un mecanismo legal que permita la adaptación de las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias de productividad, competitividad.

Queda claro, por tanto, que la posibilidad de la empresa de acogerse al descuelgue no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido

[144] Impugnado un laudo arbitral dictado por la Comisión Consulta Nacional de Convenios Colectivos. Se declara la nulidad de dicho laudo, dado que con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas. Este acuerdo no fue respetado por la demandada "Alerta, S.A." que tampoco lo impugnó. Posteriormente el proceso de descuelgue promovido por "Alerta, S.A.", se sometió a la comisión paritaria del convenio sectorial que por unanimidad rechazó la pretensión empresarial, no siendo tampoco impugnado dicho acuerdo. Sin embargo, la empresa recabó la intervención de la CCNCC que actuó, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando árbitro cuya decisión por este motivo se anula. Se desestima el recurso de la empresa (STS 28-04-2016, rec. 173/15, confirma SAN 18-12-2014).

para alcanzar ese resultado; lo que permite entender que en el supuesto de no alcanzarse acuerdo con la representación de los trabajadores legitimada, sólo el agotamiento de las vías que el texto legal abre pueden acabar por permitir a la empleadora el apartamiento de la cláusula convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral[145].

La Comisión Consultiva no está legitimada para resolver mediante laudo la inaplicación de las tablas salariales del convenio sectorial, cuando la empresa alcanzó acuerdo de mediación, en el que se comprometió a no aplicar dichas tablas salariales a cambio de no aplicar las tablas salariales de 2014[146], ni puede tampoco modificar el precepto convencional vulnerando normas de derecho necesario, como los límites del tiempo de presencia mensual, establecidos legalmente[147].

## 3. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA CONCURRENCIA CONFLICTIVA DE CONVENIOS

La reforma ha intervenido decisivamente en la estructura de la negociación colectiva, cuya regulación formal, al igual que la regulación de la concurrencia entre convenios, se encomienda a los acuerdos interprofesionales o a los convenios estatales o autonómicos, ya que se prioriza la aplicación del convenio colectivo de empresa, de grupo de empresa o de empresas en red, respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.

e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.

f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

[145] STS 6-07-2016, rec. 155/15.

[146] STS 28-04-2016, rec. 173/15, confirma SAN 18-12-2014.

[147] STS 14-09-2016, rec. 247/2015.

g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2.

Se apuesta decididamente por la descentralización de la negociación colectiva mediante la sobreprima del ámbito empresarial como tal[148], para promocionar su adaptabilidad a las exigencias del mercado en materias clave para la competitividad y la productividad empresarial, si bien la prioridad aplicativa solo es predicable de las materias listadas, así como las que añada la negociación colectiva al máximo nivel (art. 83.2 ET)[149], sin que las reglas de concurrencia, pactadas con anterioridad al RDL 3/2012, que contradigan la prioridad aplicativa del convenio de empresa, puedan prevalecer sobre el nuevo art. 84.2 ET[150], que desplegará su eficacia desde su entrada en vigor, aunque se hubiera pactado lo contrario en convenio estatutario[151], habiéndose convalidado la constitucionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente a los convenios de otros ámbitos[152], si bien se ha admitido que un convenio sectorial determine que la estructura de la negociación colectiva quede integrada por una unidad de negociación estatal, con expresa exclusión de cualquier otra, sin perjuicio de su desarrollo en el seno de la empresa, siempre que se someta a la legalidad vigente[153]. Consiguientemente, las materias no listadas, como pudiera suceder con la sucesión de empresas[154], las

[148] STS 22-09-2016, rec. 248/15.

[149] Mercader Uguina, J., obra citada.

[150] STC 210/1990.

[151] Impugnándose por la Autoridad Laboral un convenio sectorial, suscrito después de la reforma laboral, que limita la prioridad de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en materias en las que la ley prima de modo absoluto al convenio de empresa, se estima parcialmente la demanda, anulándose aquellos preceptos, que efectivamente privilegian a los convenios de ámbito superior frente a los de empresa, subrayando, no obstante, que la nulidad de dichas limitaciones debe aplicarse desde la entrada en vigor de la reforma, no así las situaciones precedentes, que no se ven afectadas por la reforma, que no contempla su aplicación retroactiva (SAN 10-09-2012, proce. 132/2010, ROJ 3536/2012).

[152] STC 16-07-2014, rec. 119/2014.

[153] Grandes almacenes: Admite como ajustado a derecho que se pacte en convenio sectorial, que al objeto de establecer para el ámbito de actuación del presente Convenio una estructura racional y homogénea, evitando los efectos de la desarticulación y dispersión, las partes legitimadas en el ámbito de aplicación del presente Convenio acuerdan que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente, por cuanto los convenios de ámbito estatal pueden ordenar la estructura de la negociación colectiva, así como por la prohibición de concurrencia de convenios, dada la finalidad perseguida, que es asegurar una estructura racional y homogénea de la negociación colectiva, evitando su desarticulación, teniéndose presente, en todo caso, que se somete el precepto a la legalidad vigente (STS 12-05-2015, rec. 15314, casa parcialmente SAN 13-11-2013).

[154] El convenio colectivo de empresa no tiene prioridad aplicativa en materia de subrogación empresarial (STSJ Cataluña 7-02-2017, rec. 337/17).

vacaciones del personal subrogado[155], el retraso en la fecha pactada de pago del salario[156], ni las mejoras voluntarias, pactadas en convenio sectorial, no podrían verse afectadas por un convenio de empresa subsiguiente al convenio sectorial[157], porque la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial sólo es predicable de aquellos aspectos tasados en el art. 84.2 ET, pero no en los demás, donde se aplica el convenio sectorial por la prohibición de concurrencia sector[158], salvo que el convenio de empresa introduzca mejoras en las mismas, que han de ser valoradas separadamente para cada uno de los puntos en conflicto[159]. Si cabe, sin embargo, que un convenio prorrogado determine el régimen de concurrencia, siempre que no impida la prioridad aplicativa del convenio de empresa[160]. Cabe también, que el convenio sectorial aplique un régimen retributivo específico a las empresas que no se descuelguen de su régimen retributivo[161], habiéndose admitido, en

[155] SAN 13-07-2017, proced. 184/17.

[156] SAN 4-04-2017, proced. 46/17.

[157] Mercader Uguina, J., obra citada.

[158] La prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial sólo es predicable de aquellos aspectos tasados en el art. 84.2 ET, pero no en los demás, donde se aplica el convenio sectorial por la prohibición de concurrencia: No cabe anular el convenio de empresa por afectar a materias contenidas en el convenio del sector vigente, sino únicamente declarar la prioridad aplicativa de éste, y determinar por cada punto concreto si es aplicable uno u otro convenio (STS 1-04-2016, rec. 147/15, confirma SAN 1-12-2014)

[159] SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

[160] APEF: Impugnado un convenio colectivo, porque impide la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, se desestima dicha pretensión, porque no se trata propiamente de un convenio nuevo, sino de un convenio prorrogado, en el que los negociadores se comprometieron a ajustar los contenidos a la legislación vigente, señalándose por todos los demandados, que la regulación de la concurrencia de convenios, pactada en el convenio prorrogado, no impide la aplicación prioritaria del convenio de empresa, no habiéndose probado por la demandante, que se haya producido dicha obstaculización, siendo revelador que la Autoridad Laboral registró y publicó el convenio. Impugnado el sistema de clasificación y consiguientemente las retribuciones, porque se mantienen las categorías profesionales, se desestima dicha pretensión, porque el convenio ordena la clasificación profesional en cuatro grupos profesionales, algunos de los cuales se subdividen en subgrupos, de los que cuelgan distintas categorías profesionales, diferenciadas por las tareas, funciones profesionales, especialidades y responsabilidades, asociadas, a su vez, a distintas titulaciones, aptitudes y contenidos de la prestación, que no vulneran el sistema legal de clasificación, porque lo relevante no es la denominación, sino las distinciones citadas. Se entiende que la regulación de trabajos de categoría superior dentro del grupo no vulnera la movilidad fuera del grupo, por cuanto ninguna norma imperativa impide dicha regulación (SAN 13-03-2014, proced. 507/2013).

[161] Impugnado por la Autoridad Laboral un convenio sectorial, porque limita la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, se desestima dicha pretensión, porque el convenio impugnado no impide ni limita el régimen retributivo de los convenios de empresa, que tendrán prioridad aplicativa frente al sectorial desde su vigencia. Por el contrario, lo que se ha pactado en el convenio impugnado es un negocio jurídico complejo y diferido en el tiempo, por el que los trabajadores renuncian a los complementos salariales pactados en el convenio de 2015, así como

cualquier caso, que el régimen retributivo del convenio de empresa no puede afectar retroactivamente a los salarios ya devengados a su entrada en vigor[162].

Debe subrayarse, en todo caso, que la legitimación para negociar convenios de empresa corresponderá a los sujetos colectivos, sindicales o unitarios, que representen a la totalidad de trabajadores de la empresa, en aplicación del principio de correspondencia, de manera que no podrá negociarse un convenio de empresa por los comités de empresa de alguno o algunos de sus centros de trabajo, porque se quebraría el principio de correspondencia[163].

La doctrina científica se ha dividido nuevamente entre quienes entienden que la regulación legal afecta a la estructura de la negociación colectiva, encomendada a la autonomía colectiva en el art. 83 ET, por lo que se han planteado quejas a la OIT por CCOO y UGT, así como un recurso de inconstitucionalidad y los que consideran que el derecho de la negociación colectiva, regulado en el art. 37.1 ET, es una garantía institucional, cuya finalidad es promocionar el derecho de libertad sindical, que debe garantizarse por el legislador pero no de una manera concreta, siempre que no se traspase su núcleo esencial[164].

---

a parte de sus retribuciones en las vacaciones de 2015, a cambio de dos incrementos salariales en 2016, que compensan las pérdidas citadas, de manera que, si se negocia un convenio de empresa, que minore el régimen retributivo del sectorial, lo que podrá hacer desde su vigencia, la empresa tendrá que satisfacer los complementos salariales del convenio de 2015, que se integran en el convenio impugnado, para asegurar el equilibrio alcanzado por los negociadores. Se descarta, del mismo modo, la ilegalidad de la subrogación convencional, pactada en el convenio sectorial, que no está sometida a la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Voto particular (SAN 6-07-2016, proced. 133/16, ROJ: SAN 2758/2016).

[162] STSJ Cataluña 7-02-2017, rec. 337/17).

[163] SAN 5-09-2014, proced. 167/2014; SAN 17-02-2015, proced. 326/2014; SAN 9-03-2015, proced. 272015; SAN 12-03-2015, proced. 7/2015; SAN 4-05-2015, proced. 62/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015; SAN 24-04-2013, proced. 79/2013; SAN 11-09-2013, proced. 219/2013; SAN 16-09-2013, proced. 314/2013; SAN 25-09-2013, proced. 233/2013; SAN 13-11-2013, proced. 424/2013; SAN 29-01-2014, proced. 431/2013; SAN 5-02-2014, proced. 47/2013; SAN 17-02-2014, proced. 470/2013; SAN 28-03-2014, proced. 33/2014; SAN 13-06-2014, proced. 104/2014; SAN 30-06-2014, proced. 80/2014; SAN 8-09-2015, proced. 175/2015; SAN 15-09-2015, proced. 126/2015; 17-09-2015, proced. 169/2015 y 190/2015; 23-09-2015, proced. 191/201 y 25-11-2015, proced. 281/2015; STS 11-01-2017, rec. 24/16, confirma SAN 17/09/15; STS 7-03-2017, rec. 58/16, Roj: STS 1140/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1140, confirma SAN 17-11-2015; STS 27-03-2017, rec. 126/16, Roj: STS 1279/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1279, confirma SAN 17-12-2015; STS 15-02-2017, rec. 75/16, Roj: STS 829/2017 - ECLI:ES:TS:2017:829, confirma SAN 9-10-2015; STS 14-03-2017, rec. 105/16, Roj: STS 1416/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1416, confirma SAN 17-09-2015; STS 18-04-2017, rec. 154/16, Roj: STS 1992/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1992, confirma SAN 10-03-2016; STS 3-05-2017, rec. 123/16, confirma SAN 20-01-2016; SAN 5-05-2017, proced. 69/17, ROJ: SAN 1822/2017; SAN 11-05-2017, proced. 106/17, ROJ: SAN 1815/2017; STS 20-06-2017, rec. 177/16, confirma SAN 3-03-16; STS 6-06-2017, rec. 204/16, Roj: STS 2472/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2472; SAN 10-07-2017, proced. 160/17, ROJ: SAN 2920/2017).

[164] Goerlich Peset, obra citada.

Se ha defendido, por consiguiente, que el legislador tenga una amplia libertad a la hora de decidir sobre el modelo de negociación colectiva, por lo que se ha interpretado tan constitucional el modelo precedente, que daba prioridad absoluta a los acuerdos marco, como el actual, que prima en algunas materias al convenio de empresa, sin bloquear el de otros ámbitos. El Tribunal Constitucional ha asumido la tesis flexibilizadora y ha validado la reforma, al considerar que la inaplicación de convenios está sometida también a la negociación colectiva y se fundamenta en la concurrencia de causas, que deberán ser adecuadas a la intensidad de las causas, aplicándose, al efecto, la razonabilidad y la proporcionalidad[165].

La jurisprudencia ha dejado claro, no obstante, que la prioridad aplicativa, regulada en el art. 82.3 ET, se predica de los convenios de empresa y/o de grupos de empresa o empresas en red, lo cual excluye a los convenios de ámbito inferior a la empresa, como los convenios de centro de trabajo[166], así como los convenios que afecten a los centros de trabajo en una comunidad autónoma y no en todos sus centros[167], ni cabe apoyarla tampoco en la adhesión extraestatutaria al convenio de otra empresa[168].

Los acuerdos interprofesionales continuarán siendo instrumentos específicos de la negociación colectiva, cuya función principal será alcanzar acuerdos para convenir (TS 5-05-2008, RJ 2008\5067), aunque nada les impedirá alcanzar acuerdos sobre materias concretas (TS 10-07-2007, RJ 2007\7112), si bien ya no tendrán el control pleno sobre la estructura de la negociación colectiva[169], puesto que el nuevo art. 84.2 ET les impide disponer sobre la

[165] STCo. 109/2014, de 16 de junio y STCo. 8/2015, de 22 de enero.

[166] STS 22-09-2016, rec. 248/15.

[167] STS 9-05-2017, rec. 115/16.

[168] Reclamada la nulidad de la decisión unilateral de la empresa de reducir el número de días de vacaciones disfrutados por los trabajadores afectados por el conflicto. Se estima de oficio la falta de legitimación pasiva de una de las empresas demandadas, porque no es empleadora de dichos trabajadores. Se desestima la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda, porque se trata de una pretensión clásica de conflicto colectivo, en la que no se pretende la individualización posterior. Se desestima, así mismo, la excepción de falta de acción, porque el conflicto propuesto es un conflicto jurídico actual, que exige la interpretación de convenios y acuerdos de empresa, que afecta indiferenciadamente al colectivo de trabajadores. Se estima la demanda, porque el convenio sectorial asegura el mantenimiento de las vacaciones al personal subrogado, lo cual significa que no puede disminuirse por convenio de empresa, que tampoco tendría preferencia aplicativa en esta materia. En el caso debatido el acuerdo, en el que se apoya la empresa, para disminuir las vacaciones, es la adhesión extraestatutaria a un convenio de otra empresa, que no podría prevalecer, en ningún caso, frente al convenio sectorial aplicable, debiendo subrayarse, a mayor abundamiento, que el propio convenio garantiza ad personam el régimen de vacaciones derivado de la subrogación (SAN 13-07-2017, proced. 184/17, ROJ**:** SAN 2925/2017).

[169] Sala Franco: "La reforma de la negociación colectiva".

prioridad aplicativa de los convenios de empresa, regulada en dicho apartado, lo que significa, en la práctica, que podrán negociar sobre la estructura y la articulación de la negociación colectiva, pero lo acordado en dicha sede no podrá prevalecer sobre los convenios de empresa, que podrán apartarse de lo pactado en los aspectos esenciales de la negociación colectiva, de manera que la excepción, contenida en el art. 84.2 ET, es de tal intensidad que ha vaciado de contenido la regla general, según la cual la estructura de la negociación colectiva correspondía a la negociación colectiva al máximo nivel[170], aunque la regla general de no afectación del convenio anterior por el posterior se mantendrá en los aspectos no contenidos en el listado del art. 84.2 ET[171] y también entre convenios de empresa y convenios de grupos de empresas y empresas en línea[172], puesto que la prioridad aplicativa de estos convenios se proyecta únicamente frente a los convenios sectoriales. Por el contrario, cuando se incluya en el ámbito funcional de un convenio sectorial una actividad con convenio propio, vigente en el momento de suscribir el convenio sectorial, procederá inaplicar los aspectos conflictivos del convenio sectorial durante la vigencia del convenio precedente[173].

La legitimación, exigida para convenir acuerdos interprofesionales, requiere que se suscriban por organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal, o de Comunidad Autónoma, quienes deberán acreditar las legitimaciones, exigidas por los arts. 87, 88 y 89 ET, así como cumplir todos los requisitos formales del Título III ET, para que estos acuerdos desplieguen eficacia normativa, ya que si no es así no estaríamos propiamente ante un acuerdo interprofesional[174], de manera que si los firmantes del convenio no ostentan la condición de más representativas no estarán legitimadas para ordenar la negociación colectiva sectorial, ni establecer reglas de concurrencia[175].

Conviene resaltar que los instrumentos para ordenar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia se extienden a los convenios sectoriales estatales o autonómicos y lo que es más relevante, los sujetos legitimados para ello, quienes ya no estarán obligados a ser sindicatos o asociaciones patronales más representativas a nivel estatal o autonómico, bastando con que ostenten la legitimación exigida por el art. 87.2 ET en el ámbito de cada sector[176].

---

[170] Gorelli Hernández, J., obra citada.
[171] Mercader Uguina, J., obra citada.
[172] Gorelli Hernández, J., obra citada.
[173] STS 30-09-2014, rec. 50/2013.
[174] SAN 23-09-2010, proce. 120/2010.
[175] STS 26-01-2012, rec. 185/10.
[176] TS 22-07-2007, RJ 2007\7112.

La segunda excepción tiene que ver con los convenios autonómicos, aunque deberá tenerse presente, en todo caso, que los requisitos constitutivos, para que los acuerdos interprofesionales o los convenios sectoriales de Comunidad Autónoma puedan afectar a los convenios de ámbito estatal, son que el acuerdo interprofesional o el convenio de ámbito estatal no lo impida, que los negociadores ostenten las legitimaciones cualificadas de los arts. 87 y 88 ET y que respeten las materias no negociables, contempladas en el art. 84.4 ET, salvo que dispongan lo contrario los acuerdos interprofesionales[177], debiendo tenerse presente, en todo caso, que será aplicable la regla general de concurrencia entre acuerdos interprofesionales o convenios estatales y autonómicos, primando el convenio previo sobre el posterior[178]. Se ha defendido, al respecto, la legitimidad de negociar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia de convenio en el ámbito estatal, sin que dicha negociación vulnere el derecho a la libertad sindical de los sindicatos más representativos a nivel autonómico, puesto que están legitimados para negociar también los convenios estatales[179]. Se ha admitido que un convenio sectorial, pactado por sujetos debidamente legitimados, pacten la estructura de la negociación colectiva y reserven para el ámbito estatal materias, que podrían haberse negociado en otros ámbitos, en un sector en el que nunca hubo negociación en el ámbito autonómico y la negociación provincial estaba prácticamente abandonada[180].

[177] TS 26-01-2012, rec. 185/2010, confirma SAN 27-09-2010.

[178] Asociación gallega de residencias de la tercera edad: la interrelación del convenio colectivo estatal y convenio colectivo autonómico y su régimen de ultra actividad en relación con la eficacia de la prohibición de concurrencia de convenios es disponible en la negociación colectiva (arts. 86.1 y 3 ET).- La prohibición de afectación de un convenio durante su vigencia ex art. 84 ET ha de relacionarse con la posibilidad de cambio de la unidad de negociación ex art. 83.1 ET. Se mantiene aplicable, no obstante, el convenio autonómico y no el estatal, porque los negociadores del primero acordaron, que se mantendría vigente mientras no se alcanzase acuerdo para su renovación, lo que era posible legalmente en el momento de su negociación, con arreglo al art. 86.3 ET vigente en el año 2007, fecha del convenio colectivo autonómico cuestionado (STS 24-04-2012, rec. 141/2011).

[179] SAN 28-09-2016, proced. 211/16.

[180] Impugnado el convenio colectivo estatal del sector de colectividades por un sindicato autonómico más representativo, se estima falta de acción sobre las pretensiones, contenidas en el suplico de la demanda, en las que pide que la Sala promueva cuestión de prejudicialidad o cuestión de constitucionalidad, porque la promoción de ambas cuestiones es potestad del órgano judicial, sin que quepa introducirlas en el suplico de la demanda. Se concluye que los preceptos impugnados traen causa en la regulación estatutaria de la negociación de la estructura de la negociación colectiva y de las reglas de concurrencia de convenios, así como en el V ALEH, negociado conforme al art. 83.2 ET (42) , que no fue impugnado y vincula a los negociadores del convenio impugnado. Se descarta que los arts. 84.3 y 4 y 85.3.e ET vulneren la Constitución, ni los tratados suscritos por España, ni tampoco el ordenamiento jurídico comunitario. Se desestima la ilegalidad de los preceptos impugnados, porque encuentran acomodo en el ordenamiento jurídico vigente (SAN 28-09-2016, proced. 211/16).

Los convenios sectoriales no pueden concurrir conflictivamente con otros convenios sectoriales, aunque éstos estuvieran en situación de ultractividad, por cuanto así lo dispone la ley, especialmente cuando se demuestra que la unidad negociadora antes dicha no estaba abandonada, alcanzándose acuerdo antes de concluir el plazo de ultractividad[181].

Las dudas sobre la posibilidad de negociar un convenio de empresa sobre las materias tasadas durante la vigencia de un convenio de ámbito superior, han sido despejadas por el art. 84.1 del proyecto de ley, donde queda claro que podrá negociarse durante la vigencia del convenio de ámbito superior y su aplicabilidad será preferente respecto del convenio de ámbito superior. Por dicha razón, si el convenio sectorial estatal prevé su prevalencia en determinadas materias sobre el convenio de empresa, la consecuencia será la nulidad de dicha limitación[182], sin que quepa mantener las limitaciones al convenio de empresa, durante la vigencia del convenio sectorial previo a la reforma, por razones de jerarquía normativa, lo que no impedirá ajustar el convenio a la nueva regulación legal[183]

### 3.1. La vigencia del convenio, la gestión del desacuerdo y los límites de la ultractividad

La vigencia del convenio, regulada en la Ley 3/2012, de seis de julio, está condicionada a un tope máximo, según el cual la perderá al año de su denuncia por los sujetos legitimados[184], que se convierte, de este modo, en requisito constitutivo para el cómputo del plazo antes dicho[185], si no se hubiere

[181] Reclamada, por el procedimiento de impugnación de convenio, la nulidad un convenio sectorial, porque concurría con otro convenio sectorial vigente, se estima parcialmente dicha pretensión y se concluye, que el convenio concurre conflictivamente con otro convenio sectorial, que estaba vigente desde la constitución de la comisión negociadora del convenio impugnado hasta su firma, aunque estuviera en situación de ultractividad, por cuando la regulación legal deja perfectamente claro que el convenio permanece vigente durante un año desde su denuncia, lo cual sucedió aquí, puesto que el convenio se firmó finalmente antes de transcurrir el plazo antes dicho, descartándose, en cualquier caso, que la unidad negociadora estuviera abandonada. Se ordena, consiguientemente, la inaplicación del convenio concurrente, pero no su nulidad, porque la ley no impone dicha medida. Se descarta también que los negociadores del convenio carecieran de las legitimaciones exigidas, puesto que la demandante no destruyó la presunción de concurrencia de legitimaciones, reconocidas mutuamente por los negociadores del convenio y validadas por la Autoridad Laboral tras un expediente administrativo muy laborioso (SAN 24-04-2017, proced. 94/17, ROJ: SAN 1443/2017).

[182] STS 8-07-2014, rec. 164/2013, confirma SAN 12-12-2012.

[183] Mercader Uguina, J., obra citada.

[184] STS 2-12-2016, rec. 14/16, Roj: STS 5619/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5619

[185] Pretendiéndose la aplicación del convenio sectorial por la supuesta pérdida de vigencia del convenio colectivo de empresa, se desestima la demanda, porque el requisito constitutivo, para que el convenio colectivo pierda su vigencia, es que haya sido denunciado y que transcurra el plazo de un año. La denuncia no se presume, sino que ha de acreditarse su existencia. No

alcanzado acuerdo o se hubiere dictado laudo arbitral, salvo pacto en contrario, lo que parece desmentir que el plazo de vigencia sea innegociable[186], en cuyo caso se aplicará el convenio de ámbito superior si lo hubiere[187]. En los convenios colectivos, denunciados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, el plazo del año se computará desde su entrada en vigor (DT 4ª de la Ley 3/2012, de seis de julio)[188]. En cualquier caso, no cabe extender los derechos, reconocidos en convenio, como los incrementos retributivos anuales, más allá del período de vigencia pactado[189].

La nueva regulación pretende impulsar la negociación y evitar la petrificación de los convenios, aunque la gestión inadecuada de los tiempos puede provocar un incremento importante de la conflictividad, especialmente cuando no se alcancen acuerdos sectoriales provinciales y no haya convenios de ámbito superior, lo que obligará a los negociadores a moverse con la máxima prudencia y lealtad para alcanzar acuerdos y evitar vacíos, ya que las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.

Debe tenerse presente que la vigencia del convenio, una vez denunciado y concluida su plazo, será la que determinen las partes[190], si bien durante las negociaciones para su renovación, salvo pacto contrario, se mantendrá su vigencia, aunque las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados para adaptarlos a las circunstancias actualizadas en el sector o en la empresa, que tendrán la vigencia que las partes determinen. Corresponderá a la comisión negociadora pactar la prolongación de la vigencia del convenio, que se mantendrá en los términos pactados, sin que quepa prolongar

puede entenderse como denuncia tácita el inicio de negociaciones para un nuevo convenio en sustitución del anterior, por cuanto cabe negociar un nuevo convenio durante la vigencia del anterior y además se exigía que la denuncia se formalizara por escrito lo cual no se acreditó (SAN 4-09-2014, proced. 153/2014).

[186] Mercader Uguina, J., obra citada.

[187] Se desestima la demanda, porque el convenio de empresa estaba vigente al entrar en vigor el convenio sectorial, que está actualmente en ultractividad, lo que no sucede con el de empresa. Aunque se admite que la actividad de handling de la empresa se subsume en los ámbitos funcional y personal del convenio, cuya legalidad no ha sido cuestionada, se descarta su aplicabilidad a la empresa, puesto que su legitimación para negociar la estructura de la negociación colectiva y los principios aplicativos entre los diferentes convenios se proyecta hacia el futuro y no puede afectar a convenios vigentes negociados en la situación precedente (SAN 22-06-2016, proced. 147/16, ROJ: SAN 2637/2016).

[188] Mercader Uguina, J., obra citada.

[189] STS 15-07-2014, rec. 220/2013; STS 18-11-2016, rec. 102/16 y STS 18-07-2017, rec. 1532/15.

[190] SAN 3-02-2012, proce. 4/12, ROJ 505/2012

su vigencia hasta el nuevo convenio, si no fue esa la voluntad de sus negociadores[191].

El art. 86.3 ET remite, para la gestión del desacuerdo, a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, que deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91, requiriéndose a dichos acuerdos especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes, entendiéndose, en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio, debiendo resaltarse que el art. 8 del V ASACL ha optado expresamente por el arbitraje voluntario.

La nueva regulación de la ultractividad supone, según las tesis liquidacionistas, que el convenio decaerá íntegramente, cuando no se alcance acuerdo un año después de su denuncia (art. 86.3 ET), o al año de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 (DT 4ª), en cuyo caso se aplicará, si existiese, el convenio de ámbito superior y en su defecto el convenio dejará de producir ningún efecto, colocando a la empresa en "anomia convencional"[192], puesto que ha perdido su vigencia (art. 82.3 ET), supondrá que los derechos y obligaciones para ambas partes, causadas en el convenio colectivo decaído, se verán frontalmente afectadas.

Estudiaremos, a continuación, por tratarse de las cuestiones más conflictivas en la aplicación del art. 86.3 ET, en qué momento puede convenirse pacto en contrario. Veremos después qué consecuencias producirá el nuevo art. 86.3 ET, en relación con la DT 4ª Ley 3/2012, sobre los convenios colectivos, que hubieren pactado otros plazos de ultractividad con anterioridad

[191] Impugnados dos acuerdos, por lo que se acordó mantener la ultractividad de dos convenios colectivos, se desestima dicha pretensión, puesto que se acreditó que la decisión fue tomada por la mayoría de las comisiones negociadoras, de manera que, adoptado por la Comisión Negociadora válidamente constituida un acuerdo expreso de prolongar la ultraactividad de la regulación convencional hasta el 15 de septiembre de 2013, no puede pretenderse como interesa el recurrente que los Convenios permanezcan vigentes hasta la entrada en vigor del nuevo convenio que los sustituya (STS 20-12-2016, rec. 9/16, Roj: STS 5809/2016 ECLI:ES:TS:2016:5809).

[192] Sala Franco: La duración y la ultractividad…

a la reforma. Reflexionaremos después sobre qué consecuencias provocará en la previsión social complementaria, originada en el convenio decaído, la aplicación de un convenio de ámbito superior. Valoraremos finalmente qué supondrá para las mejoras voluntarias la imposibilidad de aplicar un convenio de ámbito superior.

Conviene destacar, en primer lugar, que la finalidad de las reformas, impulsadas por la Ley 3/2012, en materia de negociación colectiva responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo para la adaptación de las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa, habiéndose entendido que el bien jurídico, perseguido por la adaptabilidad, es la competitividad de las empresas[193]. En la búsqueda de ese objetivo, evitar la petrificación de los convenios colectivos se constituye en un instrumento más para alcanzar dicha finalidad, que se satisface esencialmente mediante la nueva regulación del art. 82.3 ET que, a diferencia de la regulación precedente, ha encontrado un cauce adecuado para gestionar los desacuerdos en los procedimientos de inaplicación de convenios, cuyos resultados son absolutamente positivos, como anticipamos más arriba.

La nueva regulación de la ultractividad tiene por finalidad que se negocien más y mejores convenios en plazos más breves que ahora, entendiéndose por mejores convenios aquellos que permitan una mejor adaptación de la empresa a los requerimientos de la demanda, porque este es el presupuesto para asegurar los derechos de sus trabajadores, lo cual permite descartar que dicha regulación pretenda bloquear la negociación colectiva, o provocar vacíos regulatorios[194]. Ciertamente, la norma pone en valor evitar la "petrificación" de los convenios colectivos, pero dicha medida no constituye un fin en si mismo, como lo es la adaptabilidad de las empresas a los requerimientos del mercado, puesto que el propio art. 86.3 ET contempla el pacto en contrario, lo que supone ni más ni menos, al igual que la prórroga anual, si no se produce denuncia por ninguna de las partes (art. 86.2 ET), que las partes han considerado, en estos supuestos, que la continuidad del convenio es positiva para la empresa y los trabajadores. Consiguientemente, las soluciones, promovidas por la nueva regulación de la ultractividad, procuran incentivar una negociación colectiva más rápida y más adaptada a los requerimientos de la demanda, lo que no estará siempre reñido con la prórroga o con una mayor ultractividad del convenio.

[193] Blasco Pellicer: El convenio…

[194] Casas; Rodríguez-Piñero y Valdés Dal-Ré: El agotamiento de la ultractividad del convenio colectivo

### 3.2. En qué momento puede convenirse pacto en contrario sobre la regla general de la ultractividad

Algunos sectores de la doctrina han defendido, apoyándose en la interpretación literal del art. 86.3.1 ET, que no cabe pactar en contrario una regla distinta a la general sobre la ultractividad del convenio, que no se contenga en el propio convenio. Dicho criterio comportaría en la práctica restar poder a la autonomía colectiva y promovería precisamente lo que nadie parece desear -la pérdida de vigencia del convenio- por lo que se ha considerado rigorista[195], entendiéndose, por tanto, que el "pacto en contrario" puede ser alcanzado por los sujetos legitimados en cualquier momento del proceso negociador[196]. Se ha defendido, en todo caso que, pese a la desafortunada redacción del art. 86.3 ET, el período de ultractividad empieza a computar desde que concluye la duración del convenio colectivo[197].

Debe destacarse, por otra parte, que el art. 86.3 ET dispone que durante las negociaciones de un convenio, salvo pacto en contrario, se mantendrá vigente el convenio, excepto las cláusulas convencionales mediante las que se renunció al derecho de huelga. Dos son, por tanto, los requisitos exigibles: que se esté negociando el convenio y que no se haya pactado su pérdida de vigencia, de manera que, si las partes convinieron en acuerdo de mediación ante el SIMA, que se mantendría vigente el convenio hasta el 31-12-2013, mientras se negociaba su renovación, sin promover propiamente una nueva negociación, sino retomando la precedente con una fecha de vencimiento, que concluyó sin acuerdo, el convenio perdió absolutamente su vigencia en la fecha convenida[198].

### 3.3. Las consecuencias jurídicas de los pactos de ultractividad contenidos en convenios anteriores a la reforma

Un sector importante de la doctrina científica[199] ha negado valor a los pactos de ultractividad, contenidos en los convenios colectivos previos a la reforma, porque la reforma cambia radicalmente el modelo de ultractividad, por lo que los negociadores del convenio no pudieron prever las consecuencias de los citados pactos. Entienden estos autores que si se subsumieran los acuerdos de estos convenios en el pacto en contrario, contemplado en el art. 86.3 ET, se vaciaría de contenido la reforma, porque dichas cláusulas eran simplemente cláusulas de "corta y pega"[200].

---

[195] Mercader Uguina, obra citada

[196] Sala Franco, obra citada.

[197] Sala Franco: La duración y la ultractividad…

[198] SAN 31-03-2014, proced. 37/2014.

[199] Goerlich Peset: Régimen de la negociación colectiva; de los convenios colectivos.

[200] Blasco Pellicer: Diez problemas aplicativos de la ultractividad" legal de los convenios colectivos.

La regulación precedente de la ultractividad, al igual que la actual, daba preferencia absoluta a lo que decidieran las partes, quienes podían pactar una ultractividad indefinida o ninguna en todas o en parte de las materias negociadas en el convenio[201], aunque la norma disponía qué, si las partes no regulaban de ningún modo la ultractividad, se mantenían vigentes las cláusulas normativas del convenio, habiéndose entendido por la jurisprudencia, que los pactos de ultractividad eran dispositivos en la regulación precedente, por lo que habrá de estarse a lo convenido en la misma[202]. En la regulación actual, el régimen de ultractividad se mantiene íntegramente disponible para las partes, si bien precisa que, si no se alcanzara acuerdo o no se dictara laudo arbitral en los plazos ya indicados, el convenio perdería vigencia al año de la denuncia, o al año de la entrada en vigor de la Ley 3/2012. La regla general - disponibilidad de la vigencia por las partes- es idéntica, mientras que antes se desplegaba la ultractividad, si las partes no pactaban lo contrario y ahora el convenio pierde vigencia, si las partes no pactan lo contrario.

No es cierto, por tanto, que se aplicara mecánicamente la ultractividad en la regulación precedente, puesto que solo se aplicaba del modo en que lo dispusieran las partes o en defecto de regulación en la materia[203]. Por consiguiente, si en los convenios colectivos anteriores a la reforma las partes convinieron un régimen concreto de ultractividad, aunque nada les impedía haber negociado que no hubiera ningún tipo de ultractividad en el convenio[204], no hay razón para que dichos pactos no puedan integrarse en el "pacto en contrario", regulado en el art. 86.3 ET, sin que dicha conclusión pueda verse afectada por la DT 4ª Ley 3/2012, por cuanto dicha norma se limita a fijar un plazo límite de ultractividad para los convenios ya denunciados, pero no limita ni excluye los pactos sobre ultractividad que pudieran contener[205]. De ese modo se ha defendido por sectores importantes de la doctrina[206], entendiéndose que los pactos de ultractividad del convenio colectivo habidos con anterioridad a la reforma, continúan vigentes, dado el carácter dispositivo que tenía y sigue teniendo la ultractividad después de la reforma[207].

Así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina judicial, quien ha subrayado que, si el legislador hubiera querido dejar sin efecto dichos acuerdos,

[201] STS 29-04-2003, rec. 126/2002; STS 22-12-1998, rec. 1545/1998; STS 19-06-2009, rec. 10372008; STS 24-04-2012, rec. 141/2012.

[202] STS 8-07-2014, rec. 164/2013, confirma SAN 12-12-2012.

[203] Lahera Forteza: Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la reforma laboral.

[204] STS 29-01-2013, rec. 49/2012.

[205] Casas Baamonde: La pérdida de la ultractividad en los convenios colectivos.

[206] Martínez Moreno: La vigencia del convenio colectivo estatutario.

[207] Sala Franco: La ultractividad de los convenios colectivos.

lo habría hecho así[208], lo que ha sido avalado por la jurisprudencia[209]. Parece claro, por tanto, que el régimen de protección social complementaria, negociado en convenios colectivos, que regularon un régimen específico de ultractividad, deberán mantenerlo en sus propios términos[210], por cuanto esa fue la voluntad de los negociadores del convenio[211]. También se ha dado valor a estos acuerdos anteriores a la reforma para los convenios colectivos franja[212].

En cualquier caso, cuando se prorrogue el convenio sectorial, en el que se pactó una revisión salarial acotada en el tiempo, no cabe aplicar los incrementos pactados para ese período a períodos posteriores, aunque se trate de una cláusula normativa, por cuanto está referida a un período de tiempo concreto[213]

### 3.4. La aplicación del convenio de ámbito superior

El art. 86.3 ET dispone que transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un nuevo laudo arbitral, aquel perderá su vigencia, salvo pacto en contrario y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación[214]. La aplicación del convenio de ámbito superior planteará múltiples problemas de identificación, por lo que parece recomendable que las partes determinen en la negociación colectiva qué convenio de ámbito superior sería aplicable en este supuesto, lo que ya está sucediendo[215]. Caso contrario, habrá que determinar qué convenio es aplicable funcional o territorialmente, lo cual planteará múltiples problemas, puesto que los ámbitos convencionales suelen utilizar cláusulas de corta y pega, lo que deja fuera de juego múltiples

[208] SAN 23-07-2013, proced. 205/2013.

[209] STS/IV de 17-marzo-2015 (RC. 233/2013)(STS 26-04-2016, recud. 2102/14.

[210] SAN 20-01-2014, proced. 395/2013; SAN 20-01-2014, proced. 395/2013; STSJ País Vasco 11-02-2014, rec. 186/2014 y 18-03-2014, rec. 418/2014; STSJ Madrid 17-02-2014, rec. 1393/2013 y 7-03-2014, rec. 1768/2013; STS/IV de 17-marzo-2015 (RC. 233/2013)(STS 26-04-2016, recud. 2102/14).

[211] Discutida la vigencia por ultraactividad del XVII Convenio Colectivo de la empresa TRAGSA, pactado para el periodo 2.011-13, antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, en el que se contenía una cláusula de continuidad o prórroga después de terminada su vigencia, que se interpreta como integrante de la expresión del art. 86.3 ET de "salvo pacto en contrario" a efectos de extensión más allá del año que previó la Ley 3/2012, se declara vigente el convenio colectivo y se reitera doctrina elaborada a propósito de Convenios con cláusulas similares y anteriores a la entrada en vigor de la referida norma, SS.TS. 17 de marzo de 2.015 (rec. 233/2013), 2 julio 2015 (rec. 1699/2014), 7 de julio 2015 (rec. 193/2014) y 11 de noviembre de 2.015 (rec. 225/2014), entre otras (STS 26-10-2016, rec. 184/15, confirma SAN 16-02-2015).

[212] STS 13-07-2017, rec. 245/2016.

[213] STS 8-11-2016, rec. 102/16.

[214] STS 18-10-2016, rec. 205/15.

[215] Casas Baamonde, obra citada.

subsectores, siendo especialmente complejo de identificar el aplicable a las empresas de multiservicios, donde deberá entrar en juego el que se cohoneste con la actividad dominante[216]. Dicha complejidad obligará razonablemente a la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, entre cuyas funciones, conforme al art. 12 RD 1362/2012, se encuentra emitir dictámenes no vinculantes sobre la materia[217].

Parece claro, en todo caso, que los convenios concurrentes de ámbito superior, serán aplicables cuando transcurra el plazo máximo de ultractividad, sin que quepa aplicar un convenio de ámbito superior, cuyo ámbito funcional y personal no concordara con el convenio que perdió su vigencia[218]. Por el contrario, serían aplicables convenios colectivos concurrentes, cuando pierda vigencia el convenio colectivo aplicable, sin que quepa, en dichos supuestos, aplicar el convenio de ámbito superior, porque no se producirá vacío convencional[219].

Por lo demás, será extremadamente complicado ajustar las previsiones del convenio de ámbito superior a la unidad decaída en múltiples materias, especialmente las de protección social, por cuanto las mejoras voluntarias tienen múltiples regulaciones, que pueden ser contradictorias entre si, especialmente cuando decaiga un convenio de empresa, que contenga compromisos por pensiones o seguros colectivos externalizados (DA 1ª del RDL 1/2002), puesto que los convenios sectoriales no suelen contemplar compromisos por pensiones. Cabe, incluso, que el convenio de ámbito superior no contemple ningún tipo de mejora voluntaria, lo que supondría según algún sector de la doctrina[220] la aplicabilidad de la normativa general, mientras que otros sectores han defendido que los sistemas voluntarios de previsión social, cuyo alcance ordinario es superior al del convenio colectivo que los establece y regula, están incorporados así mismo a los instrumentos jurídicos contractua-

[216] STS 3-10-2003, rec. 17/2012.

[217] Blasco Pellicer, obra citada.

[218] Pérdida de vigencia del convenio colectivo de fabricación de helados por finalización del periodo de ultraactividad. Aplicación del convenio superior. Concepto de convenio superior y exigencia de que se trate de un convenio previamente concurrente. Aplicación de otros convenios concurrentes y primacía del convenio superior en estos supuestos. Contractualización de las condiciones del convenio cuya vigencia termina: desestimación por cuanto la pretensión se formula de manera vinculada a la primera que se ha desestimado. Inconcreción de lo pedido en la demanda en el aspecto material (condiciones cuya pervivencia se afirma) y subjetivo (trabajadores a los que se siguen aplicando). Falta de legitimación de la patronal demandada. Al desparecer el convenio colectivo la patronal deja de tener la representatividad del conjunto del sector que derivaba de la protección legal de su papel negociador y las pretensiones habrán de dirigirse contra las concretas empresas (SAN 31-03-2014, proced. 36/2014).

[219] SAN 31-03-2014, proced. 36/2014

[220] Sala Franco, obra citada.

les utilizados para su organización (planes de pensiones, contratos de seguro colectivo o Mutualidades de Previsión Social), manteniéndose, en su caso, las obligaciones y responsabilidades de las empresas, así como los partícipes/asegurados/beneficiarios, en los términos establecidos en esos instrumentos, por mucho que su causa derive del convenio colectivo que ha perdido vigencia[221], entendiéndose, en todo caso que, si en el convenio de ámbito superior no se contemplan las mejoras voluntarias derivadas del convenio decaído, no debería haber limitación para su negociación autónoma, aunque se aplique el convenio superior[222]. Se ha reflexionado sobre la posibilidad de recuperar derechos derivados del convenio decaído, entre los que podría encontrarse la protección social complementaria, si en el convenio de ámbito superior se contienen cláusulas de garantía de derechos previos, lo que se ha descartado con carácter general, por cuanto la mayoría de estas cláusulas se refieren a derechos o condiciones adquiridos a título personal, pero dependerá, en última instancia, de la propia redacción del precepto[223].

Se ha admitido, no obstante, la aplicabilidad de convenios colectivos superiores diferenciados, cuando sean aplicables a la unidad de negociación decaída, siempre que no sean concurrentes entre si, porque regulen materias diferentes[224]. Caso de existir concurrencia, se deberá aplicar el convenio más antiguo, salvo que concurran las excepciones contempladas en el art. 84 ET. Finalmente, se ha defendido que la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior impedirá la aplicación sobrevenida de cualquier otro, incluido el de la unidad decaída[225], cuestionándose dicha tesis por otro sector de la doctrina, quien defiende que la aplicación del convenio de ámbito superior no es propiamente una sucesión de convenios, tratándose únicamente de una herramienta legal para evitar el vacío de regulación, lo cual comporta que, si los negociadores del convenio decaído, alcanzaran finalmente acuerdo, no estaría afectado propiamente por el principio de no concurrencia de convenios, por cuanto la aplicación del convenio de ámbito superior no deriva propiamente de la negociación colectiva[226].

En cualquier caso, la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior constituye un problema complejo, a tal punto que la STS 22-12-2014, rec. 264/2014 ha identificado múltiples dudas interpretativas sobre su aplicación:

---

[221] Casas, Rodríguez-Piñero y Valdés-Dal Ré, obra citada.

[222] Casas Baamonde, obra citada, pág. 21.

[223] Blasco Pellicer, obra citada.

[224] Sala Franco, obra citada que se apoya en STS 2-02-2004 RJ 1069 y 17-05-2004, RJ 4969).

[225] Goerlich Peset; Mercader Uguina, obras citadas.

[226] Casas Baamonde, obra citada.

"*La primera es qué deba entenderse por convenio colectivo de ámbito superior, habida cuenta de que dicho ámbito puede referirse –dejando aparte el ámbito personal y el temporal, a los que también se refiere el artículo 85.3 del ET- bien el ámbito territorial o bien el ámbito funcional. O si se pueden combinar los dos ámbitos para determinar el convenio aplicable. O, si no, cual de ellos debe prevalecer. O si, habiendo varios convenios de ámbito superior –por ejemplo, dos convenios sectoriales, uno provincial y otro estatal, ambos superiores al de empresa que ha perdido su vigencia- debe escogerse como aplicable para sustituirlo el inmediatamente superior o el "de ámbito más superior de todos". Y todo ello, partiendo de la base de que, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, todos los convenios tiene el mismo rango, independientemente de sus respectivos ámbitos más o menos extensos. Las preguntas se podrían multiplicar pero no procede porque, en el caso que se nos plantea, se da como probado que no existe convenio colectivo alguno de ámbito superior al de empresa que ha perdido vigencia por haber finalizado su período de ultraactividad".*

### 3.5. Regulación aplicable cuando no haya convenio de ámbito superior

Sin duda, el problema de mayor envergadura, originado por la nueva regulación de la ultractividad, es que el art. 86.3 ET no prevé las consecuencias de la pérdida de vigencia del convenio, cuando se supere el plazo de ultractividad sin recurrir a soluciones arbitrales y no quepa aplicar un convenio de ámbito superior. La doctrina científica se ha dividido entre quienes entienden que la pérdida de vigencia del convenio comporta la desaparición de los derechos y obligaciones contenidos en el mismo, aplicándose las normas legales y reglamentarias vigentes[227], mientras que otro sector defiende criterios conservacionistas desde diferentes formulaciones[228].

Las posiciones abolicionistas están sólidamente construidas y se apoyan en una idea clara, según la cual el convenio obliga a empresarios y trabajadores durante su vigencia (art. 82.3 ET) de manera que, si el convenio colectivo pierde su vigencia, porque los negociadores no alcanzan acuerdo, o no se produce un laudo arbitral un año después de su denuncia, pierde totalmente su vigencia y debe ser sustituido por las leyes y la regulación reglamentaria del Estado, lo que no constituye, a su juicio, un vacío jurídico[229], puesto que desaparecida la vigencia del convenio, las relaciones laborales pasan a regularse por las demás fuentes contenidas en el art. 3.1 ET[230], lo cual se ha validado por

[227] Goerlich Peset; Mercader; Blasco Pellicer; Sempere; Sala Franco; Varela y otros.

[228] Casas, Rodríguez-Piñero y Valdés-Dal Ré; Lahera Forteza; Martínez Moreno; Molina; Escudero; Fernández y otros muchos.

[229] Mercader y Sempere, obras citadas.

[230] (López Aniorte, 2012, p. 175; Navarro Nieto, 2012, p. 67: Roqueta, 2012.b), p. 44;

algún sector de la doctrina judicial[231], al entender que el art. 86.3 ET y la DT 4ª Ley 3/2012 deben prevalecer, incluso, sobre lo pactado en convenio, por lo que considera irrelevante que en el convenio controvertido se pactara expresamente su mantenimiento. Se entiende, por otra parte que, si no existe un convenio vencido que haya de ser revisado, desaparece la obligación de negociar de buena fe, exigida por el art. 89.1 ET, por lo que, de existir un convenio superior, no puede quedar condicionado por la preexistencia del convenio en razón de tal desaparición, por lo que las reglas del art. 84 ET serán perfectamente aplicables[232].

Por el contrario, los defensores de la posición conservacionista han defendido en algunos casos que la pérdida de vigencia del convenio colectivo estatutario, lo convertiría en convenio extraestatutario[233], por lo que perdería su eficacia normativa, pero no su eficacia contractual; se ha defendido también que "para la decadencia del convenio colectivo... es imprescindible que la autonomía colectiva aporte soluciones alternativas, que den cobertura a los trabajadores afectados", manteniéndose la ultraactividad en caso contrario[234]; el tercer bloque conservacionista ha mantenido, al menos para los trabajadores contratados antes de la reforma, que las condiciones existentes en el convenio pasarían a formar parte de sus contratos de trabajo[235], pudiendo, en su caso, modificarse mediante acuerdos colectivos o individuales entre las partes, o a través del procedimiento del art. 41 ET[236].

Las posiciones conservacionistas han sido criticadas desde el otro sector, porque no cabe modificar la naturaleza normativa del convenio estatutario, mediante su conversión en extraestatutario, por cuanto son dos figuras de la negociación colectiva radicalmente diferentes y el convenio extraestatutario solo es aplicable durante su vigencia[237], siendo criterio reiterado y pacífico que los convenios extraestatutarios no generan derechos adquiridos[238]. Se ha criticado, del mismo modo, que no puede mantenerse la ultractividad, porque haya fracasado la negociación colectiva en el plazo legal, porque dicha posi-

Llano, 2012, p. 363; Purcalla/Preciado, 2012, p. 333; Mercader, 2012, p. 454, Llompart, 2012, p. 267; Goerlich, 2013, pp. 34 y 35; Sala, 2013, pp. 19 y 20; Varela, 2013; Sempere, 2012.

[231] STSJ Valladolid 3-04-2014, rec. 278/2014.

[232] Goerlich Peset: La ultractividad de los convenios colectivos.

[233] Escudero: 2012, pág. 54.

[234] Merino 2012, p. 261; OLARTE, 2013, pp. 11 ss

[235] Cruz Villalon.

[236] Cruz, 2012.b], p. 414], Guamán/Illueca, 2012, p. 123, Molina, 2012, p. 157, Toscani, 2012, pp. 95 y 98, Casas, 2013, pp. 24 ss.

[237] Blasco, obra citada.

[238] SS.TS de 11 de Mayo de 2009, Rec. 2509/2008, de 10 de Junio de 2009, Rec. 103/2008, de 16 de Junio de 2009, Rec. 2272/2008 o de 14 de Octubre de 2009, Rec. 625/2009).

ción supondría dejar sin efecto la reforma[239]. Se ha defendido finalmente, que las condiciones convencionales, por tratarse de un convenio colectivo estatutario y por ello de eficacia normativa, no podrán *"contractualizarse"* automáticamente a partir de la pérdida de su vigencia normativa ultra activa, porque dicha alternativa habría de ser establecida por ley, como sucede en Francia, Bélgica y Alemania, o por convenio colectivo[240], sin que quepa adquirir condiciones más beneficiosas por convenio colectivo[241], entendiéndose, por otra parte, que la contractualización del convenio colectivo vigente, salvo que se convenga colectivamente por las partes[242], quiebra el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, sosteniéndose que hay condiciones convencionales, que por su propia regulación general, no admiten contractualización, como los sistemas de clasificación profesional o el régimen disciplinario[243].

Por el contrario, los partidarios de la contractualización consideran que las condiciones laborales se regulan mediante múltiples fuentes: la ley, el convenio colectivo, los acuerdos subsidiarios a convenio, los pactos extraestatutarios, las condiciones más beneficiosas colectivas e individuales y los propios pactos contractuales. Entienden que los empresarios y trabajadores prestan su consentimiento a todas las condiciones derivadas de dichas fuentes, que pasan a formar parte del contrato de trabajo con los consiguientes derechos y obligaciones para las partes, sin que la pérdida de vigencia del convenio, por el fracaso de la negociación colectiva, pueda liquidar mecánicamente las condiciones derivadas del mismo, aunque pierdan su carácter normativo, porque si se hiciera así, se haría ingobernable la empresa, que no dispondría, entre otras herramientas, de sistema de clasificación profesional, lo que difuminaría las obligaciones de los trabajadores, así como su movilidad funcional, ni habría tampoco régimen disciplinario aplicable y se primaría decididamente la autonomía individual frente a la colectiva, que no es, de ningún modo, la intención del legislador, quien pretendía, como anticipamos más arriba, que la nueva regulación de la ultractividad promoviera más y mejores convenios en plazos más ajustados a las necesidades de las empresas[244].

Dichas posiciones, como anticipamos más arriba, han defendido de modo más firme, si cabe, el mantenimiento de los sistemas de previsión social, especialmente cuando protegen derechos, cuyo despliegue supera la duración del convenio[245], defendiendo que las aportaciones a los planes y fon-

[239] Goerlich Peset: La ultractividad de los convenios.
[240] Sala Franco, obra citada, pág. 21
[241] STS 29-10-2012, rec. 204/2012.
[242] SAN 14-06-2013, proced. 177/2013.
[243] Blasco Pellicer, obra citada, pág. 20.
[244] Casas Baamonde, obra citada.
[245] Casas Baamonde, obra citada, pág. 14

dos de pensiones, así como los seguros colectivos deberían mantenerse como condiciones más beneficiosas de origen colectivo en los contratos de trabajo de los trabajadores afectados[246]. Fuere cual fuere la opción, que acepte finalmente la jurisprudencia, parece evidente la necesidad de blindar la previsión social complementaria, tal vez mediante acuerdos sobre medidas concretas, que aseguren su continuidad[247], si se quiere generalizar su utilización, porque si no se hiciere así, de mantenerse la crisis económica, no tendrá demasiado sentido incluir mejoras voluntarias en los convenios colectivos si corren el riesgo de perder su vigencia con el propio convenio, especialmente aquellas mejoras gestionadas por el empresario, que no tendrán posibilidad de movilizarse o rescatarse, como los planes y fondos de pensiones[248] y los seguros colectivos[249].

El problema central, originado en el art. 86.3.4, es que la liquidación del convenio, si esa hubiera sido la tesis aceptada finalmente por la jurisprudencia, no habría promovido el objetivo, perseguido por la reforma, consistente en mejorar y actualizar la negociación colectiva, mediante su adecuación a la realidad cambiante del mercado, sino que habría provocado unos efectos demoledores sobre los contratos de trabajo y habría dejado sin regulación instrumentos decisivos para el funcionamiento de las empresas, como el sistema de clasificación profesional (art. 22 ET), la promoción profesional (art. 24 ET); el modelo de recibo de salarios (art. 29, 1 ET); la distribución irregular de la jornada a lo largo del año (art. 34, 2 ET); el establecimiento del límite máximo de la jornada ordinaria, rebasando el límite máximo de nueve horas (art. 34, 3 ET), el período de vacaciones anuales (art. 38.1 ET), o las reglas de acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla en la empresa (art. 67, 1 ET), así como el régimen disciplinario (art. 54 ET).

Habría producido efectos demoledores para los contratos de trabajo existentes, porque los presupuestos, para la existencia del contrato de trabajo, son la concurrencia de consentimiento de los contratantes, objeto cierto del contrato y causa de las obligaciones que se establezcan (art. 1261 CC) y el objeto del contrato laboral, que en realidad es el objeto de las obligaciones que se asumen por las partes, se origina esencialmente en el convenio colectivo, de manera que su desaparición habría supuesto que el contrato quede sin objeto, o habría perdido, en el mejor de los casos, la certeza, exigida por el art. 1273 CC, sobre el objeto de los contratos. Habría afectado, del mismo modo, a la

[246] Casas Baamonde, obra citada, pág. 21.

[247] Gala Durán, obra citada.

[248] STS 27-09-2010, rec. 2566/2009) y 19-07-2011, rec. 1228/2010.

[249] STS 6-10-2010, recud. 3423/2009

causa de los contratos de trabajo que, al tratarse de contratos onerosos consiste en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte y en los remuneratorios el servicio o beneficio que se remunera, que queda en situación de indefinición al perder vigencia el convenio colectivo. Por lo demás, no debe olvidarse, que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC). Por consiguiente, si las condiciones esenciales del contrato de trabajo, sobre las que se produce el consentimiento, que es el alma del contrato[250], se originan en el convenio, la pérdida de vigencia del mismo supondrá claramente la pérdida de su naturaleza normativa, que ya no podrá imponerse desde fuera del contrato, pero no es irrazonable que las obligaciones, causadas por el convenio, que constituyen esencialmente su objeto y su causa, mantengan su vigencia como manifestación propia de la buena fe contractual de ambas partes.

Es cierto, que la pérdida de vigencia del convenio daría paso a la autonomía individual, mediante la suscripción de nuevos contratos individuales entre las partes, pero dicha alternativa sería extremadamente dificultosa en empresas complejas, en las que sería prácticamente imposible ordenar las relaciones laborales mediante contrataciones individuales en masa, lo cual habría sido fuente inagotable de conflictos. Por lo demás, el contrato de trabajo o el convenio extraestatuario permitirán regular determinados aspectos de las relaciones laborales, pero no viabilizarán la implantación de herramientas clave para el funcionamiento de las empresas, como el sistema de clasificación profesional, el régimen de asensos y otras materias, que exigen acuerdos de eficacia general[251].

La doctrina judicial ha mantenido la vigencia de un convenio provincial, al que se remitía el convenio colectivo sectorial estatal, en aquellos aspectos no regulados por el convenio colectivo estatal, subrayando que concurrían circunstancias específicas, que avalaban dicha tesis[252]. Se entiende, por otra

[250] Castán Tobeñas, J.: Derecho Civil Español Común y Foral.

[251] TS 1-06-2007, RJ 6349 y TS 22-12-2008, rec. 49/08.

[252] Con fecha 8-7-13 la empresa demandada dirigió una comunicación a cada uno de sus empleados y a sus representantes informándoles que el día 7 había terminado el período de vigencia ultra activa del convenio colectivo provincial de hospitalización, clínicas médico-quirúrgicas, y de diagnóstico de Guipúzcoa para los años 1999 y 2000, por el que se venían rigiendo y que a partir de esa fecha el marco regulatorio sería el ET, si bien a los trabajadores en plantilla se les mantendrían temporalmente determinadas condiciones de los Acuerdos colectivos suscritos a nivel de empresa. El Comité de Empresa promovió demanda de conflicto colectivo al estimar que la decisión empresarial entrañaba una modificación sustancial de las condiciones laborales de carácter colectivo, pretensión que fue estimada en la instancia y en suplicación. La sentencia analizada, después de rechazar las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedi-

parte, que se trata de la solución menos gravosa para las partes, puesto que mantiene los derechos básicos de la relación laboral, que pueden, de concurrir causas, modificarse por la vía del art. 41 ET[253], subrayando, en cualquier caso, que el empresario no podía aplicar unilateralmente los aspectos del convenio que le convenían y dejar sin efecto los demás[254]. Por lo demás, no cabe solicitar en procedimiento de conflicto colectivo, promovido por un sindicato contra las asociaciones firmantes del convenio precluido, que se mantengan vigentes las cláusulas del convenio, por cuanto al desaparecer el convenio colectivo la patronal deja de tener la representatividad del conjunto del sector que derivaba de la protección legal de su papel negociador y las pretensiones habrán de dirigirse contra las concretas empresas[255].

### 3.6. La aplicación de facto del convenio colectivo por el empresario

Se ha planteado finalmente la posibilidad de que, vencido el plazo de ultractividad regulado en el art. 86.3 ET, el empresario continúe aplicando el convenio vencido y qué consecuencias pueden derivar de dicha aplicación fáctica. Parece claro, que dicha medida puede derivar de acuerdo colectivo, cuya eficacia puede ser general o no serlo, lo cual parece discutible, porque los acuerdos subsidiarios a convenio colectivo, deben ser de eficacia general, con las consiguientes adhesiones individuales al mismo, o podría instrumentarse

---

miento, señala que falta el presupuesto ineludible y necesario para la expiración definitiva de un convenio colectivo por transcurso del período legal de ultraactividad, cuál es que haya sido objeto de denuncia, exigible respecto de aquellos convenios, como el provincial a examen, que no han optado por incorporar una cláusula de denuncia automática. El Tribunal señala además que la DT 4ª de la Ley 3/2012 no resulta aplicable a los Acuerdos colectivos de empresa (STSJ País Vasco 25-03-2014, rec. 446/2014).

[253] STSJ País Vasco 11-02-2014, proced. 149/2014.

[254] La Sala, actuando como órgano de instancia, analiza un CC de empresa con vigencia durante el período 2011-2014, publicado el 11-1-12, que en las materias no reguladas en el mismo remite a un CC sectorial de ámbito provincial. La vigencia de este último se extiende del 1-1-10 al 31-12-11, con la previsión de que quedará automáticamente denunciado a partir del 1-11-11 , pudiéndose iniciar desde esa fecha las negociaciones para el Convenio Colectivo que lo sustituya, que no llegan a fructificar. El 22-1-14 la demandada comunica a los representantes del personal y a todos sus empleados que el 7-7-13 terminó la vigencia del CC provincial, no obstante lo cual continuaría aplicando su contenido con carácter supletorio y de forma temporal y no definitiva hasta el 31-7-14, como había hecho hasta ese momento. Ante esta decisión, los Sindicatos presentan demanda de conflicto colectivo para que se declare el derecho de los trabajadores afectados a seguir rigiéndose supletoriamente por el CC provincial, que el Tribunal, después de rechazar las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento, estima, al considerar que la remisión que efectúa el art. 3 es al contenido de un CC provincial que se ha de seguir aplicando con independencia de que haya perdido su vigencia como CC. A mayor abundamiento, señala que el decaimiento del CC provincial a partir del 8-7-13 no autoriza a la empresa para determinar unilateralmente los aspectos de las relaciones de trabajo reguladas en él (STSJ País Vasco 1-04-2014, rec. 9/2014).

[255] SAN 31-03-2014, proced. 36/2014.

mediante acuerdos individuales entre empresarios y trabajadores, lo que se ha validado, siempre que se asegure que no se producirá trato discriminatorio entre los trabajadores[256]. Parece claro que el acuerdo extraestatutario de eficacia general será la solución más eficiente, puesto que permite la regulación de las herramientas colectivas más importantes para el funcionamiento de la empresa en todos aquellos aspectos en los que el ET remita al convenio o al acuerdo de empresa y permitirá, perdida la vigencia normativa del convenio, una mejor adaptabilidad de las empresas, si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, mediante la utilización del art. 41ET, que no exige alcanzar acuerdo, como sucede con el art. 82.3 ET.

Si se alcanza acuerdo expreso entre las partes de mantener la vigencia del convenio, entraría dentro del pacto en contrario, contemplado en el art. 86.3 ET. Cabe, sin embargo, una prórroga tácita, siempre que no quede desmentida por los hechos, lo que será relevante, puesto que el presupuesto, para la concurrencia de condición más beneficiosa, es que quede plenamente acreditado que esa era la intención inequívoca del empleador[257].

Otras hipótesis posibles serían las siguientes:

a) Incorporación al nexo contractual el convenio colectivo en bloque.

b) Considerar que la decisión empresarial de mantener el convenio contractualiza sus condiciones en todos sus trabajadores.

c) Que el empresario mantenga las condiciones, que estime oportunas y liquide las que no le parezcan adecuadas, lo que no parece viable, porque podría atentar sobre el equilibrio contractual.

Blasco Pellicer apunta que estas dos últimas soluciones plantean problemas importantes, porque algunas condiciones convencionales no pueden individualizarse por definición, como el sistema de clasificación profesional o el régimen disciplinario, por lo que considera más adecuada la primera propuesta.

Cuando no suceda así, si el empresario promueve unilateralmente las nuevas condiciones de trabajo, o las impone mediante negociaciones individuales, corre el riesgo de abrir múltiples frentes, especialmente aquellos que afecten al derecho de igualdad, lo cual supondrá, en la práctica, que la nueva regulación de la ultractividad, dirigida a promover más y mejores convenios, que aseguren la adaptabilidad de las empresas a las necesidades del mercado o a los requerimientos de la demanda, perderá de vista dichos objetivos y hará mucho más ingobernable la empresa.

[256] Sempere, obra citada.

[257] STS 4-03-2012, rec. 4/2012.

### 3.7. La primera respuesta de la jurisprudencia: STS 22-12-2014, rec. 264/2014

El Tribunal Supremo en STS 22-12-2014, rec. 264/2014, que confirma STSJ Baleares de 20-12-2013, que estimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la empresa Atención y Servicios S.L. (ATESE) y declaró no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo, ha dado respuesta al contencioso existente sobre el tema. La sentencia confirmada, aplicando la doctrina STSJ País Vasco 26-11-2013, rec. 2065/2013, concluye que, mientras no se negocie un nuevo convenio colectivo, deben mantenerse las condiciones retributivas pactadas, por lo que obliga a la empresa a mantener las retribuciones anteriores a la pérdida de vigencia del convenio colectivo.

La mayoría del TS se inclina, entre la tesis rupturista y la conservacionista, por esta última, subrayando, en primer término, que la primera tendría efectos indeseables tanto para la empresa, quien perdería instrumentos organizativos esenciales para su debido funcionamiento, como para los trabajadores, caso de aplicárseles el salario mínimo interprofesional.

La mayoría defiende que la autonomía de la voluntad constituye la base de las relaciones contractuales, también en el contrato de trabajo, por lo cual concluye que el instrumento constitutivo y regulador de las relaciones laborales es el contrato de trabajo, que incorpora automáticamente, tanto si lo hace por escrito como si no, los mínimos legales y convencionales por la voluntad de los contratantes.

Subraya, a continuación, que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en el momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque –como se ha dicho algunas veces– las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente.

Así pues, no niegan la pérdida de vigencia del convenio, cuando ha transcurrido un año desde su denuncia, pero consideran irrelevante dicha circunstancia, por cuanto sus condiciones se han incorporado automáticamente

al contrato de trabajo, si bien no tienen ya naturaleza normativa, por lo que podrán modificarse, caso de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, mediante el procedimiento del art. 41 ET.

Conviene subrayar que la doctrina expuesta va más allá de los términos del litigio, puesto que el debate procesal concreto se centró únicamente en las retribuciones, dado que la empresa decidió aplicar el salario mínimo interprofesional desde la pérdida de vigencia del convenio.

### 3.8. Los votos particulares concurrentes y contrarios a la sentencia examinada

Lamentablemente, el TS, al igual que la doctrina científica, se ha dividido en una materia tan delicada como la que nos ocupa, puesto que dos magistrados han redactado sendos votos concurrentes, cinco magistrados han suscrito un voto contrario conjunto y una magistrada ha suscrito un voto contrario en solitario.

El voto del Excmo. Luis Fernando de Castro Fernández concurre con la mayoría, por cuanto se opone a la tesis rupturista, pero niega la contractualización del convenio, aunque defiende que la continuidad aplicativa del salario del convenio atiende al equilibrio de las prestaciones y tiene apoyo en el principio de buena fe.

Se opone a la tesis rupturista, porque vulneraría el derecho a la dignidad humana y al derecho al salario suficiente, reconocidos por los arts. 10.1 y 35.1 CE y podría vulnerar también el derecho a la negociación colectiva, puesto que la derogación del convenio comportaría en la práctica la imposición de condiciones de trabajo por el empleador, lo que podría vulnerar lo dispuesto en el art. 1256 CC. Defiende, por tanto, que la interpretación adecuada de la norma controvertida deberá ajustarse necesariamente a la Constitución y destaca que la derogación del convenio perjudicaría tanto al trabajador como al empresario.

Critica la tesis contractualista, defendida por la mayoría, por cuanto quiebra el sistema de fuentes de las relaciones laborales (art. 3 ET), contradice la jurisprudencia sobre la imposibilidad de crear condiciones más beneficiosas en convenio colectivo, así como los propios requisitos para la concurrencia de la condición más beneficiosa y provocaría una petrificación del contenido del convenio, subrayando que la remisión contractual al salario del convenio colectivo no comporta su contractualización, puesto que dicha retribución salarial sigue la misma suerte que el convenio, de manera que, si este pierde vigencia, también desaparece la obligación de retribuir el salario convenio. Destaca, en todo caso, las disfunciones, que provocaría la tesis mayoritaria, por cuanto las condiciones más beneficiosas son resistentes a los convenios colectivos peyorativos, admitidos en el art. 82.4 ET.

Propone, como alternativa el mantenimiento de la retribución anterior a la pérdida de vigencia del convenio en aplicación del principio de equilibrio de las prestaciones, que quebraría si se aplicase el salario mínimo interprofesional, destacando finalmente que debe hacerse así con base a la exigencia de buena fe, reclamada por el art. 1258 CC.

El voto concurrente de Don Miguel Ángel Luelmo Millán defiende la aplicabilidad de la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil, que establece que *"los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas"*, y éste es un principio de intertemporalidad que considera extrapolable al caso presente, siquiera sea como regla general y *"mutatis mutandis"*, con mejor respeto de la seguridad jurídica, del propio prestigio legislativo y de las indudables expectativas de los trabajadores afectados, llevando su aplicación, en definitiva, a salvaguardar la situación ya existente en cada caso y a diferencia de lo que acontecerá con los trabajadores de nueva contratación.

El voto discrepante, suscrito por cinco magistrados de la Sala, redactado por Don Antonio Sempere Navarro, se opone a la tesis mayoritaria, porque no cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden sus consecuencias. Niega, a continuación, que puedan contractualizarse aquellas instituciones, que deben regularse por convenio o acuerdo subsidiario a convenio, de conformidad con el ET.

Niega, del mismo modo, la prevalencia del principio autonomista en las relaciones laborales, subrayando que el Derecho del Trabajo se origina precisamente en su corrección, puesto que la desigualdad entre las partes es la nota esencial del contrato de trabajo. Niega también que la regulación de las relaciones laborales corresponda únicamente al contrato de trabajo, puesto que se regula con arreglo al sistema de fuentes del art. 3 ET, subrayando que el contrato de trabajo debe respetar obligatoriamente los mínimos legales y convencionales, de manera que, si desaparece la vigencia del convenio colectivo, su contenido pierde todo su valor.

Lista, a continuación, los aspectos que pudieran dilucidarse para defender las retribuciones del convenio colectivo:

a) La dignidad del trabajador (art. 10.1 CE; art. 4.2.e ET) puede violentarse si la empresa rebaja súbitamente las remuneraciones que le viene satisfaciendo.

b) El enriquecimiento injusto o el abuso de derecho (art. 7.2 CC) son palancas argumentales hábiles para ser activadas a partir de datos concretos.

c) La acreditación de las causas por las que fracasó la negociación del convenio de empresa puede ser hábil para aquilatar la existencia de comportamientos estratégicamente abusivos y contrarios a la buena fe que debe presidirla (art. 89.1 ET).

d) La analogía (art. 4.1 CC) o las costumbres profesionales (art. 3.1.d ET) pueden utilizarse si se argumenta y acredita oportunamente, buscando la traslación de lo previsto en otras empresas o convenios.

e) La irregresividad retributiva, con base en normas comunitarias o internacionales sobre equiparación en el progreso podría apuntalar la idea de que el empleador no es libre para rebajar cualquier nivel salarial al mínimo interprofesional por más que ni valga el convenio, ni haya contractualización.

f) Incluso, según las circunstancias, puede entenderse que el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desesperada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad que su respeto (art. 37.1 CE).

Como no se alegaron, ni probaron, dichas causas de pedir, defiende que la actuación empresarial no puede calificarse de ilegal.

Finalmente el voto contrario de Doña Milagros Calvo Ibarlucea concluye que el convenio deja de tener cualquier efecto legal desde el momento en el que pierde su vigencia.

La doctrina expuesta ha sido mantenida por la Sala IV, aunque había caducado el convenio colectivo después de transcurrir un año desde el momento en que fue denunciado, sin que exista convenio de ámbito superior aplicable ni convenio posterior, seguirán aplicándose las condiciones laborales en él previstas -aunque como simples obligaciones contractuales, sin efecto normativo alguno-, a los trabajadores que tuviesen contrato de trabajo a la fecha de esa pérdida de vigencia normativa. Se sigue la doctrina plasmada en STS -del Pleno- de 22 de diciembre de 2014 (rc. 264/14) y, estimando este recurso de casación de la empresa, se desestima la primera petición de la demanda tal como viene planteada en relación con la naturaleza del referido derecho y se estima la petición subsidiaria[258].

La contractualización de las condiciones del convenio comporta que las mismas perdieron su valor normativo, de manera que su modificación unilateral constituye modificación sustancial colectiva, que deberá impugnarse en el plazo de caducidad de veinte días desde su notificación a la RLT[259]. La con-

[258] STS 18-05-2016, rec. 100/15

[259] STS 20-12-2016, rec. 217/15.

tractualización de las condiciones del convenio comporta que esos contenidos se conservan como tales hasta la entrada en vigor del nuevo convenio, sin que la empresa pueda imponer unilateralmente el mantenimiento de algunas de ellas y la supresión de las demás[260].

## 4. LA LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR CONVENIOS COLECTIVOS

El art. 37.1 CE dispone que "la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios"[261]. La consecuencia inmediata de la previsión constitucional citada es la eficacia general, así como la naturaleza jurídica normativa de los convenios colectivos estatutarios, garantizada por el art. 82.3 ET.

El presupuesto, para que el convenio colectivo tenga naturaleza jurídica normativa y eficacia general, es que se cumplan todas las exigencias, contempladas en el Título III ET[262], que aseguran la necesaria representatividad, anudada al principio de correspondencia, de los sujetos negociadores, no pudiendo olvidarse que las reglas de legitimación para la negociación de convenios colectivos estatutarios son derecho necesario absoluto, tal y como ha defendido la doctrina constitucional (STC 73/1984)[263], como no podría ser de otro modo, puesto que la legitimación para negociar un convenio significa "más que una representación en sentido propio, un poder ex lege de actuar y afectar a las esferas jurídicas de otros[264]. Cuando no se cumplen dichos requisitos, el convenio colectivo será extraestatutario y se regirá por los principios del derecho civil común, conjugándose, de este modo, el derecho a la negociación colectiva con la autonomía de la voluntad[265].

El art. 87 ET regula la legitimación para negociar convenios colectivos, distinguiendo, a estos efectos, los convenios de empresa, de ámbito inferior a la empresa, convenios franja, grupos de empresa, empresas en red y conve-

[260] . La contractualización de las condiciones de trabajo, producida desde que se crea la relación jurídico laboral, a partir de la cual dichas condiciones van experimentando la evolución correspondiente, no puede limitarse a aquellas que la empresa ha decidido seguir aplicando, tras haber perdido vigencia el convenio (FJ 11). Ha caducado la impugnación referente a la inaplicación del contenido de los Anexos referentes a la representación de los trabajadores (FJ 9) (STS 20-12-2016, rec. 217/15, casa parcialmente, en lo referido a la caducidad, SAN 23-03-2015).

[261] STSJ Extremadura 27-01-2015, rec. 562/2014.

[262] STS 15-04-2013, rec. 43/2012.

[263] Mercader Uguina, J. Lecciones de Derecho del Trabajo.

[264] STC 57/1989 y 12/1983.

[265] STS 8-02-2012, rec. 214/2010.

nios sectoriales. En realidad el art. 87 ET regula propiamente la legitimación inicial, entendiéndose como tal la que ostentan aquellos sujetos con derecho a participar en la comisión negociadora, quienes deberán hacerlo valer en el momento de constituirse la comisión negociadora[266], puesto que no existe propiamente un derecho a ser llamado por los demás partícipes a la negociación colectiva[267], dado que el legislador no ha previsto quien o quienes deberían hacer ese llamamiento[268], especialmente cuando se acredite que ha concurrido una actuación obstruccionista por quien se queja de no haber sido llamado[269]. No obstante, aunque no existe derecho a ser llamado, si existe derecho a que no se excluya a los sujetos que acrediten la legitimación inicial[270], si bien no afectará a la negociación la autoexclusión de un representante de un sindicato legitimado, que había sido convocado formalmente a la reunión en la que se aprobó el texto definitivo del convenio[271].

La negociación plena, final o complementaria, entendiéndose como tal aquella, que deben reunir los sujetos negociadores con legitimación inicial, para que la comisión negociadora se constituya formalmente y se puedan iniciar las negociaciones, se regula en el art. 88 ET, entendiéndose que la comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal del ámbito del convenio, en su caso, que deberá ajustarse a criterios de proporcionalidad[272], que deberá aplicarse en función del número de componentes de la comisión negociadora[273], utilizándose, en su caso, el sistema de restos[274] y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio[275]. Puede suceder, no obstante, que la comisión negociadora de un

[266] STS 26-10-2014, rec. 267/2013, confirma SAN 25-04-2013 y STS 3-02-2015, rec. 20/2014, confirma SAN 31-05-2013.

[267] SAN 25-04-2013, proced. 33/2013.

[268] STS 27-10-2014, rec. 267/2013.

[269] STS 14-05-2013, rec. 276/2011, confirma SAN 26-09-2011.

[270] SAN 15-07-2015, proced. 152/2015.

[271] SAN 11-01-2017, proced. 314/2016, ROJ**:** SAN 48/2017.

[272] El sistema de cálculo aritmético responde al criterio de proporcionalidad con los resultados electorales, que consiste en dividir el número de representantes entre el número de los puestos en la mesa negociadora, dividiendo por el mismo cociente el número de representantes obtenido por cada sindicato. Una vez establecidos estos resultados, si quedaran vacantes en el órgano de negociación se atiende a los llamados "restos" dentro de los cuales pueden entrar incluso los sindicatos que no alcanzaran el mínimo para la adjudicación directa (FJ 4) (SAN 17-03-2014, proced. 38/2014).

[273] SAN 16-05-2014, proced. 500/2013.

[274] STS 19-11-2010, rec. 63/2008 y SAN 7-12-2013, proced. 467/2013.

[275] La legitimación inicial, exigida por el art. 87.1 ET, tiene naturaleza institucional, por lo

proceso muy prolongado en el tiempo pierda sobrevenidamente su representatividad, en cuyo caso habría perdido su legitimación negociadora[276].

Será necesario finalmente, a tenor con lo dispuesto en el art. 89.3 ET, para que los acuerdos de la comisión sean válidos, que se voten favorablemente por la mayoría de cada una de las representaciones[277]. Acreditar la mayoría exige necesariamente la mayoría absoluta, lo cual no sucederá cuando firma un sindicato, que acredita 6 de los 12 representantes, aunque acreditara un porcentaje de representación superior al otro, puesto que no superaba el 50% de los representantes unitarios[278], pero será viable que la comisión negociadora del convenio de empresa esté compuesta por doce miembros en vez de trece, siempre que se asegure la debida proporcionalidad en su composición[279].

### 4.1. Legitimación para negociar el convenio de empresa o de ámbito inferior a la empresa

En los convenios de empresa, de ámbito inferior a la empresa y en los convenios franja, la legitimación empresarial corresponderá al empresario, quien designará a los representantes que estime oportuno (art. 87.3.a ET). En los convenios de grupos de empresa y empresas en red estarán legitimados para negociar los representantes de cada una de dichas empresas (art. 87.3.b ET).

El art. 87.1 ET reconoce legitimación, para negociar convenios de empresa o de ámbito inferior, al comité de empresa, a los delegados de personal, quienes deberán acreditar el principio de correspondencia[280], en cuyo caso

---

que no puede apoyarse en adhesiones voluntarias. Las legitimaciones inicial, deliberativa y plena o decisoria, exigidas por los arts. 87, 88 y 89 ET, constituyen requisitos sucesivos y acumulativos de ineludible cumplimento, de manera que el presupuesto para alcanzar acuerdos es que se haya producido una negociación con sujetos con legitimación inicial y deliberativa suficientes (FJ 3) (SAN 13-06-2014, proced. 104/2014).

[276] Impugnado por ilegalidad el convenio colectivo de la empresa y sus tripulantes de cabina de pasajeros, con negociación iniciada en 2005 y reanudada en 2013, se concluye que el cese en la empresa de seis de los 7 miembros de la comisión negociadora por el banco social, y la drástica reducción de los TCPS, que pasaron de 99 a 5, determina que la comisión negociadora nombrada en 2008 pierda su legitimación y que no pueda «actualizarse» con el nombramiento de un nuevo miembro que hizo el único miembro inicial que todavía permanece en la empresa, y menos cuando se había acordado inicialmente que la negociación se efectuase por el comité de empresa y la reforma del art. 87 et por el RD-Ley 7/2001 la atribuye preferentemente a las secciones sindicales (STS 1-06-2017, rec. 183/16, Roj: STS 2464/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2464).

[277] SAN 27-01-2013, proced. 426/2013.

[278] STS 15-06-2015, rec. 214/2014

[279] STS 6-07-2016, rec. 288/15, Roj: STS 4130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4130, confirma SAN 15-07-2015

[280] STS 20-05-2015, rec. 6/2014.

será la mayoría del órgano unitario quien deberá designar a los miembros de la comisión negociadora[281] y a las secciones sindicales, si las hubiere, que sumen la mayoría de los representantes unitarios del ámbito de que se trate, quienes tienen derecho a la negociación colectiva, siempre que se trate de secciones sindicales de sindicatos más representativos o tengan representación en los comités de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2.b LOLS[282], de manera que, cuando no concurran dichas circunstancias, la exclusión de la sección sindical no vulnerará su derecho a la libertad sindical[283]. No cabe admitir que las comisiones ad hoc puedan negociar un convenio de empresa[284], porque su representación queda limitada a los supuestos previstos en el ET[285].

El modelo de negociación, regulado en el art. 87.1, es alternativo o excluyente y no acumulable, de manera que no cabe negociar mediante comisiones híbridas, compuestas por representantes unitarios y sindicales[286], aunque se han habilitado "obiter dicta" una comisión formada por secciones sindicales y representantes ad hoc en un procedimiento de modificación sustancial[287], debiendo optarse por la vía de la representación sindical o unitaria[288], si bien se ha admitido que los representantes unitarios firmaran el convenio, que ya había concluido con acuerdo con las secciones sindicales mayoritarias para reforzar la posición de los sindicatos firmantes[289]. El precepto examinado prioriza absolutamente a las secciones sindicales[290], quienes tendrán derecho a negociar el convenio en los ámbitos mencionados, siempre que así lo decidan y sumen la mayoría de los representantes unitarios del ámbito correspondiente[291], lo cual sucederá cuando se acrediten 12 de los 17 representantes unitarios

[281] STS 28-06-2016, rec. 218/15, confirma SAN 27-03-2015.

[282] STSJ Granada 17-01-2013, rec. 253272012.

[283] STS 27-10-2014, rec. 267/2013.

[284] STSJ Canarias 31-07-2014, rec. 9/2014.

[285] Impugnado un convenio colectivo de empresa, negociado por representación ad hoc, se anula dicho convenio, aplicando los criterios jurisprudenciales sobre triple legitimación, control de la representatividad cuando se constituye la comisión negociadora y principio de correspondencia, concluyendo que la legitimación negocial, contemplada en el art. 41.4 ET y preceptos concordantes, no puede extenderse a la negociación de un convenio colectivo. 3) Diferencias entre estructuras representativas estables y coyunturales.4) Concuerda con STS 485/2017 de 6 junio (STS 28-06-2017, rec. 203/16).

[286] STCT 21-04-1987, RTCT 1987\9079.

[287] STS 16-07-2015, rec. 180/2014, confirma SAN 11-11-2013.

[288] STS 27-10-2014, rec. 267/2013.

[289] SAN 22-02-2014, rec. 417/2013.

[290] SAN 17-06-2014, proced. 125/2014.

[291] Reclamándose que la comisión negociadora de convenio colectivo de empresa se constituya por los representantes elegidos por las secciones sindicales mayoritarias, se estima dicha pretensión, puesto que quedó acreditado que se optó por su constitución a través de los sindicatos con presencia en ella en razón de su proporcional representación, dándose la circunstancia de

de la empresa[292], sin que quepa privilegiar al comité intercentros sobre las secciones sindicales, cuando se había optado previamente por la negociación sindicalizada[293], lo que sucederá cuando lo hayan decidido así la mayoría de los representantes una vez definida dicha mayoría por laudo arbitral, promovido por las partes[294], siendo legítimo, en cualquier caso, que el comité intercentros designe una comisión negociadora de 12 miembros, si respeta la proporcionalidad[295]. Tampoco cabe negociar con un comité intercentros, que no se constituyó con base a convenio colectivo, que le facultara para la negociación del convenio[296], mientras que, si el convenio habilitó que negociara el comité intercentros con su composición inicial, habrá que estar a lo pactado[297]. Así pues, si las secciones sindicales mayoritarias optan por negociar como tales, no procederá oponer la prioridad del comité intercentros, aunque se hubiera negociado tradicionalmente así en la empresa[298]. Si se negocia por secciones

---

que corresponde a las secciones sindicales mayoritarias el privilegio de negociar el convenio de empresa, por lo cual no caben obstáculos que impidan la libre designación de los que le corresponden al sindicato demandante, especialmente porque en sentencia previa ya se precisó qué representantes correspondían a cada sección sindical (SAN 17-06-2014, proced. 125/2014).

[292] STS 27-10-2016, rec. 123/15, Roj: STS 4945/2016, confirma SAN 22-04-2014.

[293] STS 4-03-2009, rec. 134/2007.

[294] SAN 15-07-2015, proced. 152/2015

[295] STS 6-07-2016, rec. 288/15, Roj: STS 4130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4130, confirma SAN 15-07-2015.

[296] Impugnado un convenio colectivo, porque se suscribió por la mayoría del Comité Intercentros, cuando la negociación del convenio se realizó por los sindicatos, produciéndose una injerencia antisindical por parte de la empresa y los firmantes del convenio, se desestima dicha pretensión, por cuanto se probó que se negoció formalmente con el Comité Intercentros. Impugnándose también, porque en el convenio no se había pactado la constitución de un Comité Intercentros, ni se le concedió funciones negociadoras, se estima dicha pretensión, por cuanto en el convenio no se pactó la constitución de un Comité Intercentros, sin que tenga valor la remisión general a las cláusulas normativas de un convenio de otra empresa, que preveía la elección de un Comité Intercentros para cuatro centros, otorgándose al citado comité las competencias que le delegaran los comités de empresa, ya que el mandato legal es rotundo y se exige que el Comité Intercentros y sus funciones se acuerde en convenio colectivo, sin que el convenio pueda disponer de ese contenido obligatorio, reconociéndoselo a los comités de empresa. Se estima, en todo caso, porque el Comité Intercentros, que negoció el convenio, se constituyó durante la vigencia de otro convenio, sus miembros no fueron elegidos por los representantes de los trabajadores, sino que se repartieron entre los sindicatos y no se produjo delegación de funciones negociadoras por los comités de empresa tras la vigencia del convenio (SAN 13-02-2015, proced. 327/2014).

[297] SAN 30-05-2014, rec. 74/2013.

[298] Interpuesta demanda de conflicto colectivo por parte de CCOO, adhiriéndose CGT, pretendiendo que se declare constituida la Comisión negociadora del IV Convenio Colectivo de la empresa UNIPUBLIC S.A, por secciones sindicales y con arreglo a la siguiente composición UGT 5 representantes, CCOO 4, CGT 3 y USO 1. Oponiéndose USO y UGT, la Audiencia Nacional estima la demanda pues considera probado que a fecha 15-9-2.014 existió una voluntad mayoritaria entre los distintos delegados de personal de la empresa demandada de negociar el

sindicales, tendrán derecho a participar en la negociación de modo proporcional a su representatividad, que deberá atender al número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen[299], aunque se ha exigido en alguna ocasión ponderar el voto en función del número de trabajadores representados[300], lo que parece dudoso, siendo inadmisible, en cualquier caso, que la empresa reconozca como delegados de la sección sindical, a trabajadores que la sección sindical no reconoce como tales[301]. En cualquier caso, el sindicato no tendrá derecho a participar en la comisión negociadora, si no acredita que sus representantes tienen mandato vigente, al constituirse la comisión negociadora, dándose la circunstancia de que el sindicato no tenía sección sindical en la empresa[302]. Tampoco estará legitimado para negociar un convenio un sindicato que acredita representantes unitarios en tres de los veintinueve centros de la empresa, aunque estuvieran sindicalizados, cuando no tiene constituida sección sindical en la empresa[303].

Cuando la empresa tenga más de un centro de trabajo, siempre que el convenio colectivo habilite la constitución de un comité intercentros[304], encomendándole, entre otras funciones, la negociación del convenio colectivo, dicho comité estará legitimado para su negociación[305], salvo que las secciones sindicales con mayoría entre los representantes unitarios decidan negociar el convenio[306], correspondiéndoles a dichas secciones sindicales la carga de la prueba de ostentar la mayoría de representantes unitarios[307].

---

convenio por secciones y no por el Comité Intercentros, resultando la composición de la mesa ajustada a la representatividad de las secciones sindicales a fecha 15-9-2.014, al y como quedó definitivamente establecida en el laudo arbitral de fecha 10-2-2.015. No aprecia la Sala temeridad en la postura de los demandados y dispone que no ha lugar a la imposición de sanción pecuniaria (SAN 22-06-2015, proced. 145/2015).

[299] SAN 17-12-2013, proced. 467/2013

[300] SAN 27-01-2013, proced. 426/2013.

[301] Impugnado un convenio colectivo, suscrito formalmente por la empresa y las secciones sindicales de USO y CSI-CSIF, porque se firmó por unos delegados, que se autoerigieron como representantes de USO, a pesar de la desautorización del sindicato, que no fue atendida por la empresa demandada, quien amparó a dichos trabadores, que a la postre suscribieron el convenio, aunque no estaban afiliados a USO, se estima la demanda, porque la actuación empresarial constituyó un acto de injerencia antisindical, que vulneró el derecho a la libertad sindical de USO, en su vertiente funcional a la negociación colectiva y quebró las legitimaciones exigidas para la validez democrática del convenio colectivo (SAN 25-02-2015, proced. 351/2014).

[302] STS 14-11-2016, rec. 42/16, confirma SAN 8-10-2015.

[303] STS 22-11-2016, rec. 20/16, confirma SAN 9-09-2015, Roj: STS 5625/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5625.

[304] STS 14-07-2000, rec. 2723/2000.

[305] SAN 9-09-2014, proced. 78/2014.

[306] SAN 22-06-2015, proced. 145/2015)

[307] SAN 27-01-2017, proced. 328/15, ROJ**:** SAN 2337/2016.

Si se pretende negociar un convenio de empresa o de ámbito inferior a la empresa, estarán legitimados el comité de empresa o los delegados de personal correspondientes, lo cual no planteará dificultades, cuando la empresa tenga un único centro de trabajo, o el convenio afecte efectivamente a un solo centro de trabajo, en cuyo caso estarán legitimados para su negociación el comité de empresa del centro o, en su caso, el delegado o delegados de personal del centro, salvo que decidan negociar las secciones sindicales mayoritarias[308]. Por el contrario, cuando la empresa tenga distintos centros de trabajo y no haya secciones sindicales mayoritarias, o decidan no negociar como tales, si no hubiere tampoco comité intercentros, estarán legitimados para negociar el convenio de empresa todas las representaciones unitarias de todos los centros de trabajo[309], habiéndose defendido que la comisión negociadora debe constituirse por representantes de los trabajadores de modo proporcional al número de trabajadores de cada centro[310], lo que parece dudoso, por cuanto el art. 87.1 ET se remite a los representantes unitarios existentes[311], lo cual no sucederá cuando se negocien medidas de flexibilidad externa o interna, en cuyo caso la composición de la comisión negociadora deberá repartirse proporcionalmente en función de la representación de los afectados[312]. Dichos representantes unitarios tendrán derecho a disfrutar del tiempo necesario para participar en la negociación, aplicándoseles lo dispuesto en el art. 9.2 LOLS, sin que el empresario pueda limitar dicho derecho unilateralmente[313].

En cualquier caso, será exigible el principio de correspondencia entre el ámbito del convenio y la representatividad de los interlocutores sociales, de manera que, si se pretende negociar un convenio de empresa con distintos

[308] Reclamándose que la comisión negociadora de convenio colectivo de empresa se constituya por los representantes elegidos por las secciones sindicales mayoritarias, se estima dicha pretensión, puesto que quedó acreditado que se optó por su constitución a través de los sindicatos con presencia en ella en razón de su proporcional representación, dándose la circunstancia de que corresponde a las secciones sindicales mayoritarias el privilegio de negociar el convenio de empresa, por lo cual no caben obstáculos que impidan la libre designación de los que le corresponden al sindicato demandante, especialmente porque en sentencia previa ya se precisó qué representantes correspondían a cada sección sindical (SAN 17-06-2014, proced. 125/2014).

[309] SAN 5-03-2002, proced. 166/2001).

[310] SAN 27-01-2013, proced. 426/2013).

[311] Impugnada la comisión negociadora del convenio, se estima la demanda, porque se acreditó que el resto del sindicato demandante es superior al resto de otro sindicato, al que se adjudicó un representante, siendo irrelevante el número de trabajadores, que represente cada órgano unitario, por cuanto la proporcionalidad en la representación de la comisión negociadora del convenio de empresa se predica del número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen (SAN 17-12-2013, proced. 467/2013).

[312] STS 16-09-2015, rec. 139/2014, confirma SAN 20-03-2014 .

[313] STSJ Murcia 22-06-2015, rec. 5/2015.

centros de trabajo, será preciso que los representantes de los trabajadores que lo negocien tengan presencia en todos los centros de trabajo de la empresa[314]. Caso contrario, si alguno o algunos de los centros de trabajo de la empresa no tuviere representantes unitarios, no se podrá negociar un convenio de empresa con los representantes de alguno o alguno de los centros, porque se quebraría el principio de correspondencia[315], sin que quepa, en estos supuestos, reducir el ámbito de aplicación del convenio a los centros con representación, puesto que la voluntad de los negociadores fue negociar un convenio de empresa[316]. La jurisprudencia ha defendido que los representantes de un centro de trabajo no pueden negociar un convenio de empresa en el que haya otros centros de trabajo, por cuanto quebraría el principio de correspondencia[317].

[314] SAN 5-09-2014, proced. 167/2014; SAN 17-02-2015, proced. 326/2014; SAN 9-03-2015, proced. 272015; SAN 12-03-2015, proced. 7/2015; SAN 4-05-2015, proced. 62/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015.

[315] SAN 24-04-2013, proced. 79/2013; SAN 11-09-2013, proced. 219/2013; SAN 16-09-2013, proced. 314/2013; SAN 25-09-2013, proced. 233/2013; SAN 13-11-2013, proced. 424/2013; SAN 29-01-2014, proced. 431/2013; SAN 5-02-2014, proced. 47/2013; SAN 17-02-2014, proced. 470/2013; SAN 28-03-2014, proced. 33/2014; SAN 13-06-2014, proced. 104/2014; SAN 30-06-2014, proced. 80/2014; SAN 8-09-2015, proced. 175/2015; SAN 15-09-2015, proced. 126/2015; 17-09-2015, proced. 169/2015 y 190/2015 y 23-09-2015, proced. 191/2015; SAN 25-11-2015, proced. 281/2015; SAN 13-01-2016, proced. 314/15; SAN 14-01-2016, proced. 294/15; SAN 27-01-2016, proced. 320/2015; SAN 10-02-2016, proced. 358/2015; SAN 17-02-2016, proced. 289/15; SAN 23-02-2016, proced. 361/2015; SAN 3-03-2016, proced. 315/15; SAN 4-03-2016, proced. 17/16; SAN 7-03-2016, proced. 380/15; SAN 8-03-2016, proced. 5/16; SAN 9-03-2016, proced. 24/16; SAN 10-03-2016, proced. 7/16; SAN 16-03-2016, proced. 12/16; SAN 1-04-2016, proced. 285/15; SAN 6-04-2016, proced. 360/15 y SAN 13-04-2016, proced. 52/2016, SAN 11-05-2016, proced. 158/15; SAN 13-05-2016, proced. 92/16 y SAN 16-06-2016, proced. 140/16.

[316] STS 7 de marzo de 2012 (casación 37/2011)

[317] STS 20-05-2015, rec. 6/2014, confirma SAN 13-11-2013; STS 9-06-2015, rec. 149/2014, confirma SAN 18-10-2014 y STS 10-06-2015, rec. 175/2014, confirma SAN 25-09-2013; STS 10-junio-2015 (rco 175/2014) y 21-diciembre-2015 (rco. 6/2015) (STS 14-07-2016, rec. 219(15, Roj: STS 4001/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4001, confirma SAN 12-03-2015); STS 11-01-2017, rec. 24/16, confirma SAN 17/09/15; STS 7-03-2017, rec. 58/16, Roj: STS 1140/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1140, confirma SAN 17-11-2015; STS 27-03-2017, rec. 126/16, Roj: STS 1279/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1279, confirma SAN 17-12-2015; STS 15-02-2017, rec. 75/16, Roj: STS 829/2017 - ECLI:ES:TS:2017:829, confirma SAN 9-10-2015; STS 14-03-2017, rec. 105/16, Roj: STS 1416/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1416, confirma SAN 17-09-2015; STS 18-04-2017, rec. 154/16, Roj: STS 1992/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1992, confirma SAN 10-03-2016; STS 3-05-2017, rec. 123/16, confirma SAN 20-01-2016; SAN 5-05-2017, proced. 69/17, ROJ: SAN 1822/2017; STS 20-06-2017, rec. 177/16, confirma SAN 3-03-16 y STS 6-06-2017, rec. 204/16, Roj: STS 2472/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2472; SAN 10-07-2017, proced. 160/17, ROJ: SAN 2920/2017).

### 4.2. ¿Pueden las secciones sindicales de empresa negociar un convenio de empresa con varios centros de trabajo, cuando alguno o algunos de esos centros no tienen representantes unitarios?

La prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en las materias listadas en el art. 84.2 ET ha activado la negociación de múltiples convenios de empresa, especialmente en empresas multiservicios, que se han negociado con representantes unitarios que no aseguraban el principio de correspondencia, lo cual ha motivado la nulidad de todos ellos.

Las exigencias normativas, reguladas en los arts. 87, 88 y 89 ET «traducen el doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresan un derecho de los más representativos a participar en la negociación, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios"[318]. Por consiguiente, para formar parte de la Comisión Negociadora hay que acreditar la legitimación inicial en el ámbito personal, funcional y geográfico del Convenio[319] y asegurar el principio de correspondencia entre los ámbitos citados y la representatividad ostentada, porque si no se anulará el convenio[320].

Ya hemos visto, que esa ha sido la suerte corrida por convenios colectivos de empresas multiservicios, que negociaron con algunos de los representantes unitarios de sus centros de trabajo. Resta por despejar, si es posible negociar convenios de empresa con varios centros de trabajo, cuando en algunos de ellos no haya representantes unitarios, por secciones sindicales que acrediten la mayoría de los representantes unitarios de los centros donde se celebraron elecciones sindicales y de ser así, qué requisitos serían precisos para dar validez a dicha negociación.

El art. 8.2. b LOLS regula el derecho a intervenir en la negociación de convenios colectivos ajustados al Estatuto de los Trabajadores (eficacia general, fuerza normativa, etc.), que se reserva a los organizaciones integradas en sindicatos más representativos o en sindicatos que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegados de personal, precisando, a continuación, que dicho derecho habrá de ejercerse de conformidad con los términos establecidos en la legislación específica, habiéndose descartado que los sindicatos puedan negociar estos convenios, por cuanto la acción sindi-

[318] STC 73/1984.

[319] STS 21-11-2005, rec. 148/2004.

[320] STS 20-05-2015, rec. 6/2014, confirma SAN 13-11-2013; STS 9-06-2015, rec. 149/2014, confirma SAN 18-10-2014 y STS 10-06-2015, rec. 175/2014, confirma SAN 25-09-2013.

cal en la empresa se canaliza por sus secciones sindicales[321]. El art. 87.1 ET dispone que están legitimadas para negociar convenios de empresa las secciones sindicales que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité, habiéndose entendido por la doctrina judicial[322], que la utilización del singular no es relevante, debiendo interpretarse extensivamente en el sentido de considerar a la representación unitaria en su conjunto, de manera que, si acreditan la mayoría de la representación unitaria, tendrán derecho a negociar el convenio[323].

Consiguientemente, si la representatividad de las secciones sindicales se basa en los representantes electos, debe precisarse, si la concurrencia de centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores, impediría también a las secciones sindicales mayoritarias negociar convenios de ámbito empresarial. La respuesta debe ser negativa, por cuanto las secciones sindicales, en su calidad de órganos básicos de los sindicatos de trabajadores, tienen entre sus fines constitucionales la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, reconociéndoseles, por ello en el art. 7.1 CE[324], una representación institucional que les habilita para negociar convenios de empresa[325].

---

[321] SAN 16-04-1999, proced. 29/1999.

[322] STCT 21-04-1987, RTCT 1987\9079.

[323] SAN 27-01-2017, proced. 328/15.

[324] En estos supuestos, cabe otra fórmula, regulada también en el art. 87.1 ET , consistente en la negociación con las secciones sindicales, que acrediten la mayoría de los representantes unitarios, puesto que el ordenamiento jurídico ha sobreprimado, a estos efectos, a los sindicatos frente a los representantes unitarios, por cuanto el sindicato es el órgano de representación de los trabajadores por excelencia, cuyos intereses económicos y sociales le corresponde defender globalmente, a tenor con lo dispuesto en el art. 7 CE , desde la perspectiva general de la clase trabajadora. Por consiguiente, acreditado que los representantes de dos centros de trabajo carecían de la legitimación inicial para negociar un convenio que extendiera su ámbito a los centros de trabajo, que no les eligieron, no queda más opción, conforme al ponderado informe del Ministerio Fiscal, que estimar la demanda y anular el convenio colectivo impugnado por la Dirección General de Empleo (SAN 13-06-2014, rec. 104/2014.

[325] Como vemos, las secciones sindicales, que acrediten la mayoría de los representantes unitarios, tienen legitimación absoluta para negociar un convenio colectivo de empresa, fuere cual fuere su implantación en los centros de trabajo de la empresa. - Por el contrario, si se pretende negociar un convenio con los representantes unitarios, deberá acreditarse que dichos representantes representan a todos sus centros de trabajo, sin que sea posible que los representantes, elegidos en uno o varios centros de trabajo, representen a los centros de trabajo que no les han elegido, por cuanto la representatividad unitaria no se irradia desde un centro de trabajo a otro o a otros centros de trabajo, como hemos manifestado en múltiples sentencias, por todas SAN 29- 01-2014, proced. 431/2013; 5-02-2014 , proced. 47/2013; 11-02-2014 , proced.449/2013; 17-02-2014 , proced. 470/2013 y 28-03- 2014 , proced. 33/2014 , aplicando, a estos efectos, los criterios seguidos por la jurisprudencia, por todas STS 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011 (SAN 22-04-2014, rec. 41772013).

Ahora bien, aunque el art. 87.1 no distingue entre secciones de empresa o de centro de trabajo, cuyo despliegue corresponderá al derecho de autoorganización de los propios sindicatos[326], parece razonable que, si las secciones sindicales pretenden negociar un convenio de empresa, su ámbito debería ser también empresarial. Cuando las secciones sindicales acrediten, en su conjunto, la mayoría de los representantes unitarios de la empresa, las secciones sindicales más representativas tendrán derecho a participar en la negociación del convenio de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2.b LOLS correspondiéndoles derecho a participar en la negociación del convenio, aunque no acrediten representantes unitarios, en cuyo caso les correspondería al menos un vocal en la comisión negociadora. También tendrán derecho las demás secciones sindicales, siempre que acrediten representantes unitarios en la proporción que les corresponda[327], de manera que, si la representación acreditada es mínima, no se asegurará la participación en la comisión negociadora[328].

Aunque el art. 87.1 ET legitima expresamente a las secciones sindicales, se ha admitido también la legitimación de los sindicatos, que acrediten las mayorías precisas, aunque no hayan constituido secciones sindicales[329], habiéndose entendido que la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones sindicales es un problema de organización interna del sindicato[330]. Lo relevante, por tanto, es que la sección sindical o el sindicato, en su caso, acredite la mayoría de los representantes unitarios[331].

### 4.3. Especificidades de los convenios de grupo de empresas o empresas en red

Cuando se pretenda negociar un convenio de grupo de empresas, así como de empresa en red, vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la misma que en los convenios sectoriales, tal y como venía admitiéndose anteriormente por la jurisprudencia[332]. No obstante, el número máximo de componentes de la comisión negociadora será de 13, aunque no hay inconveniente para que negocie un número inferior, siempre que se respete la proporcionalidad de la representatividad[333].

---

[326] STS 18-07-2014, rec. 91/2013.

[327] STS 19-11-2010, rec. 63/2010 y SAN 7-12-2013, proced. 467/2013

[328] SAN 16-05-2014, rec. 500/2013.

[329] STS 28-02-2000, rec. 2040/1999 y STS 16-09-2004, rec. 129/2003.

[330] Jesús Mercader, Lecciones de Derecho del Trabajo, pág. 730.

[331] STS 27-10-2016, rec. 123/15, Roj: STS 4945/2016, confirma SAN 22-04-2014.

[332] STS 21-12-1999, rec. 4295/1998.

[333] (STS 6-07-2016, rec. 288/15, Roj: STS 4130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4130, confirma SAN 15-07-2015).

El art. 84.2 ET atribuye a los convenios de grupo de empresas o de empresas la misma prioridad aplicativa que el convenio de empresas, de manera que su negociación podrá promoverse en cualquier momento por los sujetos legitimados para ello, aunque estén en vigor uno o varios convenios de ámbito superior a la empresa, lo que obligará a la contraparte a negociar de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89.1 ET[334], aunque la jurisprudencia ha admitido que se pacte en convenio sectorial que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente[335]. Cuando todas o algunas de las empresas del grupo regulen sus relaciones laborales mediante convenios de empresa que estén vigentes en el momento de la promoción de la negociación, podrán negarse a negociar el convenio de grupo hasta que los convenios de empresa no pierdan su vigencia, a tenor con el art. 89.1 ET[336], aunque podría negociarse si hay acuerdo el convenio de grupo, cuya prioridad aplicativa quedaría suspendida hasta la pérdida de vigencia de los convenios concurrentes de ámbito superior en las materias tasadas en el art. 84.2 ET, salvo que las pactadas en el convenio de grupo fueran más beneficiosas[337]. En cualquier caso, la prioridad aplicativa se predica de los convenios de empresa, de grupo y de empresas en red, pero no de los convenios de ámbito inferior a la empresa[338].

[334] STS 8-07-2014, rec. 163/2013.

[335] Admite como ajustado a derecho que se pacte en convenio sectorial, que al objeto de establecer para el ámbito de actuación del presente Convenio una estructura racional y homogénea, evitando los efectos de la desarticulación y dispersión, las partes legitimadas en el ámbito de aplicación del presente Convenio acuerdan que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente, por cuanto los convenios de ámbito estatal pueden ordenar la estructura de la negociación colectiva, así como por la prohibición de concurrencia de convenios, dada la finalidad perseguida, que es asegurar una estructura racional y homogénea de la negociación colectiva, evitando su desarticulación, teniéndose presente, en todo caso, que se somete el precepto a la legalidad vigente (STS 12-05-2015, rec. 153/14, casa parcialmente SAN 13-11-2013).

[336] STS 18-02-2015, rec. 18/2014.

[337] SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

[338] STSJ Madrid 18-05-2015, rec. 197/2015.

*4.3.1. Legitimación para negociar el convenio de grupo en representación de los trabajadores*

**Sindicatos**

El art. 87.1 ET establece inequívocamente que la legitimación para negociar estos convenios en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado segundo del mismo artículo. Así pues, estarán legitimados para negociar estos convenios:

a) Los sindicatos más representativos a nivel estatal, así como en sus respectivos ámbitos las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

b) Los sindicatos más representativos a nivel de CCAA respecto a los convenios de dicho ámbito, así como las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

c) Los sindicatos que cuenten con un 10% o más de los miembros de los comités y delegados de personal[339].

De este modo, los sindicatos, que acrediten las representatividades expuestas, estarán legitimados para negociar colectivamente el convenio de grupo de empresas, correspondiendo a todos esos sindicatos el derecho a formar parte de la comisión negociadora en proporción a su representatividad[340].

**Secciones sindicales**

Aunque el art. 87.2 ET se refiere a los sindicatos, no hay inconveniente para que la negociación se acometa por las secciones sindicales, que acrediten las mayorías exigidas por dicho precepto, siempre que los estatutos sindicales les habiliten para dicha negociación. En aquellos supuestos, en los que ya existan secciones ínter empresas, estarán legitimadas para negociar el convenio, siempre que acrediten las mayorías necesarias y lo permitan los estatutos del sindicato, como sucede en el convenio del Grupo TECNOCOM[341]. En cualquier caso, la comisión negociadora deberá conformarse de modo proporcional a la representatividad de cada una de las secciones sindicales en el grupo de empresas[342].

[339] SAN 21-03-2012, proced. 28/2012.
[340] SAN 26-04-2013, proced. 76/2013.
[341] BOE 28-06-2013.
[342] STS 19-11-2010, rec. 63/2010.

**Comités ínter empresas**

Aun cuando en algún convenio colectivo se reconoce la legitimación del comité ínter empresas para negociar el convenio colectivo, como sucede con el art. 47 del convenio del Grupo ZETA, es dudosa dicha competencia, por cuanto las reglas de legitimación para la negociación del convenio constituyen derecho necesario absoluto[343] y es claro que la negociación de estos convenios solo puede realizarse por los sujetos referidos en el art. 87.2 ET, aunque podría salvarse, tal vez, cuando el comité ínter empresas esté totalmente sindicalizado.

*4.3.2. Legitimación para negociar el convenio de grupo en nombre de las empresas del grupo*

Estarán legitimadas la totalidad de empresas del grupo mercantil o de las empresas en red, quienes podrán, de estimarlo oportuno, otorgar su representación a la empresa dominante, pero dicha representación debe cumplir todas las formalidades correspondientes, puesto que el control sobre sus políticas financieras o de explotación no comporta en absoluto la sustitución de su personalidad jurídica.

*4.3.3.. Causas de oposición a negociar el convenio de grupo*

Si las empresas del grupo regulan sus relaciones laborales por convenios de ámbito superior a la empresa, no podrán negarse a negociar el convenio de grupo, aunque estén vigentes los convenios antes dichos, sobre las materias contenidas en el art. 84.2 ET, puesto que el convenio de grupo tiene prioridad aplicativa absoluta en dichas materias[344]. Por el contrario, si concurren convenios de empresa vigentes, podrán oponerse a la negociación del convenio de grupo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 84.1 y 89.1 ET.

*4.3.4. Concurrencia de convenios*

Jugará absolutamente la prohibición de concurrencia de convenios, regulada en el art. 84.1 ET, cuando haya convenios de empresa vigentes, en cuyo caso el convenio de grupo suspenderá sus efectos hasta que pierdan vigor los convenios de empresa[345].

*4.3.5. Prioridad aplicativa*

En las materias tasadas en el art. 84.2 ET el convenio de grupo tendrá prioridad aplicativa absoluta con respecto a los convenios de ámbito superior

[343] STC 73/1984

[344] SAN 29-11-2012, proced. 212/2012; STS 26-03-2014, rec. 129/2013; SAN 1-12-2014, proced.259/2014 y STSJ Navarra 30-07-2014, rec. 124/2014.

[345] STS 13-11-2007, rec. 8/2007.

a la empresa, pero no la tendrá en materias no listadas en dicho precepto[346], si bien se ha defendido, en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.5 ET, que se aplicará prioritariamente el convenio de empresa frente al superior, incluso en materias no listadas en el art. 84.2 ET, cuando el primero sea más beneficioso que el segundo[347].

### 4.4. Peculiaridades del convenio franja

Cuando se pretenda negociar un convenio franja, entendiéndose como tal aquel dirigido a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de una negociación personal, libre, directa y secreta, cuyas irregularidades deben impugnarse por sujetos colectivos y no por trabajadores individuales[348]. Se apuesta, por tanto, por las secciones sindicales, cuya representatividad no se medirá por los resultados en las elecciones sindicales, sino por la votación personal, libre, directa y secreta del colectivo afectado, quien decidirá qué secciones sindicales le representan, si bien, cuando haya más de una sección sindical, la comisión negociadora se conformará proporcionalmente al resultado de la votación[349], de manera que, si se negocia un convenio con el sindicato más representativo en el colectivo de trabajadores afectados el convenio será extraestatutario[350].

---

[346] STS 8-07-2014, rec. 164/2013 y SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

[347] SAN 1-12-2014, rec. 259/2014.

[348] SAN 29-10-1998, proced. 25/1998.

[349] Reclama un sindicato negociar un «convenio franja» que, afecta a todos los trabajadores de AENA con categoría de Controlador de Tránsito Aéreo (CTA), estimándose su pretensión, porque quienes han de negociar el convenio franja son los representantes sindicales de aquellos a quienes afecta, por ello, la negociación de un futuro convenio debe llevarse a cabo a través del trámite electoral que se configura en el artículo 87.1, concretamente en su párrafo cuarto, y el cuerpo electoral, para su elección, deben ser los trabajadores afectados por el convenio franja, entendiéndose que la comisión negociadora debe ajustarse proporcionalmente a los resultados, por lo que probado que el Sindicato accionante ostenta plena legitimidad porque había obtenido una amplia presencia en el proceso electoral (5,28% de los votos), habiendo obtenido más del 5% de los votos, parámetro establecido en el artículo 71.2 b) del ET que por analogía se puede aplicar a este supuesto al no establecer la norma que ha de entenderse por ‚secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente (SAN 17-03-2014, proced. 38/2014, confirmada STS 26-11-2015, rec. 317/14).

[350] Se impugnó un acuerdo alcanzado por la dirección de la empresa RENFE y el sindicato SEMAF, por considerar que, siendo un acuerdo de eficacia limitada, pretendía introducir una regulación de alcance general referida a formación de maquinistas y otras cuestiones como ordenación de turnos o movilidad del personal. La sentencia comentada, que confirma la estimatoria dictada por la Audiencia Nacional, y consiguientemente anulatoria del acuerdo, comienza confirmando la competencia de la AN por razón del ámbito territorial del conflicto; sigue declarando la adecuación del procedimiento de impugnación de convenios para atacar este acuerdo, y considerando suficientemente motivada la sentencia de instancia; aclara que el cauce para suplir una supuesta insuficiencia del relato fáctico ha de ser el motivo específico susceptible de

Se ha defendido que dicha legitimación se predica de las secciones sindicales y no de los sindicatos[351], aunque se ha admitido también para los sindicatos cuando se trate de empresas pluricelulares[352]. Cuando la unidad negociadora del convenio franja ha perdido actualidad, cabe negociar un convenio de empresa, en el que participan también los representantes de la franja previa[353].

Se ha admitido la negociación de convenios franja extraestatutarios, en cuyo caso no podrán negociar contenidos que tengan relevancia general, como podría ser la formación de los maquinistas[354].

### 4.5. Legitimación para negociar convenios sectoriales

En los convenios colectivos sectoriales estarán legitimadas para negociar las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10% de los empresarios, en el sentido del art. 1.2 ET, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, siendo irrelevante que la asociación esté compuesta únicamente por empresas pertenecientes al mismo grupo cooperativo, por cuanto el art. 87.3.c ET no establece dicha limitación[355], así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados (art. 87.3.c ET). Se prima, de este modo, a las asociaciones patronales que proporcionen trabajo a un gran número de trabajadores, aunque no agrupen al 10% de las empresas del sector. Ahora bien, será ilegal incluir en el ámbito del convenio actividades nuevas, sin acreditar que se acredita la necesaria representatividad en dichos ámbitos[356].

Así pues, la representación patronal si ha sufrido modificaciones importantes, para potenciar la legitimación negociadora de las asociaciones empresariales que cuenten con escasas empresas afiliadas siempre que éstas tengan

---

articular en casación, y no el más drástico de la nulidad de actuaciones; y, respecto del fondo, confirma el efecto de nulidad de los pactos o cláusulas que sobrepasen el límite natural de la eficacia de los convenios extraestatutarios (STS 21-02-2006, rec. 88/2004).

[351] SAN 16-04-1999, proced. 29/1999

[352] STS 28-02-2000, rec. 2040/1999.

[353] STS 28-02-2015, rec. 332/14.

[354] STS 21-02-2006, rec. 88/2004.

[355] Se reclama por la asociación patronal actora se reconozca su derecho a participar el la comisión negociadora del XXI Convenio colectivo del sector de las entidades cooperativas de crédito, oponiéndose la asociación UNACC al considerar que todas las integrantes del la asociación actora forman parte del Grupo Cooperativo Cajamar, estimándose por la Sala la demanda pues considera que ni el hecho haber formalizado un grupo cooperativo, ni el hecho de constituir un SIP priva a cada una de las cooperativas de su carácter de empresa susceptible de ser considerada como tal de forma individual, ni consiguientemente de asociarse en una asociación empresarial (SAN 21-05-2015, proced. 95/2015). Dicha sentencia ha sido confirmada por STS 8-11-2016, rec. 259/15.

[356] SAN 3-05-2016, proced. 69/16

muchos trabajadores, de manera que, donde antes se atribuía la representación a las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10% de los empresarios, en el sentido del Art. 1.2 de esta ley, y siempre que éstas dieran ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, ahora se reconoce legitimación a las asociaciones empresariales anteriores y, además, aquellas que en dicho ámbito den ocupación al 15 por 100 de los trabajadores afectados, por lo que se sobreprima a las asociaciones cuyas empresas tienen un mayor número de trabajadores que al de empresas, reclamado por los sindicatos en el borrador del frustrado acuerdo de negociación de 30-05-2011[357], habiéndose validado la legitimación inicial de las asociaciones patronales, que acrediten un 15% de trabajadores[358].

Deberá tenerse presente, en todo caso, que las asociaciones patronales, que acrediten un 15% de empresas y trabajadores en una comunidad autónoma, estarán legitimadas para negociar convenios colectivos de ámbito estatal, correspondiéndoles consiguientemente la carga de la prueba de dichos niveles de representatividad[359].

No obstante, el legislador, consciente de las dificultades de las asociaciones empresariales para alcanzar la representatividad exigida por las reglas citadas, ha dispuesto también en el art. 87.3.c ET, que en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores, de manera que ya no es exigible acreditar acumulativamente los porcentajes de representatividad de empresas y trabajadores, bastando acreditar uno u otro.

Por consiguiente, con la finalidad de promocionar la negociación colectiva sectorial, en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con la suficiente representatividad -10% de empresas y 10% de trabajadores o, en su defecto, con el 15% de trabajadores-

[357] Castro Argüelles, Mª. A., Aranzadi.

[358] STS 4-06-2014, rec. 111/2013

[359] Asociación española de empresas de iniciativa social: Impugnado un convenio colectivo, porque no se convocó a una asociación patronal más representativa de ámbito autonómico y porque las asociaciones patronales firmantes no tenían legitimación decisoria, se desestima la demanda, porque la demandante no probó, de ninguna manera, su mayor representatividad autonómica y se probó que las asociaciones patronales ostentaban la mayoría decisoria, porque así se pactó en conciliación ante la Sala, que despliega efectos de cosa juzgada (SAN 11-11-2013, proced. 298/2013).

estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores. Ahora bien, aunque estas asociaciones están legitimadas inicialmente para la negociación de convenios estatutarios, deberán acreditar, además, para que el convenio tenga naturaleza estatutaria, que proporcionan empleo a la mayoría de los trabajadores del sector, puesto que si no fuera así, no acreditarían la legitimación plena, exigida por el art. 88.2 ET, según la jurisprudencia[360]. Dicha tesis parece chocar con el párrafo tercero del art. 88.2 ET, que establece claramente una excepción a la regla, puesto que dispone que en aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma, disponiendo, a continuación que en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del art. 87.3.c ET. Consiguientemente, si atendemos a la sistemática del precepto examinado, que establece una excepción a la regla ordinaria para la constitución de la comisión negociadora, que exige necesariamente que los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio, no parece congruente que se exija, en estos supuestos, la legitimación plena en las mismas condiciones que la regla general.

Así pues, cuando se acredita que las dos patronales firmantes acreditaban legitimación inicial, acreditando una de ellas legitimación plena, se valida la legalidad del convenio[361]. Aunque las legitimaciones negociales deben acreditarse al conformarse la comisión negociadora, el reconocimiento mutuo de las partes activa la presunción de concurrencia de legitimaciones, que deberá ser destruida por quien las cuestione[362]. Dicha presunción no se destruye, cuando el demandante no acredita tampoco que la inclusión de un subsector en el convenio pugne con la homogeneidad del ámbito funcional del convenio[363].

[360] STS 4-06-2014, rec. 111/2013, casa SAN 27-11-2012.
[361] STS 16-03-2017, rec. 83/16, confirma SAN 17-12-2015.
[362] SAN 15-03-2017, proced. 349/16, ROJ: SAN 1163/2017.
[363] STS 27-04-2017, rec. 174/16, confirma SAN 3-05-2016.

Cuando se cuestione por la Autoridad Laboral la representatividad de los negociadores, alcanzándose acuerdo en conciliación judicial, por el que se decidió someter a arbitraje la representatividad, concluyéndose por el árbitro que ninguna de las partes acreditó las legitimaciones exigibles, confirmándose el laudo en sede judicial[364], es claro que no concurrían las legitimaciones exigidas, estimándose, al respecto, los efectos positivos de la cosa juzgada[365].

*4.5.1. La legitimación sindical*

Se mantiene la legitimación de los sindicatos más representativos de ámbito estatal y autonómico en sus ámbitos respectivos, así como los sindicatos representativos en el sector de que se trate, que les obligará a acreditar un 10% de los representantes unitarios[366]. Asimismo estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el art. 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta ET. La legitimación para negociar deberá acreditarse, en todo caso, al iniciarse la negociación del convenio[367] y si se excluye a un sindicato legitimado para la negociación, la consecuencia será necesariamente la nulidad del convenio[368], puesto que constituiría, además, vulneración de su derecho a la libertad sindical[369].

Deberá tenerse presente, en todo caso, que la presunción de legitimidad, otorgada por el reconocimiento mutuo de la contraparte, no será operativa en aquellos supuestos en los que la Autoridad laboral, en uso de sus potestades, concluya que las partes negociadoras no están legitimadas, en cuyo caso corresponderá a dichas partes acreditar que ostentan las legitimaciones previstas en los arts. 87, 88 y 89 ET[370]. Caso contrario, si la Autoridad Laboral

[364] SAN 29-06-2015, proced. 125/15, confirmada por STS 15-12-2016, rec. 263/16.

[365] SAN 12-05-2017, proced. 121/14, ROJ: SAN 1818/2017.

[366] TS 11-04-2011, rec. 151/2010, confirma SAN 14-junio-2010 (autos 79/2010); SAN 4-02-2016, proced. 357/2015; SAN 28-04-2016, proced. 67/14 y STS 10-05-2016, rec. 164/16, Roj: STS 2741/2016, confirma SAN 25-02-2015.

[367] SAN 12-07-2013, proced. 184/2013.

[368] STS 28-06-2012, rec. 81/2011.

[369] Reclamándose por el sindicato demandante su derecho a participar en la comisión negociadora del convenio sectorial con un representante de seis, se estima dicha pretensión, por cuanto dicho sindicato acreditó, al iniciarse el período de negociación, una representatividad superior al 10% en el ámbito del convenio, por lo que ostentaba legitimación inicial. Se anulan los acuerdos, tomados por la comisión sin la participación de un sujeto legitimado, por cuanto su exclusión vulneró su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva, garantizada por la CE, así como por la LOLS y el ET (SAN 30-04-2014, proced. 67/2014).

[370] La presunción de legitimación suficiente de los negociadores del convenio, predicada

no cuestiona la representatividad de los negociadores, se activa la presunción de representatividad, cuando se admite por los otros interlocutores en la negociación correspondiente[371]. Ahora bien, la presunción de legitimación no puede convertirse en patente de corso para ampliar ilimitadamente el ámbito funcional del convenio, sin hacer el mínimo esfuerzo para acreditar la homogeneidad funcional de los nuevos sectores, que se pretenda incluir, así como la representatividad de los negociadores[372]. En cualquier caso, si se acredita que el sindicato no ostenta el 10% de representantes unitarios del sector de Banca, no ostenta legitimación para negociar[373], siendo irrelevante que parte de los representantes unitarios computados no representes a trabajadores afectados por el convenio, porque lo importante es acreditar que se ostenta positivamente el 10% de los representantes unitarios de los trabajadores afectados[374].

### 4.6. Legitimación para negociar acuerdos interprofesionales

Corresponde a los acuerdos interprofesionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.2 ET, definir la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito[375]. No obstante, estas cláusulas podrán pactarse también en convenios o acuerdos colectivos de ámbito estatal o autonómico, siempre que sus negociadores cuenten con las legitimaciones exigidas por el ET, quienes podrán pactar también acuerdos sobre materias concretas, sometidas, al igual que los acuerdos interprofesionales, al mismo régimen de los convenios colectivos, en cuyo caso serán vinculantes para los

---

por la jurisprudencia, es aplicable cuando se cuestiona por otros sujetos negociadores, pero no se activa cuando es la Autoridad laboral, quien cuestiona dicha legitimación, porque es a la Autoridad laboral quien corresponde el control de legalidad de los convenios, de manera que, si la Autoridad laboral afirma que los negociadores no ostentan la legitimación legal, corresponde probar a éstos que si la tenían (STS 3-07-2012, rec. 83/2011).

[371] STS 19-07-2012, rec. 191/2011, confirma SAN 13-05-2011 y STS 24-06-2014, rec. 225/2013.

[372] Impugnado parcialmente un convenio colectivo, porque incluyó en su ámbito actividades náutico- deportivas y puertos deportivos, se desestima la excepción de falta de legitimación activa de las Federaciones demandantes, por cuanto se acreditó interés legítimo en el control de legalidad del convenio. Se estiman las demandas acumuladas, porque se acreditó cumplidamente que la patronal firmante del convenio no acreditaba las legitimaciones, exigidas legalmente, para ampliar el ámbito funcional del convenio a unas actividades en las que no tenía ninguna representación, no probándose tampoco que tuviera una mayoría suficiente, como para asegurar su legitimación plena, aunque no se representara a ninguna empresa de las actividades antes dichas. Se entiende también que las actividades controvertidas no son homogéneas con las reguladas principalmente por el convenio, como demuestra la insuficiente regulación de los grupos y niveles profesionales, relacionados con las mismas (SAN 11-09-2015, proced. 177/2015).

[373] STS 16-05-2017, rec. 159716, confirma SAN 4-02-2016.

[374] STS 21-06-2017, rec. 136/16.

[375] SAN 5-12-2003, proced. 157/2003.

afectados por sus ámbitos funcionales y personales[376], salvo que las materias tratadas tengan naturaleza obligacional, en cuyo caso no serán exigibles legalmente más que a sus firmantes[377]. Se ha entendido, en todo caso, que los sujetos legitimados, que no firmaron estos acuerdos, no tendrán derecho a participar en su comisión paritaria, salvo que la misma acometa tareas negociadoras[378], siendo irrelevante, que se firmara el convenio, cuando no se firmó su prórroga[379]. Corresponde a la comisión paritaria la interpretación y administración del convenio y sus resoluciones tendrán el mismo valor que el convenio colectivo[380].

Estarán legitimadas las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. No obstante, estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en el ET. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que

[376] Impugnándose varios preceptos de un convenio colectivo estatutario, por contravención de la legalidad, se estima la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, porque los negociadores del convenio se sometieron expresamente al ASAC, donde se prevé que los conflictos de impugnación de convenios deben someterse previamente a los procedimientos regulados en el propio acuerdo, lo que no se efectuó por la patronal demandante (SAN 17-01-2013, proced. 293/2013).

[377] Las propuestas sobre incrementos salariales contempladas en el Acuerdo suscrito el 25-1-12 por CEOE y CEYME con CCOO y UGT, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.2 ET (BOE 6-2-12), tienen naturaleza obligacional y carácter no vinculante para los sujetos negociadores en los distintos ámbitos, como se deduce de que no aparezcan enunciadas en forma imperativa sino condicional, salvando además expresamente a los Convenios Colectivos que tengan negociadas cláusulas de actualización salarial vigentes cuando señala: "Respetando la autonomía de las partes, para aquellos convenios colectivos que tengan negociadas cláusulas de actualización salarial vigentes que afecten al crecimiento salarial de los tres próximos años, los firmantes del presente acuerdo, proponen a los negociadores tener en cuenta la incidencia de estas cláusulas sobre el crecimiento salarial total de forma que esté en línea con el objetivo de moderación salarial del presente acuerdo". Consiguientemente, la patronal firmante de un convenio sectorial provincial no puede ampararse en el referido Acuerdo estatal para dejar de aplicar los incrementos salariales anuales pactados en un convenios suscrito con anterioridad a la firma del AENC (STSJ Comunidad Valenciana 12-03-2013, rec. 177/2013).

[378] SAN 19-05-2004, proced. 200/2013.

[379] SAN 17-11-2016, proced. 275/16.

[380] (STS 21-06-2016, rec. 284/15, Roj: STS 3939/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3939, confirma SAN 9-07-2015).

se refiere el apartado segundo del art. 83 ET, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos.

Consiguientemente, el presupuesto constitutivo para la validez de los Acuerdos Interprofesionales, es que cumplan los requisitos de legitimación exigidos en el ET, lo cual comporta necesariamente que cualquier sujeto con legitimación inicial suficiente tiene derecho a formar parte de la comisión negociadora, provocando la nulidad cuando se le excluya[381], lo que no será exigible, cuando el acuerdo en cuestión tenga naturaleza extraestatutaria[382]. Los acuerdos de sus comisiones de seguimiento, que comporten negociación, deberán asegurar los requisitos de legitimación[383].

## 5. PROCEDIMIENTO NEGOCIAL

### 5.1. Promoción del derecho a la negociación colectiva

La legitimación, para denunciar el convenio, corresponde a los sujetos con legitimación inicial, aunque la renegociación del convenio exigía acreditar también la legitimación plena[384]. Como no podría ser de otro modo, se reitera que sindicato, federación o confederación sindical (STS 13-07-2010, rec. 17/2010), y toda asociación empresarial (STS 13-07-2010, rec. 112/08), que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora, mientras que la exclusión de sindicatos (STS 19-11-2010, rec. 572010), o asociaciones empresariales (STS 21-10-2010, rec. 56/2010) sin legitimación suficiente no lesiona su derecho a la negociación colectiva. Por el contrario, si se excluye de la comisión negociadora a un sujeto legitimado su composición no se ajustará a derecho, en cuyo caso el convenio, pactado por la comisión ilegal, será también nulo[385], aunque la ilegalidad de excluir a sujetos legitimados, no comporta la obligación de convocarlos a la negociación por los demás sujetos legitimados[386]. La acreditación de la legitimación inicial y plena deberá probarse en el momento del inicio de la negociación[387], en cuyo caso se mantendrá así durante todo el proceso negociador[388], de ma-

[381] STS 22-10-2013, rec. 110/2012.

[382] STS 8-02-2012, rec. 214/2010.

[383] STS 19-02-2013, rec. 148/2011.

[384] STS 2-12-2016, rec. 14/16, Roj: STS 5619/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5619.

[385] Anulada la composición de la comisión negociadora del convenio mediante sentencia firme, porque se excluyó a un sindicato legitimado inicialmente, el convenio suscrito por la comisión, que excluyó al sindicato reiterado, es nulo a todos los efectos (STS 28-06-2012, rec. 81/2011).

[386] SAN 25-04-2013, proced. 33/2013, confirmada por STS 25-11-2014, rec. 63/2014.

[387] STS 3-02-2015, rec. 20/2014.

[388] STSJ Castilla la Mancha 8-05-2015, rec. 19/2014.

nera que, si se promovió primero la negociación de un convenio de empresa por los sindicatos mayoritarios, no habrá prioridad para negociar previamente un convenio de ámbito autonómico[389]. Si en los acuerdos de fusión, se convino negociar un convenio para todas las empresas fusionadas, siendo dicho ámbito el natural y propio de la empresa, la comisión negociadora deberá ajustarse al nuevo ámbito, aunque se hubiera pretendido negociar antes un convenio cuyo ámbito era de comunidad autónoma, porque el registro de la denuncia del convenio ante la Autoridad Laboral no es determinante a estos efectos, habiéndose acreditado, por otra parte, que los sindicatos promotores de la negociación a nivel de empresa lo hicieron con anterioridad[390].

Conviene precisar aquí, que el art. 84.2 ET permite negociar un convenio de empresa, grupo de empresas o empresas en red durante la vigencia de convenios de ámbito superior, por cuanto el convenio de empresa, grupo de empresas o empresas en red tiene prioridad aplicativa sobre el convenio superior concurrente en las materias tasadas en el precepto antes dicho. En cualquier caso, si el convenio de los ámbitos reiterados fuera más beneficioso en otras materias que el de ámbito superior, sería aplicable también[391]. Caso contrario, si el convenio de ámbito superior regula aspectos no listados en el art. 84.2 ET, la consecuencia sería la suspensión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa hasta la pérdida de vigencia del convenio de ámbito superior[392].

### 5.2. La comisión negociadora

El reparto de los miembros de la comisión negociadora se hará *en proporción a su representación* en relación al número de miembros, que no podrá exceder de trece en los convenios de empresa y de quince en los convenios de ámbito superior, aunque nada impide que el número sea inferior, si así lo deciden los sujetos legitimados[393], positivizándose, de este modo, la ausencia de regulación legal, de manera que la mesa social de la comisión negociadora debe asegurar la presencia de los sindicatos más representativos estatales y de CCAA, quienes deberán acreditar dicha condición[394], sea cual fuere su representatividad en el sector, repartiéndose proporcionalmente a la representatividad en el sector las restantes vocalías conforme al sistema de restos[395]. Las legitimaciones exigibles deberán acreditarse al constituirse la comisión

[389] SAN 28-09-2011, proced. 117/2011.
[390] SAN 29-01-2013, proced. 218/2013.
[391] SAN 1-12-2014, rec. 259/2014.
[392] STS 13-11-2007, rec. 8/2007.
[393] STSJ Madrid 20-07-2012, rec. 3607/2012.
[394] SAN 11-11-2013, proced. 298/2013.
[395] TS 11-04-2011, rec. 151/2010, confirma SAN 14-junio-2010 (autos 79/2010).

negociadora[396], de manera que será exigible acreditar en ese momento tanto la legitimación inicial, como la legitimación plena[397], puesto que la representatividad debe acreditarse cuando se inicia la negociación de un convenio colectivo, sin que quepa admitir dicha representatividad por el hecho de que se hubiera tenido aquélla en otros anteriores y con ámbitos funcionales no enteramente coincidentes con el sector estatal del presente convenio[398].

En cualquier caso, es necesaria la existencia de una comisión negociadora, que reúna los requisitos del art. 88.2 ET, sin que quepa una negociación global con todos los representantes unitarios de la empresa de varios centros de trabajo, aunque hubiera centros sin representación[399], ni cabe tampoco negociar un convenio de empresa con representantes ad hoc[400]. Cuando se negocie convenio de empresa, si las secciones sindicales decidan no acometer la negociación y no hay comité intercentros, deberían negociar todos los representantes unitarios, quienes deberán conformar la comisión negociadora con arreglo a criterios proporcionales[401].

Se mantienen los requisitos previos, para acreditar la legitimación plena, que exigen para que la comisión negociadora esté válidamente constituida que los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio[402]. Se ha validado, que la composición de la bancada empresarial no tiene que estar constituida por quince miembros, cuando negocia únicamente una asociación patronal, quien delega en algunos de sus cargos[403], admitiéndose también que cada sección sindical esté representada por un solo miembro, siempre que se pondere el voto de cada una en función de su representatividad[404].

En cualquier caso, el reconocimiento de los demás interlocutores de la comisión negociadora activa una presunción de representatividad suficiente, que debe destruirse por quien niegue dicha representatividad[405].

---

[396] STS 22-12-2008, RJ 2008\7172.

[397] STS 26-10-2014, rec. 267/2013, confirma SAN 25-04-2013 y STS 3-02-2015, rec. 20/2014, confirma SAN 31-05-2013

[398] STS 15-12-2016, rec. 264/15, confirma SAN 29-06-2015.

[399] SAN 28-03-2014, proced. 33/2014).

[400] STSJ Canarias 31-07-2014, rec. 9/2014.

[401] STS 16-09-2015, rec. 139/2014, confirma SAN 20-03-2014.

[402] STS 5-11-2002, RJ 2003\759; 17-01-2006, RJ 2006\3000 y 22-12-2008, RJ 2008\7172.

[403] SAN 31-05-201, proced. 140/2013.

[404] STS 23-01-2012, rec. 220/2010.

[405] Solicitada la nulidad de la composición de la comisión negociadora de un convenio sec-

Si constituye una novedad importante, orientada a promocionar la negociación, que en los sectores, denominados "virginales" por Sempere, en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma. Del mismo modo, cuando no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del artículo 87.3.c)[406]. En ambos casos, el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación, lo que ha dado en denominarse "representación virtual" (Desdentado).

La designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras, siendo este el momento más delicado de la negociación, puesto que es entonces cuando corresponde acreditar las legitimaciones exigibles[407], sin que vulnere la libertad sindical la exclusión de un sindicato que no acredite el 10% de la representatividad de la comisión negociadora del convenio sectorial[408]. Una vez constituida la mesa, sus componentes mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán, igual que el presidente, con voz pero sin voto. Parece claro, por tanto, que la designación deberá realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad, lo que ha sido fuente de conflictividad, si no se resuelve definitivamente el cálculo de los representados,

---

torial, porque se excluyó a una asociación patronal, que firmó convenios anteriores, cuya legitimación inicial se reconoció en la reunión inicial de la comisión negociadora, se desestima dicha pretensión, porque se probó que el reconocimiento inicial fue provisional y quedó condicionado a acreditar la representatividad en la reunión siguiente, mediante la presentación de los TC2 de Mayo de 2013, sin que la demandante cumpliera dicha condición. Por lo demás, reconocida la representatividad de las patronales por los interlocutores sociales, se activa la presunción de legitimación, que no ha sido destruida por la demandante (SAN 31-01-2014, proced. 437/2013).

[406] Reclamándose se dicte sentencia mediante la que se declare que una asociación patronal con legitimación inicial no tiene, sin embargo, legitimación plena para constituir por sí misma la comisión negociadora, dado que sus empresas no dan empleo a la mayoría de los trabajadores del sector, se desestima la demanda, porque el art. 88.2 ET (2) admite, como excepción, que una asociación empresarial con legitimación inicial constituya la comisión negociadora si no existen asociaciones con suficiente representatividad como para tener legitimación plena (SAN 27-11-2012, rec. 245/2012).

[407] STS 3-12-2009, RJ 2009\8038; 1-03-2010, RJ 2010\1478; 21-01-2010, RJ 2010\3115 y STS 25-11-2014, rec. 63/2014; STS 16-05-2017, rec. 129/16, confirma SAN 4-02-2016.

[408] STS 21-06-2017, rec. 136/2016

lo cual exigirá identificar, conforme a la DA 2ª.1.c RDL 7/2011, vías adicionales de conocimiento, distintas de las hojas estadísticas de los convenios colectivos, que permitan obtener información completa y rigurosa de los contenidos de la negociación colectiva, lo que deberá hacerse antes del 31-12-2011, que se resolverá satisfactoriamente, si se considera como dato de cumplimentación obligatoria el código del convenio colectivo aplicable en la empresa en los documentos de cotización que mensualmente deben elaborar y remitir las empresas a la Tesorería General de la Seguridad Social, aunque podrían haberse utilizado otras fórmulas, como la obligación de fijar en el boletín de afiliación a la Seguridad Social el convenio aplicable al trabajador[409]. Ninguna de esas medidas se ha cumplimentado por el legislador, por lo que continúa existiendo una cierta oscuridad en la representatividad de las asociaciones patronales.

En los convenios sectoriales el número de miembros en representación de cada parte no excederá de quince. En el resto de los convenios no se superará el número de trece, habiéndose entendido por la jurisprudencia, que acreditadas las legitimaciones de los negociadores, la composición les corresponde a éstos[410].

La composición de la comisión negociadora deberá ajustarse proporcionalmente en cada representación, adjudicándose los puestos por el sistema de restos[411]. Se ha admitido, en cualquier caso, que la comisión negociadora delegue en comisiones específicas para desbrozar la negociación, siempre que la decisión final corresponda a la comisión legitimada[412], man-

[409] Mercader Uguina, J.R. Lecciones de Derecho del Trabajo.

[410] STS 6-04-2017, rec. 152/16, confirma SAN 7-03-2016.

[411] Impugnada la comisión negociadora del convenio, se estima la demanda, porque se acreditó que el resto del sindicato demandante es superior al resto de otro sindicato, al que se adjudicó un representante, siendo irrelevante el número de trabajadores, que represente cada órgano unitario, por cuanto la proporcionalidad en la representación de la comisión negociadora del convenio de empresa se predica del número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen (SAN 17-12-2013, proced. 467/2013).

[412] Impugnados los acuerdos alcanzados en la comisión paritaria permanente establecida en el convenio colectivo de TELEFÓNICA por pretendida vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva, se desestima la demanda pues de lo actuado se aprecia que los sindicatos demandantes a través de su presencia en el comité intercentros participaron en el proceso de negociación de estos acuerdos fijado en el convenio y que no es cuestionado, entendiéndose razonable que en negociaciones complejas el comité intercentros encomiende a representaciones reducidas del mismo el desbroce de la negociación, siempre que el comité intercentros tenga información, que permita debatir y acordar, lo cual sucedió aquí. Se acumula demanda que impugna uno de dichos acuerdos por considerar que vulnera disposiciones legales en materia de jornada, pretensión que asimismo resulta desestimada por no contravenir lo convenido ninguna norma de rango legal de obligada observancia (SAN 9-09-2014, proced. 78/2014).

teniéndose, de este modo, la necesidad de que la negociación en la comisión negociadora sea real y no formal[413].

La decisión final deberá asegurar, en todo caso, el voto favorable de ambas representaciones, quienes deberán acreditar la legitimación inicial y deliberativa[414], correspondiendo acreditar, a quien niegue dicho apoyo, que no se votó por los representantes necesarios[415]. Se ha debatido si es válido un acuerdo, suscrito por la mayoría de la comisión negociadora, compuesta por secciones sindicales, cuando se dividen las posturas de una de ellas y el voto favorable se hace contra el criterio del sindicato, concluyéndose que es válida, por cuanto el art. 89.3 ET establece que las decisiones exigirán el voto favorable[416] de cada una de ambas representaciones[417], lo cual significa que la mayoría de la representación social debe aprobar el convenio[418], aunque se trata de un criterio discutible, puesto que los miembros de la comisión negociadora, que actúan en nombre de las secciones sindicales, han sido nombrados por éstas con arreglo a sus propios estatutos, conforme a lo dispuesto en el art. 4.2 LOLS, de manera que su representatividad no es

[413] Impugnado un convenio colectivo, porque los firmantes se reservaron la participación en comisiones, a las que se concedieron funciones negociadoras, aunque luego tuvieran que aprobarse en la comisión negociadora del convenio, incluyendo entonces a los sindicatos legitimados no firmantes, se desestima la falta de litisconsorcio pasivo necesario del comité intercentros, por cuanto no negoció el convenio y no tiene por qué ser demandado. Se sintetiza la jurisprudencia sobre el papel de las comisiones reservadas a firmantes, que solo pueden tratar los aspectos interpretativos o aplicativos del convenio, pero nunca aspectos reservados a la negociación colectiva, aunque luego se aprueben formalmente por la comisión negociadora, quien se limita, de este modo, a ratificar pero no a negociar y se confirma la sentencia recurrida, que anuló los artículos que regulaban dichas comisiones (STS 3-02-2015, rec. 64/2014, confirma SAN 30-09-2013)

[414] STS 25-01-2017, rec. 40/16.

[415] El TS confirma la validez de la negociación del IV Convenio Colectivo Estatal para la Madera, ante la falta de prueba por la parte empresarial en relación a la falta del "quórum" necesario y mayoría exigida legalmente. Es necesario desvirtuar las presunciones que se derivan de los reconocimientos mutuos por parte de todos los interlocutores, sindicales y patronales, tanto en relación con la legitimación inicial como respecto a la exigible a la mesa o comisión negociadora (STS 3-02-2015, rec. 20/2014, confirma SAN 31-05-2013).

[416] STSJ Comunidad Valenciana 20-12-2012, proced. 23/2012.

[417] Desestima el TS el rec. de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó la demanda de impugnación de convenio colectivo formulada frente a las centrales nucleares demandadas. Considera la Sala que el texto impugnado fue aprobado por la mayoría de la representación social, siendo indudable la validez de lo acordado, aunque el sindicato demandante hubiera manifestado su disconformidad, al cumplirse los requisitos exigidos para la validez del convenio colectivo que, en ningún caso, exige el voto unánime de las representaciones que integran la mesa negociadora, sino la mayoría de cada uno de los bancos que la integran (STS 22-09-2010, rec. 226/2009).

[418] STS 22-09-2010, rec. 226/2009.

directa, puesto que está intermediada por la sección, siendo razonable, por consiguiente, que se someta al criterio mayoritario de la sección.

Se ha validado, si bien de modo excepcional, que el convenio de empresa se negociara con una comisión híbrida, compuesta por los representantes unitarios y un delegado sindical, puesto que los primeros tenían la mayoría necesaria y no se probó que la presencia del delegado sindical alterase la negociación[419]. Destacar finalmente, que la sección sindical, que acredite la mayoría de los representantes de los trabajadores, está legitimada también para suscribir acuerdos parciales durante la negociación del convenio[420].

## 6. CONTENIDO NEGOCIAL

### 6.1. La nueva regulación del contenido mínimo de los convenios

La Ley 3/2012, de seis de julio, ha eliminado radicalmente la reforma del art. 85.3.d ET, impulsada por el RDL 7/2011, de manera que en su nueva versión se limita a establecer que constituirá contenido mínimo del convenio la forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia, porque la nueva regulación de la ultractividad, junto con la complejidad de la regulación precedente, la hace innecesaria[421].

Desaparecen, del mismo modo, las importantes funciones, encomendadas por el RDL 7/2011 a las comisiones paritarias, que volverán a desempeñar sus funciones clásicas, como son el estudio[422], la interpretación y administración del convenio, lo que justificará sobradamente la exclusión de los sindicatos no firmantes[423], salvo que desempeñen funciones negociadoras[424]. Si sucediera lo contrario y se excediera los límites aplicativos o interpretativos de la comisión paritaria, deberían integrarse los sujetos legitimados para negociar[425].

Finalmente la Ley 3/2012, de seis de julio, causada en el RDL 3/2012 hace desaparecer del contenido mínimo del convenio la distribución irregular de jornada, como medida de flexibilidad interna, porque la traslada, por razones sistemáticas al art. 34.2 ET, donde se prevé que en defecto de pacto la empresa podrá distribuir el 10% de la jornada anual de manera irregular, habiéndose entendido que la expresión "en defecto de pacto", contenida en

[419] SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.
[420] SAN 24-09-2015, rec. 172/2015.
[421] Jesús Mercader Uguina, obra citada.
[422] SAN 28-06-2013, proced. 202/2013.
[423] SAN 22-12-2011, proce. 228/2011.
[424] SAN 26-09-2011, proce. 152/2011, ROJ 4215/2011.
[425] STS 5-06-2013, rec. 2/2012.

dicho precepto comporta que la disposición del empresario del mencionado 10% solo sería viable cuando no se haya regulado convencionalmente sobre la materia, debiendo recordarse que el AENC II prevé en su apartado de flexibilidad ordinaria una distribución irregular del 10% de la jornada ordinaria anual, así como una bolsa de cinco días o 40 horas anuales en las que el empresario podrá alterar la distribución de la jornada en el calendario de la empresa, acreditando, de este modo, que la negociación colectiva al máximo nivel no ha sido insensible a las necesidades de adaptabilidad de las empresas, apostando decididamente por la flexibilidad interna[426].

Parece claro, por tanto, que el legislador ha impulsado su propio modelo de negociación colectiva, sin tener en cuenta las grandes aportaciones de la propia negociación colectiva general, para promocionar la adaptabilidad de las empresas, lo que afectará a la estabilidad de una negociación colectiva, que ha contribuido históricamente a la ordenación del mercado de trabajo, mediante la mejora de las condiciones de los trabajadores, así como al aseguramiento de la concurrencia leal entre empresas, mediante el desplazamiento de la competitividad a campos como la formación, la inversión, la innovación y la eficiencia del servicio[427], buscando, al parecer, promocionar esencialmente la competitividad y la productividad empresarial en el ámbito de las relaciones laborales.

### 6.2. Aspectos conflictivos en la negociación colectiva y su tratamiento en la jurisprudencia y en la doctrina judicial. Principio de jerarquía normativa

La jurisprudencia se ha ocupado reiteradamente de la inaplicación del convenio como consecuencia de la entrada en vigor del RDL 20/2012, concluyéndose que dicha inaplicación se ajusta a derecho en aplicación del principio de jerarquía normativa[428], sin que dicha limitación alcance a las retribuciones devengadas con anterioridad a la vigencia de la norma[429], aclarándose, en todo caso, que dichas medidas afectaban a las AAPP pero no a las Mutuas, en lo que afecta a los complementos de incapacidad temporal[430]. Se ha admitido, así mismo, la inaplicación de la retribución convencional, cuando así lo disponían las leyes autonómicas, aplicando, del mismo modo, el principio de jerarquía

[426] 18-01-2011, rec. 96/2010.

[427] Casas; Rodríguez Piñero y Valdés, obra citada.

[428] STS 14-03-2017, rec. 299/14.

[429] SSTS de 9 diciembre 2015 (rec. 12/2015), 16 diciembre 2015 (rec. 13/2015), 17 diciembre 2015 (rec. 22/2015) la STS nº 20/2016, de 20 de enero (rec. 220/2014) y STS nº 29/2016, de 21 de enero (recurso 277/2013) (STS 14-03-2017, rec. 140/16, confirma SAN 15-03-2016); STS 6-04-2017, rec. 118/16, Roj: STS 1619/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1619

[430] STS 15-03-2017, rec. 159/16, Roj: STS 1174/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1174, confirma SAN 22-03-2016

normativa[431], si bien dicha inaplicación debe someterse a la negociación colectiva, cuando lo dispone así la norma autonómica[432]. Se ha admitido también, interpretando el alcance de la cláusula del convenio del sector que establece la equiparación del personal de contratas con los empleados públicos, de manera que, a los efectos de la recuperación de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 de los empleados públicos, condenándose a la empresa para la que se prestan servicios en el momento de la equiparación salarial positiva (2015), puesto que si les fue aplicable la reducción en su momento, les es aplicable también la equiparación al sector público, cuando ésta se produce[433].

### 6.3. Aplicación del convenio

Se aplica el convenio colectivo propio de los Centros Especiales de Empleo, que no el sectorial de limpieza, pese a que la jurisprudencia sostenga lo contrario en materia de sucesión de contratas, tras resumir y sistematizar doctrina de la Sala sobre el particular y aplica doctrina[434]

### 6.4. Control de legalidad del convenio Salud laboral

Se ha anulado parcialmente convenio de empresa, que obligaba a los trabajadores a limpiar toda su ropa de trabajo, entendiéndose que no cabe hacerlo así, cuando se produce la presencia de fluidos biológicos en la ropa, o salvo la imposibilidad por parte de la evaluación de riesgos de excluir la presencia de agentes biológicos peligrosos, conforme a los grupos 3 y 4 de clasificación, en la ropa del trabajador susceptibles de provocar contagio de enfermedades graves[435].

### 6.5. Contratación y jornada extraordinaria

Se ha anulado la cláusula convencional, que omitía la identificación de las causas de eventualidad en los contratos eventuales, porque dicha identificación es el presupuesto de su causalidad, aunque se ha admitido que sea el empleador quien decida si las horas extras, realizadas voluntariamente por los trabajadores, se pagan o se descansan[436]. Se ha validado que el convenio limite el número de contratos para la formación en función de la plantilla, porque la negociación colectiva es soberana a la hora de decidir sus contenidos, sin más limitación que las normas legales de derecho necesario, que no concurren

---

[431] STS 6 Y 10-2016, rec. 29/13 y 26/13; STS 12-01-2017, rec. 50/16, Roj: STS 801/2017 - ECLI:ES:TS:2017:801

[432] STS 25-04-2017, rec. 198/16.

[433] STS 4-04-2017, rec. 13/16, Roj: STS 1543/2017 - ECLI:ES:TS:2017:154.

[434] SSTS 24 noviembre 2015 (rec. 136/2014) y 9 diciembre 2015 (rec. 135/2014) (STS 2-02-2017, rec. 2012/15, Roj: STS 1011/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1011.

[435] STS 6-03-2017, rec. 251/16, Roj: STS 1751/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1751

[436] SAN 1-03-2017, proced. 11/17, ROJ: SAN 502/2017

aquí. Se valida, del mismo modo, que los negociadores del convenio listen qué puestos de trabajo pueden utilizar las modalidades de contratos formativos, porque está previsto para los contratos en prácticas y no está prohibido para los de formación, no habiéndose alegado, ni probado concretamente, que los supuestos concretos impidan la utilización debida de estas modalidades contractuales y se admite finalmente que los daños extraordinarios y urgentes, listados en el convenio, se adecúan a la regulación legal de las horas extraordinarias[437], admitiéndose, del mismo modo, que los imprevistos propios de la actividad de los controladores aéreos, constituyen un supuesto de fuerza mayor[438]. Se ha admitido también la utilización contrato eventual por circunstancias de la producción en los seis primeros meses de las nuevas campañas, porque dicha medida comporta resucitar el contrato por lanzamiento de nueva actividad, se desestima dicha pretensión, por cuanto el ET permite que los negociadores del convenio determinen los supuestos de utilización del contrato eventual por circunstancias de la producción, entendiéndose por la Sala que es razonable que los negociadores del convenio admitan la necesidad de mayor número de trabajadores al iniciarse una campaña, que durante su desarrollo posterior, una vez ajustada la demanda concreta de servicios[439].

### 6.6. Retribución de las vacaciones

La jurisprudencia ha validado la retribución de las vacaciones, pactada en convenio, porque esa retribución aseguraba la media anual por todos los conceptos retributivos ordinarios[440]. Se ha mantenido de modo reiterado y pacífico que las vacaciones deben retribuirse por la media de todos los conceptos retributivos, que correspondan con el trabajo ordinario[441]. Se excluyen, por tanto, los conceptos extraordinarios, como la retribución de "toma y deje"[442], así como los conceptos extraordinarios o aquellos que comporten una doble retribución[443].

---

[437] SAN 21-06-2017, proced. 144/17, ROJ: SAN 2739/2017.

[438] STS 11/05/2017, rec. 191/16, Roj: STS 2328/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2328, confirma SAN 19-05-2016.

[439] SAN 15-03-2017, proced. 48/17, ROJ: SAN 1293/2017.

[440] STS 25-01-2017, rec. 96/16, Roj: STS 637/2017 - ECLI:ES:TS:2017:637, confirma SAN 22-10-2016.

[441] SAN 18-01-2017, proced. 317/2016, ROJ**:** SAN 47/2017; STS 2-03-2017, REC. 151/2016, Roj: STS 1143/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1143, confirma SAN 7-04-2016; SAN 23-03-2017, proced. 9/17, ROJ: SAN 1252/2017

[442] STS 30-01-2017, rec. 44/16, Roj: STS 800/2017 - ECLI:ES:TS:2017:800, confirma SAN 25-09-2015

[443] STS 14-02-2017, rec. 45/16, Roj: STS 825/2017 - ECLI:ES:TS:2017:825, confirma SAN 24-09-2015.

### 6.7. Igualdad

Se ha anulado la cláusula convencional, que distingue, sin justificación razonable y objetiva, las aportaciones extraordinarias al Plan de Pensiones, con base a la fecha de ingreso en la empresa[444]. Se ha anulado, así mismo, el trato desigual en la percepción del plus de vinculación, cuando no se acredita razonable y proporcionadamente el trato diferenciado[445] y también la cláusula que establece una doble escala salarial, por cuanto el complemento de antigüedad se mantiene y se regula de forma dinámica hacia el futuro para el colectivo beneficiado[446]. Por el contrario, se ha declarado la legalidad de los preceptos convencionales que establecen una distinta retribución del complemento de antigüedad, en función de la fecha de ingreso en la empresa, subrayando que no generan cosa juzgada las sentencias dictadas en impugnación de convenios de años anteriores con idéntica redacción literal, pero su contenido resulta sin embargo vinculante, en cuanto no se ha demostrado que hayan dejado de concurrir las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la STS de 19 de enero de 2010 para considerar justificada y conforme a derecho esa desigualdad[447]. Se ha descartado también que vulnere el principio de igualdad, que el convenio contemple, para el cómputo de la antigüedad, cuando no se hayan producido interrupciones superiores a tres meses, siempre que tal régimen se aplique igual a todos los trabajadores[448]. Tampoco vulnera el principio de igualdad, aunque se produzca diferencia de trato para los colectivos comparados, por cuanto se acreditó que realizaban diferentes funciones y partían de formaciones diferenciadas[449].

### 6.8. Jornada

Impugnado el acuerdo adoptado por la Comisión Negociadora del convenio colectivo, relativo a la regulación de la jornada en cuanto a su distribución irregular y a la disponibilidad horaria. El acuerdo es válido por cuanto se firmó por la mayoría de los componentes de la Comisión Negociadora y se enmarca en la autonomía de dicha comisión en orden a establecer acuerdos parciales que condicionan la ultra actividad de los convenios denunciados y cuya vigencia ordinaria ya estaba finalizada. La falta de depósito y publicación del acuerdo impide que el referido acuerdo tenga carácter estatutario, por

[444] STS 27-06-2017, rec. 49/16, confirma SAN 26-10-2015.

[445] STS 20-04-2017, rec. 145/16, Roj: STS 1844/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1844, confirma SAN 8-02-2016

[446] STS 9-03-2017, rec. 135/16, Roj: STS 1122/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1122.

[447] STS 11-07-2016, rec. 193/15, Roj: STS 4004/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4004, casa SAN 5-03-2015.

[448] STS 20-10-2016, rec. 242/15.

[449] SAN 1-02-2017, proced. 330/16, ROJ**:** SAN 267/2017

lo que no puede afectar a aquellos convenios que, estando en régimen de ultra actividad legal o convencional, regulen las materias que el acuerdo impugnado establece. En los convenios que no regulen dicha materia el acuerdo se aplica en virtud del artículo 34.2 ET[450]. Los controladores, que disfrutan de vacaciones durante un periodo en un mes, pretenden se les programe la jornada que proporcionalmente corresponda para el resto de ese mes, atendiendo a los servicios programados al resto de los CTA en la dependencia en igual puesto de trabajo y en similares condiciones, se desestima dicha pretensión, por cuanto la literalidad de la regulación convencional establece que la programación proporcional es potestativa, a diferencia de la regulación del convenio precedente, que era imperativa, habiéndose acreditado que esa era la intención de los contratantes, no solo por sus propios actos, sino también por la finalidad de la regulación convencional y por la propia sistemática del convenio, relacionada con la proporcionalidad y la regulación de la jornada, que demuestra claramente que, cuando se ha querido establecerla imperativamente, se ha hecho así lo que no sucede con el precepto interpretado[451]

### 6.9. Jubilación

Se ha declarado que la edad de jubilación del colectivo de controladores aéreos es la establecida en su norma especial (65 años), y si las cotizaciones efectuadas a Clases Pasivas como funcionarios públicos hasta su excedencia han sido computadas para acceder a una pensión de jubilación de esa naturaleza y clase, ello no obliga a la empresa a prolongar la situación de tales trabajadores más allá de esos 65 años hasta alcanzar el período necesario para causar otra pensión en el RGSS[452].

### 6.10. Permisos

Discutiéndose si el reposo domiciliario del familiar equivale a la atención continuada, para conceder permisos a los trabajadores y se ha declarado que no hay incompatibilidad entre "reposo domiciliario" y "atención continuada", porque e presupuesto del reposo es que no se tengan que realizar actividades por el paciente, sin perjuicio, claro está, de las actuaciones fraudulentas o abusivas, que deberán examinarse y probarse caso por caso[453].

---

[450] STS 14-12-2016, rec. 17/16, confirma SAN 24-09-2015, Roj: STS 5725/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5725

[451] SAN 15-03-2017, proced. 26/17, ROJ: SAN 1164/2017

[452] STS 22-02-2017, rec. 13872016, confirma SAN 19-02-2016, Roj: STS 880/2017 - ECLI:ES:TS:2017:880

[453] SAN 12-05-2017, proced. 114/17, ROJ**:** SAN 1514/2017.

### 6.11. Plan de igualdad

La empresa no puede imponer unilateralmente el Plan de Igualdad, por cuanto debe negociarse con los representantes de los trabajadores, sin que quepa su imposición unilateral por la empresa[454].

### 6.12. Promoción profesional

Pactado en convenio colectivo, que la empresa se comprometía a presupuestas los fondos necesarios para ejecutar las promociones profesionales, producidas el ejercicio anterior, se declara esa obligación, porque así lo dispone el convenio, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la empresa[455]. Se ha admitido, del mismo modo, que la Mutua convoque los concursos de promoción interna, pactados en el convenio, esté obligada a respetar los límites presupuestarios del incremento de la masa salarial autorizada, por cuanto ni ha probado, ni ha intentado probar, que no se le autorizara incrementar la masa salarial para cumplir los compromisos convencionales, ni ha probado, siquiera, que la convocatoria del concurso superase efectivamente el 1% de la masa salarial autorizada[456].

### 6.13. Retribuciones variables

Reclamado un nuevo cálculo de la paga variable y la de beneficios de 6000 trabajadores que estuvieron adscritos a la empresa cedente hasta el 30-6-2014 y desde el 1-7-2.014 a la empresa cesionaria ha de calcularse teniendo en cuenta en el primer periodo como si se hubieran prestado servicios en Airbus operaciones y desde entonces en la nueva división, se estima la demanda parcialmente por cuanto no puede partirse de unas cantidades fijadas de forma global sobre parámetros que por lo razonado resultan erróneos, debiendo efectuarse un nuevo cálculo[457]. Se ha descartado que los trabajadores tengan derecho a percibir el valor inferior de la banda de variable correspondiente a la valoración de sus puestos de trabajo, fuere cual fuere el objetivo alcanzado, por cuanto dicha interpretación convertiría en retribución fija lo que los negociadores del convenio quisieron como retribución variable[458]. No cabe incluir como objetivos de ventas y para el bonus del personal de oficina, medidas impuestas por la empresa en el programa "saber vivir", que no están relacionadas con la cantidad, ni la calidad del trabajo[459]. Reclamado el cómputo, para el cálculo de la paga extraordinaria, los intereses a corto plazo

[454] STS 9-05-2017, rec. 85/16, confirma SAN 16-9-15.
[455] STS 22-03-2017, rec. 77/16, confirma SAN 3-12-2015.
[456] SAN 30-03-2017, proced. 51/17, ROJ: SAN 845/2017
[457] STS 16-03-2017, rec. 122/2016, confirma SAN 10-02-2015.
[458] STS 25-04-2017, rec. 147/16, confirma SAN 2-02-2016
[459] SAN 21-04-2017, proced. 62/17, ROJ: SAN 1455/2017

de los créditos y deudas con empresas del grupo, así como las bonificaciones de la S. Social y la provisión de la propia paga extraordinaria de beneficios, se desestiman dichas pretensiones, puesto que fue intención de los negociadores del convenio, para determinar el concepto de rendimientos atípicos, que no computaran aquellos no relacionados con la actividad empresarial, identificando, a título ejemplificativo, que no se computaran los derivados de la compra y venta de inmuebles, así como los beneficios o pérdida netas relacionados con las empresas participadas, habiéndose acreditado que los conceptos controvertidos no derivaban propiamente de la actividad a la que se dedica la empresa[460].

### 6.14. Sindicales

Reclamado el derecho de las organizaciones, que suscribieron el III Convenio Único del personal laboral al servicio de la AGE, a la puesta a disposición de las listas referentes a la relación de puesto de trabajo, expresión relativa a si están vacantes o no, y los nombres y apellidos de las personas que las ocupan, se estima dicha pretensión, puesto que así se pactó colectivamente, sin que se haya acreditado vulneración de datos personales[461]. El sindicato, que acredite la representatividad prevista en el convenio tiene derecho a disfrutar las horas sindicales complementarias pactadas en el mismo[462]. Pretendiéndose la nulidad del convenio, porque estableció un colegio electoral único, se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva de dos de las empresas codemandadas, por cuanto el convenio impugnado es un convenio de grupo, por lo que debe demandarse a todos los firmantes del mismo. Se desestima, sin embargo, la demanda, por cuanto la decisión de establecer un colegio electoral único en las empresas codemandadas no sólo se ajusta a la práctica electoral de las mismas, acreditando, de este modo, que se ajusta a la realidad de sus plantillas, sino que tiene apoyo legal, puesto que el ET viabiliza que el convenio disponga el número de colegios electorales[463]. Las Secciones sindicales tienen derecho al nombramiento de Delegados LOSS en agrupaciones de centros de trabajo, porque la organización de la representación sindical en la empresa corresponde al sindicato quien puede tomar como referencia, a efectos del nombramiento de sus representantes, la empresa, el centro de trabajo o la agrupación de centros de trabajo constituida a efectos electorales, cuando concurren criterios objetivos para hacerlo (Reitera doctrina. Por todas la S. 21-6-2016 (R. 182/2015) y las de 12-7-2016[464]. Discutida

[460] SAN 23-03-2017, proced. 37/17, ROJ: SAN 1253/2017

[461] SAN 21-12-2016, proced. 312/16, ROJ: SAN 4603/2016

[462] SAN 16-02-2017, proced. 344/16, ROJ: SAN 366/2017

[463] SAN 31-01-2017, proced. 319/2016, ROJ: SAN 268/2017.

[464] STS 7-03-2017, rec. 101/16, Roj: STS 1162/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1162.

la limitación de derechos sindicales, pactada en convenio, se concluye que los acuerdos impugnados se limitan a acomodar a la legalidad vigente la anterior regulación convencional, aquí denominada "Normativa Laboral", y en su negociación participaron plenamente, y sin protesta alguna, los demandantes[465].

## 7. SUCESIÓN CONVENCIONAL

Producida una subrogación por sucesión de contratas en el sector de vigilancia y seguridad, se parte de que la misma está originada en el convenio, que dispone que los trabajadores conservarán los mismos derechos y concluye que, en defecto de previsión convencional se aplica la norma estatutaria sobre el convenio colectivo aplicable, por lo que salvo pacto en contrario los trabajadores afectados se rigen por el convenio colectivo de la anterior adjudicataria hasta la expiración del mismo o entrada en vigor de nuevo convenio[466].

## 8. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Si el convenio requiere dirigirse a la Comisión Paritaria antes de promover conflicto colectivo, no es necesario el trámite, cuando ya se ha producido pronunciamiento previo en otra empresa sobre el mismo tema[467]. Cuando se exija la intervención de la CP y no se cumpla el requisito, se estimará falta de agotamiento de la vía previa[468].

Todos los sindicatos, firmantes del convenio, tienen derecho a la participación proporcional en su CP, salvo que realicen funciones negociadoras, en cuyo caso deberá convocarse a todos los sindicatos legitimados[469]. No obstante, cuando un sindicato firmante del convenio no firmó su prórroga, que introdujo otras novaciones, no está legitimado para participar en la CP[470].

Corresponde a la comisión paritaria las labores de interpretación y/o aplicación del convenio, no correspondiéndole funciones negociadoras, que no se producen, cuando se limita al ajuste convencional, mandado legalmente por el

[465] STS 26-04-2017, rec. 195/15, Roj: STS 2091/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2091, confirma SAN 13-03-2015.

[466] STS 31-05-2017, rec. 234/2016, Roj: STS 2454/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2454.

[467] STS 20-09-2016, rec. 163/15, Id Cendoj: 28079140012016100737, confirma SAN 19-02-2015.

[468] SAN 9-02-2017, proced. 337/16, . ROJ: SAN 262/2017.

[469] SSTS 8 abril 2013, rec. 281/2011, 14 mayo 2013, rec. 276/2011Jurisprudencia citada a favorLibertad sindical y composición de las Comisiones creadas por el Convenio colectivo. y 21 octubre 2013 rec. 104/2013 y SAN 13-02-2017, proced. 338/16.

[470] SAN 17-11-2016, proced. 275/16, ROJ: SAN 4246/2016.

RDL 20/2012[471]. Por esa razón, si el convenio encarga funciones negociadoras a la comisión paritaria, procede anular dicha cláusula[472]. Por el contrario, no hay extralimitación, cuando la CP se limita a la interpretación y/o aplicación del convenio y no realiza negociación alguna[473]. Tampoco hay extralimitación, cuando la CP se limita a pronunciarse sobre el sistema de pago de la retribución variable del convenio[474]. Corresponde a la CP la interpretación y/o aplicación del convenio, de manera que, si el convenio le encargó la gestión y convocatoria, así como el desarrollo de las bolsas de empleo, no se le puede retirar dicha competencia[475].

Los acuerdos de la comisión paritaria en materia de interpretación del convenio colectivo, relacionados con la reducción de 8 horas, tienen el mismo valor de convenio y son aplicables, cuando no se han impugnado[476], aunque cabe, no obstante, que el tribunal ajuste la interpretación de la CP, prevaleciendo la interpretación judicial cuando resulta racional, lógica y coherente, cuando se ha entendido que el derecho a las compensaciones por traslado previstas en el artículo cuestionado se calculará teniendo en cuenta el incremento de distancia, entre el centro de trabajo antiguo y el nuevo centro de trabajo con respecto al domicilio del trabajador[477]. Se ha convalidado, al efecto, que la revisión salarial afecte únicamente a los empleados de la empresa en una determinada fecha, porque así fue pactado[478]. Se ha defendido, por otro lado que, si los negociadores del convenio condicionaron el despliegue causal de la jornada flexible a que lo constatara la CP, no cabe aplicar unilateralmente la medida, porque así fue pactado[479]. Se anula la financiación de la comisión paritaria del convenio sectorial, porque frente a un sistema de resarcimiento global por gastos en función de la representatividad de las organizaciones integrantes de la misma, pactado en el convenio, la CPSE ha acordado un reparto de resarcimiento de gastos específicos a la entidad que incurrió en los mismos para un posterior reparto proporcional del remanente[480].

[471] STS 1-02-2017, rec. 38/16, Roj: STS 805/2017 - ECLI:ES:TS:2017:805.

[472] STS 11-05-2017, rec. 5/17, Roj: STS 2131/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2131.

[473] STS 6-06-2017, rec. 37/16, confirma SAN 28-10-2015.

[474] SAN 26-05-2017, proced. 202/17, ROJ: SAN 2746/2017.

[475] STS 5-10-2016, rec. 280/15, Roj: STS 4913/2016.

[476] STS 21-06-2016, rec. 284/15, Roj: STS 3939/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3939, confirma SAN 9-07-2015.

[477] STS 5-12-2016, rec. 28915, Roj: STS 5610/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5610, confirma SAN 13-07-2015.

[478] SAN 28-03-2017, proced. 39/15, ROJ 840/2017.

[479] STS 10-01-2017, rec. 98/16, confirma SAN 10-12-2015, proced. 271/15.

[480] SAN 23-01-2017, proced. 318/16, ROJ: SAN 46/2017.

www.juntadeandalucia.es/empleo/carl

ISBN 9978-84-09-04962-2

JUNTA DE ANDALUCIA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO